LEANDRO CAVALCA RUGGIERO

A ‘locatio conductio’ e os tipos contratuais semelhantes no direito romano

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Associado Alessandro Hirata

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

LEANDRO CAVALCA RUGGIERO

A ‘locatio conductio’ e os tipos contratuais semelhantes no direito romano

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de Direito Civil, sob a orientação do Prof. Associado Alessandro Hirata

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

R931l Ruggiero, Leandro Cavalca, 1987 -
A 'locatio conductio' e os tipos contratuais semelhantes no direito romano / Leandro Cavalca Ruggiero; orientador Alessandro Hirata -- São Paulo, 2018.
163 p

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Romano. 2. Contratos. 3. 'Locatio-Conductio'. 4. Tipicidade. 5. 'Agere praescriptis verbis'. I. Hirata, Alessandro, orient. I

I. Título

CDU: 34(37)(043).R931l DCV

Nome: RUGGIERO, Leandro Cavalca

Título: A ‘locatio conductio’ e os tipos contratuais semelhantes no direito romano

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Civil.

Data:

Banca Examinadora:

Prof.(a)_____ Instituição_____
Julgamento _____ Assinatura _____

Prof.(a)_____ Instituição_____
Julgamento _____ Assinatura _____

Prof.(a)_____ Instituição_____
Julgamento _____ Assinatura _____

Prof.(a)_____ Instituição_____
Julgamento _____ Assinatura _____

Prof.(a)_____ Instituição_____
Julgamento _____ Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que inconsciente ou conscientemente me ajudaram para que tudo isso fosse possível. Em especial, agradeço ao meu orientador, professor Alessandro Hirata, não só pelas contribuições acadêmicas, mas também por sua amizade ao longo desses anos; ao professor Johannes Platschek por ter me recebido tão bem em Munique e ter concedido livre acesso às instalações da biblioteca do *Leopold-Wenger-Institut*; à Natália, meu amor, minha amiga e (sobretudo) minha revisora, pelo apoio incondicional e pela paciência infinita durante esses quatro anos de elaboração da tese; aos meus pais, Nelson e Marizilda, por simplesmente tudo.

RESUMO

RUGGIERO, Leandro Cavalca. *A 'locatio conductio' e os tipos contratuais semelhantes em direito romano*. 163 p. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A presente tese trata da tipicidade contratual em direito romano nos casos envolvendo a *locatio conductio* e outros tipos contratuais. Por causa da grande variedade de modelos negociais que poderiam ser estruturados pela *locatio conductio*, ela é paradigma importante para se discutir tipicidade contratual e tutela processual em direito romano. A pesquisa pretende analisar a *locatio conductio* do ponto de vista processual e material, de modo que seja possível compreender melhor o panorama jurídico no qual o debate está inserido.

Palavras-chave: direito romano, *locatio-conductio*, tipicidade, *agere praescriptis verbis*

ABSTRACT

RUGGIERO, Leandro Cavalca. *The 'locatio conductio' and other contracts in Roman law*. 163 p. Doctorate. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The present thesis discusses typical contracts in Roman law in relation of '*locatio conductio'* and other kinds of contracts. Because of the wide variety of 'business agreements' that could be structured by the '*locatio conductio'*, it is an important paradigm for discussing contractual kinds of contracts and procedural protection in Roman law. The research intends to analyze the "*locatio conductio*" from the procedural and material point of view, so that it is possible to better understand the juridical panorama in which the debate is inserted.

Key-words: Roman law, *locatio-conductio*, typical contract, *agere praescriptis verbis*

RIASSUNTO

RUGGIERO, Leandro Cavalca. *La 'locatio conductio' e tipi contrattuali simili in diritto romano*. 163 p. Tesi di dottorato di ricerca. Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2018.

La tese si ocupa della tipicità contrattuale in diritto romano nei casi in cui la 'locatio conductio' é discussa. A causa della grande varietà di modelli di negoziale che potrebbero essere strutturati dalla "*locatio conductio*", lei è un paradigma importante per discutere la tipicità contrattuale e la tutela procedurale nel diritto romano. La ricerca analizza la "*locatio conductio*" dal punto di vista procedurale e materiale, in modo che sia possibile comprendere meglio il panorama giuridico in cui è inserito il dibattito.

Parole chiave: diritto romano, *locatio-conductio*, tipicità, *agere praescriptis verbis*

1. INTRODUÇÃO 6

1.1. APONTAMENTO DAS PREMISSAS 10

1.2. BREVE RESUMO DO DEBATE HISTÓRICO-JURÍDICO NA DOUTRINA ROMANISTA SOBRE A *"LOCATIO CONDUCTIO"* 17

1.2.1. A terminologia do "locare" e do "conducere" em contexto jurídico relevante 17

1.2.2. Hipóteses sobre a origem da 'locatio conductio' consensual 24

1.2.3. O debate sobre a 'locatio conductio' na doutrina romanista moderna e o estado atual da 'communis opinio' 33

2. A '*LOCATIO CONDUCTIO*' E A CONVENÇÃO ATÍPICA: TUTELA PROCESSUAL E TIPICIDADE CONTRATUAL 40

2.1. A TUTELA ATÍPICA EM LABEÃO NOS CASOS ENVOLVENDO A *LOCATIO CONDUCTIO* 54

2.1.1. A dúvida entre modelos negociais na locação marítima 55

2.1.2. A condição e a regra de tipicidade processual segundo Labeão 68

2.1.3. Locatio aut aliud genus contractus: o pensamento labeoniano no fragmento D. 18, 1, 80, 3 83

2.2. A CONVENÇÃO ATÍPICA EM ULPIANO NOS CASOS ENVOLVENDO A *LOCATIO CONDUCTIO* 85

2.2.1. Locatio condutio e commodatum: um problema discutido desde os veteres 86

2.2.2. (Continuação) Locatio conductio e commodatum: o caso dos bois dados para fruição recíproca ut opus faceret 89

2.2.3. Locatio conductio e societas: uma provável disputa jurisprudencial 93

2.2.4. A locatio conductio e depositum: o caso do escravo e o pistrinum 98

2.3. AS CONVENÇÕES ATÍPICAS EM GAIO E NAS INSTITUTAS DE JUSTINIANO: A *LOCATIO CONDUCTIO* E O CASO DO TINTUREIRO 101

2.4. CONCLUSÕES PRELIMINARES 105

3. UTRUM EMPTIO ET VENDITIO AN LOCATIO ET CONDUCTIO CONTRAHATUR? 109

3.1. O TIPO CONTRATUAL EM RAZÃO DA FABRICAÇÃO DE COISA 110

3.1.1. A jurisprudência tardo-republicana 111

3.1.2. A jurisprudência do Principado (Sabino, Cássio e Javoleno): 123

3.1.3. A solução pauliana (Paul. 34 ad ed. D. 19, 2, 22, 2) 128

3.1.4. Conclusões preliminares 130

3.2. *LOCATIO CONDUCTIO IN PERPETUUM* E A SOLUÇÃO JUSTINIANÉIA 132

4. CONCLUSÃO 137

5. BIBLIOGRAFIA 139

ÍNDICE DE ABREVIAÇÕES

AA.VV	=	Auctores Varii
ACME	=	Annali della Facoltà di Studi Umanistici dell'Università degli Studi di Milano
AG	=	Archivio Giuridico "Filippo Serafini"
AUPA	=	Annali del Dipartimento di Storia del Diritto dell'Università degli Studi di Palermo
BIRD	=	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano
BSPT	=	Bollettino della Scuola di perfezionamento e di specializzazione in Diritto del Lavoro dell'Università di Trieste
CPh	=	Classical philology
DI	=	Digesto Italiano
ED	=	Enciclopedia del Diritto
FHI	=	Forum Historiae Iuris
IURA	=	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico
Jher. Jb	=	Jherings Jahrbucher
Labeo	=	Rassegna di Diritto Romano
NNDI	=	Novissimo Digesto Italiano
OIR	=	Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies
RDCiv	=	Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial
RDR	=	Rivista di Diritto Romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna
RFD	=	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
RGDR	=	Revista General de Derecho Romano
RHD	=	Revue Historique de Droit Français et Étranger
RIDA	=	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité
RIDROM	=	Revista Internacinal de Derecho Romano
RISG	=	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
RT	=	Revista dos Tribunais
SDHI	=	Studia et Documenta Historiae et Iuris
TVR	=	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZRG	=	Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte
ZSS	=	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

ÍNDICE DE ABREVIAÇÕES DE FONTES PRIMÁRIAS

C J.	=	Codex Iustinianus
Cíc. De Orat.	=	De Oratore (M. Túlio Cícero)
Cíc. Verr.	=	In Verrem (M. Túlio Cícero)
Cíc. De Off.	=	De Officiis (M. Túlio Cícero)
Cat. Agr.	=	De Agri Cultura (M. Catão)
CC/2002	=	Código Civil da República Federativa do Brasil
C.Th.	=	Codex Theodosianus
D.	=	Digesta
Gai.	=	Gai Institutiones
Inst.	=	Institutiones Iustiniani

OBSERVAÇÕES METODOLÓGICAS PRELIMINARES

Optamos por usar a metodologia científica adotada na obra de E. C. S. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos)*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

Assim, nas notas de rodapé, a referência às obras anteriormente citadas ("cit") será acompanhada da identificação do local aonde ela foi mencionada pela primeira vez. Desse modo, por exemplo, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit. nota 3, significa que a citação bibliográfica completa da obra está mencionada na nota 3.

Ademais, os nomes dos autores mencionados diretamente no corpo do texto e nas notas de rodapé serão indicados pelas iniciais dos prenomes seguidas pelo último sobrenome, o qual será destacado em caixa alta. Faz-se a ressalva para os nomes de autores nacionais e internacionais que são conhecidos pela comunidade acadêmica por outra forma que não a mencionada anteriormente. Nesses casos será privilegiado a forma mais recorrente na literatura.

Desse modo, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES será mencionado como M. M. SERPA LOPES ou, ainda, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES aparecerá como J. C. MOREIRA ALVES. Os autores estrangeiros terão o mesmo tratamento quando assim for exigido, a fim de evitar confusões e formas desconhecidas pela *communis opinio*. Então, por exemplo, autores espanhóis como ÁLVARO D'ORS PÉREZ-PEIX aparecerão com o sobrenome paterno antecedendo o materno, de modo a serem citados assim: Á. D'ORS.

Outro ponto que merece atenção diz respeito ao nome dos jurisconsultos e literatos romanos, bem como os autores medievais, os quais aparecerão com a primeira letra maiúscula e as demais letras minúsculas, de modo a serem identificados da seguinte forma: Pompônio, Sérvio, Alfeno, Labeão, Cícero, Plauto, Catão, Cujácio e assim por diante.

Em relação aos fragmentos do Digesto e demais textos latinos e gregos utilizados como fontes primárias da tese, cabem algumas considerações. Primeiramente, cumpre ressaltar que preferiu-se indicar a *inscriptio* (quando for o caso) em conjunto com a forma de citação clássica dos fragmentos. Assim, cita-se o nome do autor seguido do título da obra (ex.: Ulp. 32 ad ed. Dig. 19, 2, 15, 2, que

significa Ulpiano <no livro> 32 <da obra> <Comentário> ao Edito, D. 19, 2, 15, 2). Os parênteses agudos ("< >") representam uma reconstrução ou complementação do conteúdo; eventuais reticências entre parênteses ("(...)") indicam palavras, expressões ou frases que foram omitidas; por fim, os colchetes ("[ ]") indicam palavras, expressões ou frases que não constam no texto original, mas que foram colocados para evidenciar ou esclarecer algumas omissões, bem como para apresentar sinônimos que esclareçam palavras ou expressões em algumas traduções. Também serão usados para indicar traduções feitas no corpo do texto ou nas notas de rodapé, que serão indicadas por "[= (...)]".

Em segundo lugar, utilizou-se as principais compilações de textos latinos como fonte primária, reconhecidamente as edições críticas de: T. MOMMSEN – P. KRUEGER, *Corpus iuris civilis*, v. 1-2, Berlin, Weidmann, 1872-89 (reimpressão de 1954); S. RICCOBONO, *Fontes iuris romani anteiustiniani*, v. 1-3, Florentiae, Barbera, 1940. Com algumas poucas ressalvas feitas ao longo da tese, também se confiou nos textos originais disponibilizados no portal "The Latin Library" (http://www.thelatinlibrary.com/)[1], principalmente no que diz respeito às fontes literárias mencionadas ao longo da tese, mas também de largo uso nas reproduções das fontes jurídicas primárias.

Além disso, todas as fontes jurídicas ou literárias consideradas importantes pelo autor para compreensão da obra foram traduzidas para o português[2], as quais reproduzem preferencialmente o sentido correto sempre que

---

[1] "The Latin Library" é um *website* que reúne textos latinos de domínio público, que não pretende substituir as edições críticas, mas que facilita o acesso às obras. Dessa forma, citamos indiretamente (*apud*) as seguintes edições críticas que nos serviram tanto para ter acesso às fontes primárias, quanto para confrontarmos com outras edições críticas ao longo da tese: F. SPERANZA, *Scriptorum Romanorum De Re Rustica Reliquiae*, v. 1, Messina, 1974 (Catão, *De Agri Cultura*); E. SECKEL – B. KUEBLER, *Gai Institutionum Commentarii Quattuor*, Leipzig, 1913 (Gaio, *Institutas*); F. LEO, *Plautinische Forschungen*, 2ª ed., Berlin, Weidmann, 1912 (Plauto, *Asinaria*, *Captivi*, *Cistellaria*, *Epidicus*, *Menaechmi*, *Stichus*, *Trinummus* e *Truceulentus*); T. MOMMSEN – P. KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis*, v. 1-3, 1872-89 (*Digesta*).

[2] Primou-se por traduções feitas pelo autor, mas calcadas em diversas obras, as quais serviram de conferência e sugestão para a melhor tradução (cfr. I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. 1-3, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889; Á. D'ORS, et al., *El Digesto de Justiniano (versión castellana)*, t.1-3, Pamplona, Aranzadi, 1968-75; G. VIGNALI, *Corpo del diritto*, v.1-9, Napoli, Morelli, 1856-62; A. WATSON, *The Digest of Justinian*, v. 1-4, Philadelphia, University of Pensylvania Press, 1998; H. M. F. MADEIRA, *Digesto de Justiniano (liber primus)*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2002; A. CORREIA, G. SCIASCIA, A. A. C. CORREIA, *Manual de Direito Romano. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, v. 2, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955). Ademais, em apoio às traduções e em atenção ao melhor sentido dos textos, buscou-se analisar os vocabulários latinos individualmente (cfr. A. BERGER, *Encyclopedic dictionary of roman law, in Transactions of the American Philosophical*

a tradução literal obstrua essa intenção[3]. Para isso, utilizou-se dois critérios distintos: as fontes essenciais à tese mereceram maior destaque e, por isso, foram traduzidas diretamente no corpo do texto (mantendo-se o texto original ao lado); para as fontes incidentes, ou seja, aquelas citadas como reforço dos argumentos ora apresentados ou aquelas marginais à tese, o autor as colocou nas notas de rodapé. É possível que pequenos trechos latinos ou em outros idiomas apareçam ao longo da tese sem tradução, pois preferiu-se este recurso em prol da fluidez do texto.

Por fim, para a indicação dos capítulos, subcapítulos, itens e subitens, preferiu-se a utilização do sistema de numeração indo-arábica, assim, "1.1.1" significa "Capítulo 1, Subcapítulo 1, Item 1".

Society, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953; H. G. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10ª ed., Graz, Akademische, 1958)

[3] No mesmo sentido, L. ZANDRINO, *Profili del latino giuridico: fedeltà del tradure e limiti dei calchi*, Torino, G. Giappichelli, 2011, pp. 2 e ss. e p. 29

1. INTRODUÇÃO

O Título V do Livro I da Parte Especial do Código Civil brasileiro de 2002 ("Dos Contratos em Geral") enuncia um sistema contratual pautado por características gerais bastante difundidas nos códigos modernos: a liberdade de contratar *lato sensu* (artigo 421), a proteção da boa-fé objetiva (artigo 422) e a possibilidade de estipular contratos atípicos[4] (artigo 425), as quais então intimamente relacionadas entre si. Apesar das modificações e transformações histórico-sociais[5], os pressupostos contratuais desfrutam de uma origem remota comum: o Direito Romano, que foi a base fundante da estrutura jurídica contratual moderna; pelo menos em relação aos ordenamentos jurídicos que compartilham da tradição romano-germânica. Essa origem comum possibilita o compartilhamento de diversas figuras jurídicas entre os ordenamentos jurídicos modernos, o qual, contudo, não pode ser feito sem observar uma lógica jurídica local, já que, às vezes, não se pode transpor livremente tais figuras em razão de linhas doutrinárias que modificaram os pressupostos lógicos de determinadas figuras jurídicas em cada ordenamento. Conhecido exemplo sobre esse curioso fenômeno em matéria contratual diz respeito ao problema do risco da coisa vendida (*periculum rei venditae*), que é tratado diferentemente pelos ordenamentos jurídicos modernos, na medida em que se fez uma escolha sobre o momento do início dos efeitos obrigacionais[6]. Neste caso, absolutamente, não existe forma mais correta ou menos correta para alocar o risco do perecimento da coisa, apenas caminhos lógico-jurídicos diferentes, os quais, sem dúvida, impactam na solução legislativa.

---

[4] Na terminologia moderna da teoria geral dos contratos se preferiu o uso da expressão "contrato atípico" ao uso da expressão "contrato inominado" para designar o contrato sem *nomen iuris* (meramente à título exemplificativo, indicamos as seguintes obras referentes à doutrina brasileira, A. A. VILLAÇA, *Contratos inominados ou atípicos*, São Paulo, Ed. J. Bushatsky, 1975, pp. 4 e ss.; A. A. VILLAÇA, *Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações*, in *RT 89* (2000), pp. 115 e ss.; A. A. VILLAÇA, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, São Paulo, Ed. Atlas, 2009; A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Qualificação jurídica de acordo operacional. Contrato atípico complexo com fortes elementos dos contratos de 'know how' e de mandato com* administração, in *Revista Forense*, v. 101, n. 380, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 239 e ss.; F. H. BENEMOND, *Contratos 'build to suit'*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 15 e ss.).

[5] Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in Diritto Romano*, in *BIDR 50* (1948), pp. 80 e ss., a atipicidade como categoria contratual nasce com a doutrina medieval.

[6] Vasta bibliografia sobre o tema é encontrada na obra de E. C. S. MARCHI, *Da compra-e-venda sujeita a pesagem, contagem e medição e o problema dos riscos da coisa vendida ('periculum rei venditae')*, in *RFD 105* (2010), pp. 81 e ss.

O artigo 425 do Código Civil brasileiro preceitua ser "*lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*", em total conexão com o artigo 5º, inciso II da Constituição brasileira – "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" – que garante a liberdade privada. Se por um lado, o artigo 425 é repetitivo ao garantir que as partes possam fazer aquilo que a lei não as proíba, ele também é um resquício (necessário) que garante a liberdade de contratar (pautada na boa-fé e na função social do contrato), uma vez que a atipicidade contratual é elevada como uma categoria contratual[7], isto é, o contrato atípico é a roupagem concedida nos ordenamentos modernos para que a liberdade contratual possa ser "externalizada" e lhe seja garantida, consequentemente, proteção judicial dos interesses envolvidos.

Modernamente inexiste, pois, prejuízo (processual ou material) a quem opte por estabelecer uma relação contratual por meio de um contrato típico ou atípico. Por isso, o contrato atípico se torna uma figura importante para o tráfego moderno de bens e direitos, já que permite sua circulação de infinitas formas, por infinitos motivos. Também por causa disso, o debate sobre a distinção entre contratos típicos e atípicos perdeu importância nos ordenamentos modernos, porque os instrumentos processuais de proteção ao interesse ganharam abstração suficiente para que fossem concedidos sem vinculação ao tipo contratual e porque os contratos se tornaram figuras jurídicas capazes de proteger todo e qualquer interesse lícito e socialmente aceito.

Entretanto, nem sempre foi assim. O contrato atípico percorreu um longo caminho até que ganhasse independência estrutural e alcancasse o *status* de categoria contratual independente, sendo-lhe permitido acomodar os mais diversos conteúdos e as mais diversas pretensões sob uma única estrutura capaz de vincular as partes.

Porém, não nos preocuparemos em esclarecer o caminho lógico-jurídico que permitiu que o artigo 425 do Código Civil brasileiro pudesse existir, nem tampouco identificar um radical comum aos demais ordenamentos de tradição romano-germânica. Esses parágrafos introdutórios apenas servem para situar o

[7] Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1984, pp. 16 e ss.

leitor contemporâneo para a origem do problema que será analisado a seguir: a tipicidade do contrato de locação (*locatio conductio*) em relação a tipos contratuais semelhantes, sejam eles outros contratos típicos ou convenções propriamente atípicas.

Desse modo, não será objeto do nosso estudo eventual(is) impacto(s) que a *locatio conductio* tenha produzido nos ordenamentos jurídicos modernos[8], mas tratar especificamente sobre os casos retirados das fontes romanas que envolvam a *locatio conductio* e um questionamento sobre qual tipo contratual deveria ser usado para solucionar o problema proposto. Nesse sentido, se pretende discutir o "tipo contratual" e eventual "atipicidade" como pressuposto de uma categoria contratual no Direito Romano, usando como corte temático um único contrato – a *locatio conductio*, tendo em vista que a locação romana tem um conceito muito amplo, por ser o único tipo contratual em que se permitia a fruição de coisa alheia durante um tempo específico. Dessa forma, os interesses que se estruturavam através desse contrato típico eram os mais diversos: da locação de um fundo rústico à locação de habitações urbanas; do contrato de trabalho subordinado ao contrato de empreitada; da locação de veículos ao contrato de transporte[9]; os quais, se fossem gratuitos, integravam outras figuras contratuais – depósito, mandato ou comodato, por exemplo –, mas quando eram onerosos, inevitamente, eram conduzidos à uma *locatio conductio*.

A tese está organizada da seguinte forma: ainda neste capítulo introdutório, serão expostas algumas premissas metodológicas. Entendemos que seja necessário compartilhar nossa visão sobre o sistema contratual romano e a dificuldade em enquadrá-lo uniformemente ao longo da História e dentre os diversos juristas que marcaram a jurisprudência romana. Ademais, tema bastante discutido se refere à reconstrução histórico-jurídica da origem da *locatio conductio*

---

[8] Remetendo a quem tenha interesse às obras de R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 305-360; J. A. V. MARTÍNEZ, *El contrato de 'locatio conductio'. Notas sobre su recepción em ele derecho castellano medieval, con especial referencia al Código de 'Las Partidas'*, in *Revista de Derecho UNED 11* (2012), pp. 601 e ss.; P. ALBUQUERQUE, *O contrato de empreitada nas 'Siete Partidas'*, in *Estudos em homenagem ao Professor Miranda*, v. 6, Coimbra, Ed. Coimbra, 2012, pp. 10.595 e ss.; J. P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27BCE- 284CE*, Leiden-Boston, Brill, 2012, pp. 12 e ss.

[9] Cfr. R. FIORI, *Le forme e regole dei contratti di trasporto marittimo nel diritto romano*, in *Rivista del diritto della navigazione 49 (1)* (2010), p. 151

(tendo como principais expoentes T. MOMMSEN e M. KASER), a qual está envolta de incertezas, mas que pode ser estudada no contexto mais amplo dos *bonae fidei iudicia*, o que nos parece ser o caminho mais seguro para buscarmos respostas históricas sobre a *locatio conductio*. Essa, talvez, também seja uma alternativa para explicar mais facilmente a flexibilidade processual que os contratos consensuais experimentaram ao longo da jurisprudência romana, principalmente em relação ao formalismo exigido pelo processo formular.

O segundo e o terceiro capítulo serão dedicados a expor os resultados das exegeses dos principais fragmentos latinos que evidenciam os casos limítrofes envolvendo a *locatio conductio*, assim, nos debruçaremos sobre a lógica adotada pelos juristas romanos em cada um dos fragmentos para compreender a solução dada aos casos em questão. Por meio do método exegético, esperamos compreender os mecanismos jurídicos romanos no debate sobre a tipicidade contratual nos casos envolvendo a *locatio conductio*. As discussões envolvendo a tipicidade da *locatio conductio* coincidem com a preocupação dos juristas romanos, principalmente do Principado, de distinguir a locação de outros negócios jurídicos, com o objetivo de delimitar o espaço da *locatio conductio* dentro do sistema contratual romano[10]. Essa preocupação é externalizada na tentativa constante de diferenciar a *locatio conductio* de outros tipos contratuais, fossem eles típicos ou atípicos. Nesse sentido, a tese é dividida em dois blocos: a distinção entre *locatio conductio* e *nova negotia*, bem como outros contratos típicos e a distinção entre *locatio conductio* e *emptio venditio*, que serão apresentados nos Capítulos 2 e 3, respectivamente.

O desdobramento se faz necessário por dois motivos. O primeiro mais óbvio é que a discussão sobre a tipicidade entre contratos típicos é colocada em termos mais pragmáticos (simplificado) pela jurisprudência romana, isto é, o pagamento da *merces* é a questão geralmente discutida na distinção entre a *locatio conductio* e a *emptio venditio* ou o *commodatum*, bem como a natureza (apreço social?) da *opera* é o ponto fulcral na distinção entre *locatio conductio* e *mandatum*. Os juristas romanos restringiam sua análise apenas àqueles elementos úteis ao caso concreto[11]. Mas é inegável que somente através da coordenação de todos

---

[10] Mesma opinião de R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 285 e ss.

[11] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 291

esses debates é possível compreender propriamente o tipo contratual locatício. O segundo motivo é que a discussão sobre tipicidade contratual entre a *locatio conductio* e os *nova negotia* adentra um plano mais processual, aonde muitas vezes algumas regras são deixadas de lado para que se possa conceder a melhor solução para a lide. Portanto, entendemos conveniente separar as duas questões mesmo sabendo que, em certa medida, ambas sejam necessárias para entender a complexidade do tipo contratual locatício.

Por fim, o último capítulo será dedicado a sintetizar as conclusões dos capítulos anteriores.

1.1. **APONTAMENTO DAS PREMISSAS**

Sem dúvida alguma, um dos debates mais revisitados ao longo do tempo pela doutrina romanista gira em torno da existência de um sistema contratual capaz de tipificar os contratos romanos com base em elementos objetivos específicos de maneira uniforme ou ao menos constante ao longo de todo o período de desenvolvimento da jurisprudência romana[12]. A tentativa de enquadrar todas as figuras contratuais romanas a partir de seus elementos preponderantes (partes,

[12] Apenas a título elucidativo do argumento, mas reconhecendo a impossibilidade de colacionar todas as obras sobre o tema, trazemos como exemplos: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani: 'nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, E. Jovene, 1971, pp. 37 e ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA 37* (1983), pp. 5 e ss.; A. BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI 51* (1985), pp. 458-477; Id., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *AA.VV., Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988, p. 15 e ss; Id., *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *AA.VV., Diritto Romano e Terzo Millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, *Atti del Convegno Internazionale di Diritto Romano di Companello 2000*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 87-108; Id., *In margine ai contratti innominati*, in *BIDR 88* (1985), pp. 397-412; Id., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo 38* (1992), pp. 200-220; Id., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *IURA 36* (1985), pp. 14-69; Id., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *AA.VV. Atti del Convegno sulla problematica contrattuale in Diritto Romano (Milano, 1995)*, Milano, LED, 1998, pp. 17-34; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di Diritto Romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina' (Copanello, 1988)*, Napoli, 1990, pp.35-108; Id., *La tipicità del sistema contratuale romano*, in *RFD 86* (1991), pp. 44-64; Id., *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4, 3, 9, 3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1993, pp.195-238; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano*, v. 1, Torino, G. Giappichelli, 1992; Id., *Synallagma e conventio nel contratto Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano*, v. 2, Torino, G. Giappichelli, 1995; R. CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2010, pp.196 e ss.

objeto, acordo de vontade e tutela processual), servindo-se de um único "sistema conceitual" a partir da verificação dos elementos contratuais típicos[13], tem se mostrado insuficiente, na medida em que as contradições internas do "sistema" artificialmente criado vão surgindo[14]. A doutrina romanista buscou explicar esses antagonismos por meio de novas categorias e definições que levassem em conta a excepcionalidade do caso analisado. A partir dessa tendência de acomodar o conteúdo jurídico dos fragmentos nessas "teorias sistematizadoras", surgiram inúmeros trabalhos que explicavam as diversas modalidades "irregulares" dos contratos, como, por exemplo, o comodato irregular[15], o depósito irregular[16] e a locação irregular[17]. Em todas as obras é nítido o caráter artificial das explicações apresentadas, pois se tenta enquadrar a exceção das decisões latinas somente para que a sistematização das soluções correlatas permaneça existindo.

As causas para o surgimento dessas contradições estão geralmente ligadas às próprias características do Direito Romano e sua repercussão histórica

---

[13] O termo "sistema conceitual" é usado de modo genérico para atribuir valor aos vários modelos elaborados pela doutrina romanista, principalmente, do início do século XX, cuja preocupação era explicar os contratos sob os mesmos critérios em uma perfeita harmonia de seus elementos (por exemplo, S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 1, Milano, Fratelli Treves Editori, 1930, pp. 123-171, Id., *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 (Paul. 3 'ad Plautium')*, in *AUPA 3-4* (1917), pp. 113 e ss., que define o contrato romano sob a perspectiva do acordo de vontades; ou, ainda, F. GALLO, *Synallagma e 'conventio' nel contratto*, *cit. nota 12 supra*, *passim* que busca enquadrar a teoria geral dos contratos sob a ótica da relação sinalagmática entre as partes por meio do acordo de vontade).

[14] Nesse sentido, T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, CEDAM, 2004, p. 4; R. FIORI, Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica, in Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali, v.1, Napoli, Jovene, 2003, pp. 176 afirma que "*i prudentes, infatti, non guardano al 'contratto' come a una realtà ipostatizzata composta di 'elementi', ma considerano il contrahere semplicemente come uno dei modi in cui può nascere l'obbligazione*" [=(os prudentes, de fato, não veem o "contrato" como uma realidade hipostatizada (isto é: atribuição concreta e objetiva a um realidade fictícia) composta de "elementos", mas consideram o contrahere simplesmente como um dos modos em que pode nascer a obrigação")].

[15] Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, *cit. nota 7 supra*, especialmente pp. 163-171; Id., *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 198 e ss.

[16] Cfr. P. COPPA-ZUCCARI, *Il deposito irregolare*, Modena, Soc. Tip. Modenesem, 1901; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, *cit. nota 5 supra*, pp. 80 e ss., especialmente p. 81; B. ADAMS, *Haben die Römer 'depositum irregulare' und Darlehen unterschieden?*, in *SDHI 27* (962), pp. 363 e ss.; em uma análise crítica desse movimento U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, *cit. nota 7 supra*, p. 140 afirma que a diferenciação entre depósito irregular e mútuo é inútil do ponto de vista jurídico, porque a razão para a existência desse fenômeno seria metajurídica -- a necessidade de uma nova ordem mercantil de superar a antiga vedação da usura no contrato de mútuo.

[17] Cfr. N. BENKE, *Zum Eigentumserweb des Unternhemers bei der 'locatio conductio irregularis'*, in *ZSS 117* (1987), pp. 226 e ss.; A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. 'locatio-conductio irregularis'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano 7* (1995), pp. 191 e ss.

em diversos ordenamentos europeus que não guardam mais as premissas romanas para explicações de determinados fenômenos jurídicos.

Principal motivo para que surjam incongruências nas teorias uniformes de contrato romano a partir dos "elementos essenciais" é que o Direito Romano abarca um período de tempo que compreende a Lei das XII Tábuas (por volta de 450 a. C.) até o declínio do Império Romano do Oriente (565 d. C.)[18], mas a jurisprudência romana que sobreviveu ao tempo retrata apenas partes esparsas (e, por vezes, desconexas) dessa História. Como intuitivamente sugere, esse longo período de tempo influenciou a jurisprudência romana sobremaneira, seja na enorme diferença de tratamento do direito e, consequentemente, de seus mecanismos de funcionamento – por exemplo, a representação romana do que modernamente conhecemos como direito processual e direito material em cada fase da História (Monarquia, República e Império) em relação ao surgimento, modificação e desaparecimento de inúmeras figuras jurídicas, as quais muitas vezes carecem de maiores explicações[19]. Considerando essa característica, o sistema contratual romano encontra diversos marcos jurídicos nas fontes romanas, as quais não prescrevem regras gerais. Dentre as raras exceções, talvez os fragmentos *Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7* e *Ulp. 11 ad ed. D. 50, 16, 19* sejam os mais instigantes devido as inúmeras possibilidades interpretativas que deles decorrem diante da tentativa de formular definições sobre o conceito de contrato.

Dessa forma, é impossível aprofundar qualquer análise jurídica sobre o direito romano sem delimitar o período histórico ao qual se pretende estudar e considerar os autores dos textos. Por isso, como se terá melhor oportunidade de discutir[20], a tese busca compreender os motivos que levaram os juristas romanos, individualmente, a suscitar a dúvida sobre a tipificação da *locatio conductio* em determinados casos e o fundamento que os levou a escolher determinado tipo contratual para solução do caso concreto. Dessa forma, é imprescindível que a

---

[18] Cfr. A. CORREIA – G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Sedrega, 1969, pp. 314 e ss.; J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, in *Seminario en homenaje a Raimondo Santoro*, Palermo, Salerno Arti Grafiche, 2010, p. 78

[19] Algumas tentativas de criar um sistema uniforme para o Direito Romano têm origem nas experiências europeias o século XIX, que ainda usavam as fontes romanas como fonte jurídica de seus ordenamentos e, por isso, buscavam criar teorias capazes de explicar determinados fenômenos jurídicos fora da lógica que lhes era própria, apenas para que justificassem a si próprias.

[20] Ver Cap. 1.2.1

figura da locação já esteja desenvolvida como contrato consensual[21]. Então, por escassez de fontes que atestem ou expliquem o desenvolvimento pré-consensual da *locatio conductio* (como buscaremos evidenciar nos itens 1.2.1 e 1.2.1 deste Caítulo), analisaremos somente a jurisprudência romana a partir da vigência do processo formular, que marca a tutela casuística por meio da concessão de ações típicas provenientes do edito do pretor, com repercussão no direito honorário[22], no qual é possível atestar a existência da *locatio conductio* consensual.

Intimamente ligado ao fator temporal, não se deve perder de vista a expansão territorial romana, nem tampouco, sua retração ao longo da História. O fator territorial é imprescindível para explicar o contraste na aplicação do direito no território romano e em suas províncias, onde as fontes jurídicas muitas vezes se impuseram por meio do uso e costume local[23]. A expansão do Império Romano e a forma como outros povos se subordinaram ao domínio de Roma – colocando-se todos eles em contato com os mais variados usos e costumes – revelou a existência de preceitos comuns a todos eles, os quais foram estruturados sobre bases fundamentalmente romanas[24]. Contudo, isso não torna seguro afirmar que existisse um conceito técnico do *ius gentium* como "complexo de normas e de institutos aplicáveis às relações entre romanos e peregrinos"[25], uma vez que as fontes da época não fazem menção ao *ius gentium* como sendo a resposta jurídica aos problemas jurídicos envolvendo romanos e estrangeiros. O *ius gentium* é a resposta jurídica romana para as particularidades que surgiam da relação política, econômica e social estabelecida entre romanos e estrangeiros no período clássico, isto é, essas regras eram, de fato, Direito Romano, sem distinção àquelas regras que eram válidas somente para os cidadãos romanos. Graças aos pretores urbanos

---

[21] Como veremos no Cap. 1.2.1, não existe consenso na doutrina romanista sobre a origem da *locatio conductio*, nem tampouco se sabe se a figura jurídica é derivada de outros tipos contratuais ou é originária. Contudo, é possível verificarmos o uso da terminologia *locare* e *conducere* em um contexto pré-contratual – por exemplo, no conteúdo Gai. 4, 28 (Cap. 1.2.1) –, o que nos obriga a excluir esse período de nossa análise por falta de fontes primárias que nos possibilitem explicar melhor a transição entre essa etapa e a fase consensual do contrato de locação.

[22] Cfr. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, *cit. nota 14 supra*, I, 2003, p. 178 é a vigência do processo formular que atribui "rilievo più ai tratti distintivi dele singole figure (le prestazioni) che ai tratti comuni (l'accordo) e nella direzione di porre l'accento più sul momento della tutela del vincolo che non su quello della formazione".

[23] Cfr. M. REALE, *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico. Ensáio de interpretação à luz da teoria tridimensional do direito*, in RFD 49 (1954), p. 192 e 202

[24] *Gai. 1, 1.* (...) *quasi quo iure omnes gentes utuntur* (=[quase que um direito de todas as gentes])

[25] Cfr. F. SCHULZ, *History of roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, pp. 73 e ss. e 135 e ss.

e peregrinos, cuja capacidade de moldar pretensões entre cidadãos e estrangeiros foi essencial para dirimir o conflito de interesses, o Direito Romano experimentou período de grande desenvolvimento.

Resultado da despreocupação dos juristas romanos em criar uma Ciência jurídica que prezasse por uma lógica submetida a um rigor metodológico excludente para resolver casos similares nos moldes conceituais modernos, as fontes jurídicas romanas clássicas são basicamente reflexo de um direito jurisprudencial, cujos mecanismos de funcionamento estão diretamente ligados ao trabalho de elaboração de regras por juristas[26] com objetivo de resolver casos[27].

A *ratio decidendi* utilizada quase sempre se reduz a abstração de uma solução representada por um "caso-tipo"[28], cuja argumentação é desenvolvida mediante simples citação de soluções precedentes, em relação as quais o jurista frequentemente se limita a exprimir seu acordo ou desacordo com a opinião dos demais, não havendo uma confrontação explícita dos fatos caracterizadores dos casos precedentes com aqueles caracterizadores do caso abordado[29]. A operação lógica que guia a utilização das soluções precedentes é muito diferente da assunção de um determinado caso concreto à *fattispecie* anteriormente tipificada, como bastante comum nos ordenamentos jurídicos modernos de tradição romano-germânica. Assim, por derivar de uma "abstração casuística", o conteúdo normativo do direito romano pode se originar de um número infinito de casos-tipo[30], os quais

---

[26] Termo empregado, nesse contexto, em sentido amplo, relativizando, pois, as diversas figuras que o ordenamento reconhece durante as diversas fases de desenvolvimento histórico com poder e função de "criar o direito".

[27] Em relação ao processo de criação e funcionamento do direito romano: F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, [trad. it.] V. ARANGIO-RUIZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1946, especialmente pp. 221 e ss.; M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen (Philologisch-Historische Klasse)*, 2ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1969, pp. 50-78; L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e tradizione romanistica*, in *Ius Aniquum 20* (2007), n. p.; M. REALE, *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico, cit. nota 23 supra*, p. 200

[28] Cfr. M. REALE, *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico*, *cit. nota 23 supra*, pp. 194-195

[29] Cfr L. VACCA, Diritto giurisprudenziale romano, *cit. nota 27 supra*, n. p.

[30] Apenas para reforçar nosso argumento, tomamos como base o exemplo proposto por L. VACCA (*Diritto giurisprudenziale romano*, *cit. nota 27 supra*, n. p.): os fragmentos Afr. 8 quaest. D. 19, 2, 33 e Afr. 8 quaest. D. 19, 2, 35 tratam de casos similares, mas envoltos por circunstâncias bastante diferentes, sobre as quais são colocadas as questões fundamentais. Em razão da circunstância específica, as decisões variam: tornando-se impossível a prestação de uma das partes e estando o devedor impedido de adimplir, a ação esperada deve observar os critérios do *bonum et aequum* em relação a repetição do correspectivo; contudo, nos casos em que a conduta do devedor se relacionar com a circunstância que determinou o inadimplemento, ele será obrigado a ressarcir o dano de acordo com o *id quod interest*.

se mantêm unidos por uma temática comum, mas se diferenciam por inúmeras peculiaridades.

Diante de uma tutela originada caso a caso, sedimentada na construção pretória – preconizada pela tipificação das ações aos postulantes –, a tipicidade material (contratual) foi consequência inevitável desse sistema que atribui mais valor aos fatores distintivos das figuras singulares (prestações), do que aos comuns (acordo), na medida em que a tutela do vínculo era mais importante que a tutela de formação do contrato[31]. Nesse sentido, entendemos o contrato romano como *obligatio contracta*, isto é, o vínculo criado entre as partes não é um efeito do acordo-contrato – entendido como elemento volitivo (subjetivo) –, mas tão somente uma premissa lógica para a existência do vínculo-contrato[32]. Desse modo, *locatio conductio* é o termo usado para indicar a *obligatio* que nasce do típico vínculo locatício.

Consequentemente, não poucas vezes é impossível determinar o valor da *ratio decidendi* dos casos precedentes para a solução dos novos casos[33], nem tampouco estabelecer o salto lógico entre a solução de um jurista ao outro, que muitas vezes se dá por meio de omissões, cortes e alterações propositais, o que para um leitor desacostumado faz parecer que as decisões são antagônicas mesmo que não sendo. Por vezes elas não são divergentes, em razão das novas informações incluídas no "caso-tipo", que modificam a própria *ratio decidendi*, porque afinal as premissas iniciais foram alteradas[34]. Por outro lado, em outras situações, as decisões dos juristas são de fato antagônicas mesmo partindo de fatos iniciais diferentes, criando um fator complicador na análise, pois ampliam-se as hipóteses: se estamos diante de corrente de pensamentos distintas que repercutem ao longo da jurisprudência romana como divergentes ou se estamos diante de opinião isolada de um único jurista. Para superar esse desafio metodológico, os fragmentos analisados serão considerados parte do conjunto de

---

[31] Cfr. R. FIORI, Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica, *cit. nota 14 supra*, I, p. 178.
[32] Cfr. R. FIORI, Le f*orme e regole dei contratti di trasporto*, *cit. nota 9 supra*, p. 151.
[33] A Compilação justinianéia se aproveita das soluções casuísticas precedentes para criar um sistema "pretensamente" unitário, de modo a criar uma lógica axiomática, na medida em que as regras prescritivas são extraídas de diversas obras sem grande preocupação em manter a estrutura argumentativa na tentativa de formar um *corpus* unitário submetido a um único legislador e intérprete: o Imperador (Cfr L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano*, *cit. nota 27 supra*, n. p.).
[34] Ver Cap. **Erro! Fonte de referência não encontrada.**

decisões que diz respeito a um mesmo tema, mas sem perder de vista que as diversas informações inseridas ao "caso-tipo" também estão relacionadas a outros fragmentos que discutem a mesma questão sobre a perspectiva de outros "casos-tipo".

Dessa forma, não nos propomos a confrontar cada conclusão tirada das fontes com uma análise sob o ponto de vista de um ou de outro modelo, nem tampouco consideramos desenvolver um modelo próprio para justificar a (meta)coerência das soluções encontradas em cada análise como justificativa de qualquer sistema contratual.

Buscamos, pois, desenvolver uma tese que seja capaz de demonstrar a lógica jurídica utilizada ao longo da jurisprudência romana para resolver o problema do tipo contratual quando a *locatio conductio* estiver confrontada com outros tipos contratuais, porque existe dúvida sobre qual contrato deve ser usado para mediar os interesses daquele caso[35]. Assim, em certa medida, nos afastamos um pouco da tentativa de definir o tipo contratual por meio da presença ou ausência de seus elementos essenciais – no caso da *locatio conductio*, a *merces*, a *res locata*, as partes (*locator*/*conductor*) e a tutela processual (*actiones ex locato et conducto)* –, os quais podem nem estar presentes na discussão dos casos ou serem irrelevantes. Ao contrário, nos parece mais importante a discussão sobre a natureza das obrigações, isto é, como esses elementos se vinculam para a constituição da obrigação (de acordo com cada jurista em cada período)[36], de modo a observar a

---

[35] "*I casi, proposti nelle opere giurisprudenziali come tipici, in quanto in relazione ad essi i giureconsulti avevano individuato modelli di soluzioni, via via consolidatesi nell'ambito della scientia iuris come le 'più giuste' in rapporto a determinati elementi ritenuti 'qualificanti' del fatto, ovvero avevano indicato le soluzioni ritenute 'più probabili' in rapporto a situazioni di fatto la cui qualificazione e soluzione era tuttavia controversa, ma sempre quali 'modelli' verificabili da parte del giurista in rapporto alla determinazione scientifica degli elementi da ritenere rilevanti per il singolo caso, venivano così trasformati in fattispecie astratte, in 'norme ' da 'applicare' per la soluzione del singolo caso concreto*." [=(Os casos, propostos nas obras jurisprudenciais como típicos, enquanto relação a essas [soluções cientificamente individualizadas em relação aos elementos qualificantes dos casos], foram individualizados como modelos de soluções pelos jurisconsultos, que pouco a pouco a pouco se consolida no âmbito da *scientia iuris* como as "mais justas" em relação a determinados elementos considerados "qualificantes" do fato, ou realmente haviam indicado as soluções consideradas "mais prováveis" em relação a situações de fato, cujas qualificações e soluções eram, todavia, controversas, mas sempre quais "modelos" verificáveis por parte do jurista, em relação à determinação científica dos elementos considerados relevantes para cada caso, vinham transformados assim em *fattispecie* abstratas, em "normas" para "aplicar" para a solução de cada caso concreto)]. (no mesmo sentido: L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano*, *cit. nota 27 supra*, n. p.)

[36] Cfr. R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, *cit. nota 14 supra*, I, pp. 177 e ss.

obligatio em relação ao *contrahere*, o que nos parece ser a premissa correta para analisar, inclusive, a tutela processual concedida.

Dessa forma, acreditamos que eventuais contradições entre as soluções dadas por juristas diferentes em épocas diferentes poderão ser minimizadas, já que a coerência interna de cada solução levará a afirmação sobre a escolha do tipo contratual por um ou outro jurista.

1.2. **BREVE RESUMO DO DEBATE HISTÓRICO-JURÍDICO NA DOUTRINA ROMANISTA SOBRE A *"LOCATIO CONDUCTIO"***

1.2.1. **A terminologia do "*locare"* e do *"conducere*" em contexto jurídico relevante**

É recorrente na doutrina o esforço para estabelecer o momento no qual os termos "*locare*" e "*conducere*" começaram a ser empregados no sentido de tutelar o consenso entre as partes de um contrato de locação[37], ou seja, o momento em que os termos passam a conotar o consenso entre as partes para a formação de um vínculo jurídico. Esse esforço pode ser justificado, inclusive, por causa da disputa entre a corrente que defende a unicidade do contrato de locação e a que defende o esquema tripartite (v. item 1.2.3), porque se restasse provado a utilização dos termos como forma de tutela do consentimento entre as partes desde sempre – em um contexto jurídico –, se estaria fortalecendo o argumento da primeira corrente, uma vez que esta afirmação coaduna com a ideia de que um único nome contratual e um único mecanismo processual teriam sua origem em uma ideia comum[38].

Porém, se ficasse provado que os termos já eram utilizados antes mesmo da proteção contratual do consenso, então, o argumento da segunda corrente seria reforçado, porque de certo modo haveria independência na utilização dos termos dentre os diversos objetos contratuais que poderiam ser abarcados pelo

---

[37] Mais recentemente, R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, pp. 11-24; P. J. DU PLESSIS, *The Roman Concept of 'lex contractus'*, in *Roman Legal Tradition 3* (2006), pp. 80-84; Id., *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, pp. 9 e ss.

[38] Cfr. U. BRASIELLO, *L'unitarietà di locazione in diritto romano*, in *RISG 2* (1927), pp. 531 e ss. o tema é de tamanha importância que o autor defende que a diferença terminológica no uso dos termos *locator* e *conductor* na *locatio conductio operis* que o inspirou.

esquema tutelado pela *locatio et conductio*. Nesse sentido, independente do resultado conclusivo, entendemos que nenhum esforço para revelar a trajetória terminológica do uso dos termos seria feito em vão, uma vez que a partir dela podemos tirar importantes conclusões metodológicas.

Geralmente, os termos *locatio,-onis* e *conductio,-onis*, derivados, respectivamente, dos verbos "*locare*" e "*conducere*" são usados conjuntamente em contexto jurídico para indicar o contrato consensual de locação. Em regra, o sentido conferido para *locare* é "rent" ou "*let out*, enquanto para *conducere* é "*hire*" ou "*accept something on hire*"[39]. A escolha por manter a tradução dos termos em outro idioma se justifica porque em português o significado deles, como deveria ser em latim, se perdeu, uma vez que a *locatio conductio* é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro apenas em sua forma encurtada ("locação", "prestação de serviços", "empreitada", etc.) e, por isso, fala-se em "alugar" para ambas as relações. Esse, inclusive, é o motivo pelo qual optamos por manter os termos originais ao longo da tese, utilizando os termos em português apenas como qualificação genérica. É incerto a razão pela qual o contrato consensual de locação seja estruturado pela ambivalência dos dois termos[40], mas, talvez, tenha surgido naturalmente por causa das obrigações recíprocas assumidas pelas partes (bilateralidade) – assim como ocorre na *emptio venditio*. Por consequência, o *nomen iuris* ("*locatio conductio*", "*locatio et conductio*" e "*locatio conductioque*") determina a nomenclatura usada para se referir as partes do contrato (*locator* e *conductor*), bem como para atribuir o direito de ação a uma das partes ("*ex locato conducto*" ou "*ex locato conducto actione*")[41].

Para se ter uma ideia, nas Institutas de Gaio, os termos "*locare*" (verbo) e "*locatio,-onis*" (substantivo) são usados vinte e três vezes, enquanto os termos

---

[39] De acordo com consulta aos verbetes *loco-locare* e *conduco-conducere* em A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, *cit. nota 2 supra*, 1953.

[40] Mesma observação é feita por J. P. DU PLESSIS, *The Roman Concept of 'lex contractus'*, *cit. nota 37 supra*, p. 81

[41] Obviamente que não se pretende especular sobre a etimologia dos termos, mas sim nos limitamos a explorá-los como traduções dos interesses jurídicos das partes no sentido de constituir obrigações entre elas, seja em um contexto pré-consensual, seja em um contexto consensual, contudo, em termos jurídicos. Nesse sentido, indicamos *Thesaurus Linguae Latinae*. *Editus iussu et auctoritate consilii ab academiis societatibusque diversarum nationum electi*, v. s. 4 (con-cyvlus) e 7 (intestabilis-lyxipyretos), Leipzig, Teubner, 1956-1979, pp. 157-162 e 1.554-1.555; A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4ª ed., Paris, C. Klincksieck, 1967, pp. 185 e ss. e 364 e ss.; A. WALDE, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, Carl Winter, 1982, pp. 377 e ss. e pp. 817 e ss.

"*conducere*" (verbos) e "*conductio,-onis*" (substantivo) são mencionados dezessete vezes; no *Codex Theodosianus*, respectivamente, dezoito e cinquenta e quatro vezes; no *Corpus Iuris Civilis*, parecem nas Institutas de Justiniano, trinta e quatro e trinta e quatro vezes; no *Codex Justiniani*, sessenta e oito e cento e onze vezes, no *Digesta*, quinhentas e onze e quatrocentas e cinco vezes.[42]

---

[42] A relevância não está propriamente na quantidade de referências aos termos, mas sim no contexto contratual em que são empregadas, principalmente por tutelar o consenso entre as partes no contrato de locação. Dessa forma, temos a recorrência dos termos "*locare/locatio,-onis*" em: Gai. 2, 50; Gai. 3, 135; Gai. 3, 142-147; Gai. 3, 162; Gai. 3, 205; Gai. 4, 28; Gai. 4, 62; CTh. 1, 16, 9; CTh. 1, 6, 11; CTh. 4, 3, 1; CTh. 4, 8, 6, 7; CTh. 4, 13, 1; CTh. 4, 19, 1, 1; CTh. 5, 15, 17; CTh. 8, 5, 23, 1; CTh 8, 7, 19pr; CTh. 10, 3, 7pr; CTh. 11, 20, 3; CTh. 12, 1, 97; CTh 13, 11, 6, 1; CTh. 15, 1, 19; CTh. 15, 14, 9; CTh. 16, 5, 4; Inst. 1, 2; Inst. 1, 21; Inst. 2, 1; Inst. 2, 5-6; Inst. 2, 19; Inst. 3, 14; Inst. 3, 22-24; Inst. 3, 29; Inst. 4, 1-2; Inst. 4, 6; CJ. 3, 33, 10; CJ, 3, 33, 13pr-1; CJ 4, 10, 3; CJ 4, 22, 5; CJ 4, 29, 10; CJ 4, 32, 14; CJ 4, 38, 15, 3; CJ 4, 51, 4; CJ 4, 61, 4; CJ 4, 61, 13, 1; CJ 4, 65, 0; CJ 4, 65, 3; CJ4, 65, 5-6; CJ 4, 65, 8-12; CJ 4, 65, 13pr-1; CJ 4, 65, 14-17; CJ 4, 65, 19; CJ 4, 65, 21-24; CJ 4, 65, 28; CJ 4, 65, 30; CJ 4, 65, 32pr; CJ 4, 65, 33; CJ 5, 12, 18; CJ 5, 39, 4; CJ 6, 22, 8, 2; CJ 6, 51, 1, 9b; CJ 7, 14, 11; CJ 7, 16, 18; CJ 7, 39, 2, 1; CJ 7, 47, 1, 1; CJ 7, 73, 3; CJ 8, 4, 10pr; CJ 11, 32, 2; CJ 11, 71, 0; CJ 11, 71, 5, 3; CJ 11, 71, 5, 6-7; CJ 12, 50, 22pr; D. 1, 1, 5; D. 2, 14, 1, 4; D. 2, 14, 4pr; D. 2, 14, 7, 1; D. 2, 14, 39; D. 2, 14, 50; D. 2, 14, 58; D. 3, 1, 1, 6; D. 3, 2, 3; D. 3, 5, 16; D. 3, 6, 2; D. 4, 2, 21, 4; D. 5, 1, 19, 2; D. 6, 1, 62pr.; D. 6, 3, 1pr; D. 7, 1, 12, 2; D. 7, 1, 13, 8; D. 7, 1, 15, 4-5; D. 7, 1, 25, 2; D. 7, 1, 25-27, 1; D. 7, 1, 59, 1; D. 7, 4, 29pr; D. 7, 8, 8pr; D. 7, 8, 11; D. 7, 8, 12, 6; D. 7, 8, 14pr; D. 9, 2, 5, 3; D. 9, 2, 7, 8; D. 9, 2, 27, 9; D. 9, 2, 27, 11; D. 9, 2, 27, 14; D. 9, 2, 27, 29; D. 9, 2, 27, 34-35; D. 9, 3, 5, 1; D. 9, 3, 5, 4; D. 10, 3, 6, 2; D. 10, 3, 10, 1; D. 10, 3, 23; D. 10, 4, 4; D. 11, 3, 14, 7; D. 11, 6, 1pr; D. 12, 2, 28, 6; D. 12, 5, 9, 1; D. 12, 6, 55; D. 12, 6, 65, 7; D. 12, 7, 2; D. 13, 6, 5, 2; D. 13, 6, 5, 12; D. 13, 6, 5, 15; D. 13, 6, 13, 1; D. 13, 7, 11, 5; D. 13, 7, 37; D. 14, 1, 1, 3; D. 14, 1, 1, 7; D. 14, 1, 1, 12; D. 14, 1, 1, 13; D. 14, 1, 1, 18; D. 14, 1, 5pr; D. 14, 2, 2pr-1; D. 14, 2, 2, 7; D. 14, 2, 10, 1; D. 14, 3, 5, 10; D. 14, 6, 3, 3; D. 15, 3, 16; D. 16, 3, 1, 9-10; D. 16, 3, 15; D. 17, 1, 1, 4; D. 17, 2, 7; D. 17, 2, 77; D. 18, 1, 20; D. 18, 1, 65; D. 18, 1, 80, 3; D. 18, 6, 1, 3; D. 18, 6, 17; D. 19, 1, 6, 4; D. 19, 1, 13, 11; D. 19, 1, 13, 30; D. 19, 1, 20; D. 19, 1, 53pr; D. 19, 2, 0; D. 19, 2, 1-2; D. 19, 2, 4-5; D. 19, 2, 7-8; D. 19, 2, 9, 1-4, 6; D. 19, 2, 11, 1; D. 19, 2, 11, 3-4; D. 19, 2, 12-14; D. 19, 2, 15, 2; D. 19, 2, 15, 4; D. 19, 2, 15, 8-9; D. 19, 2, 19, 1-3; D. 19, 2, 19, 5; D. 19, 2, 19, 9; D. 19, 2, 20pr; D. 19, 2, 20, 2; D. 19, 2, 22-23; D. 19, 2, 24pr-2; D. 19, 2, 24, 5; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25, 5; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 28, 2; D. 19, 2, 29-30pr; D. 19, 2, 30, 2-3; D. 19, 2, 31-33; D. 19, 2, 35-38pr; D. 19, 2, 39; D. 19, 2, 42-45; D. 19, 2, 47-48pr; D. 19, 2, 50-53; D. 19, 2, 54, 1; D. 19, 2, 55, 2; D. 19, 2, 57-58, 1; D. 19, 2, 60pr; D. 19, 2, 60, 2-4; D. 19, 2, 60, 6-9; D. 19, 2, 61-62; D. 19, 3, 1pr; D. 19, 5, 1, 1; D. 19, 5, 5, 2; D. 19, 5, 5, 4; D. 19, 5, 19, 1; D. 19, 5, 22; D. 19, 5, 26, 1; D. 20, 1, 5pr; D. 20, 1, 11, 1; D. 20, 1, 23pr; D. 20, 2, 2; D. 20, 2, 7pr; D. 20, 4, 9pr; D. 21, 1, 63; D. 22, 1, 17, 3; D. 22, 1, 19pr; D. 22, 5, 3, 5; D. 23, 4, 22; D. 24, 1, 52pr; D. 24, 3, 7, 1-3; D. 24, 3, 7, 8; D. 24, 3, 7, 10; D. 24, 3, 25, 4; D. 26, 7, 46pr; D. 29, 2, 20, 1; D. 31, 86, 1; D. 31, 88, 15; D. 32, 33pr; D. 32, 65pr; D. 32, 73, 3; D. 33, 2, 2-3; D. 33, 2, 30, 1; D. 33, 2, 32, 7; D. 33, 2, 38; D. 33, 4, 1, 15; D. 33, 7, 24; D. 33, 9, 3, 7; D. 33, 10, 7pr; D. 34, 3, 16-17; D. 36, 1, 46, 1; D. 38, 1, 25pr-1; D. 38, 1, 25, 3-4; D. 38, 1, 37pr; D. 38, 5, 1, 12-13; D. 38, 17, 1, 6; D. 39, 2, 18, 4; D. 39, 2, 21; D. 39, 2, 34; D. 39, 3, 5; D. 39, 4, 9pr-1; D. 39, 4, 11, 1; D. 39, 4, 11, 5; D. 39, 4, 15; D. 40, 12, 13, 1; D. 41, 1, 9, 5; D. 41, 1, 54, 1; D. 41, 2, 30, 6; D. 41, 2, 31; D. 41, 2, 32, 1; D. 41, 3, 21; D. 41, 3, 36pr; D. 42, 5, 8, 1-4; D. 41, 5, 9, 6; D. 43, 9, 1pr; D. 43, 9, 1, 3; D. 43, 16, 1, 33; D. 43, 16, 12; D. 43, 16, 18pr; D. 43, 17, 3, 7; D. 43, 18, 1pr-1; D. 43, 24, 15, 1; D. 43, 32, 1, 5; D. 43, 32, 2; D. 44, 7, 2pr; D. 44, 7, 25, 1; D. 44, 7, 31; D. 44, 7, 34, 2; D. 44, 7, 48; D. 45, 1, 35, 1; D. 45, 1, 38, 21; D. 45, 1, 38, 25; D. 45, 1, 72, 1; D. 45, 1, 89; D. 45, 2, 9pr; D. 45, 3, 18, 3; D. 46, 1, 44; D. 46, 1, 52, 2; D. 46, 3, 44; D. 46, 3, 80; D. 46, 4, 23; D. 47, 2, 14, 14; D. 47, 2, 14, 16; D. 47, 2, 48, 4; D. 47, 2, 62, 5-6; D. 47, 2, 62, 8; D. 47, 2, 86; D. 47, 2, 91pr; D. 47. 7, 9; D. 47,8, 2, 22; D. 47, 10, 5, 4; D. 48, 4, 1, 1; D. 48, 5, 11, 2; D. 48, 11, 8, 1; D. 48, 13, 5pr; D. 48, 13, 12pr; D. 48, 15, 6, 1; D. 48, 19, 9, 9; D. 48, 19, 11, 1; D. 48, 22, 15pr; D. 49, 14, 3, 6; D. 49, 14, 45, 14; D. 49, 14, 47, 1; D. 50, 1, 2, 4; D. 50, 1, 21, 7; D. 50, 8, 2pr; D. 50, 8, 3pr; D. 50, 8, 3, 2; D. 50, 8, 5pr-1; D. 50, 14, 2; D. 50, 15, 5, 1; D. 50, 16, 12pr; D. 50, 16, 19; D. 50, 16, 219; D. 50, 17, 23; D. 50, 17, 45pr; e "*conducere/conductio,-onis*" em: Gai. 2, 60; Gai. 3, 129; Gai. 3, 135; Gai. 3, 142-147; Gai. 3, 162; Gai. 4, 62; CTh. 1, 11, 1-2; CTh. 2, 30, 2; CTh. 2, 31, 1; CTh. 4, 13, 1; CTh. 5, 7, 2, 3 CTh. 5, 12, 0; CTh. 5, 14, 32; CTh. 5, 15, 18; CTh. 7, 8, 5, 1; CTh. 7, 8, 9; CTh. 8, 5, 47pr; CTh. 9, 16, 2; CTh. 9, 18, 2; CTh. 9, 34, 3; CTh. 10, 3, 2-6; CTh. 10, 4, 3; CTh. 10, 5, 0; CTh. 10, 26, 1-2; CTh. 10, 22, 5; CTh. 10, 26, 0; CTh. 11, 16, 5; CTh. 11, 16, 12; CTh. 11, 16, 20; CTh. 11, 20, 3; CTh. 11, 28, 3; CTh. 12, 1, 97; CTh. 14, 3, 19; CTh. 14, 17, 3; CTh. 15, 8, 2; CTh. 15, 14, 9; CTh. 16, 5, 21; CTh. 16, 5, 40, 7; CTh. 16, 5, 52, 1; CTh. 16, 5, 54, 5-6; CTh. 16, 6, 4, 1; CTh. 16, 7, 2, 2; Inst. 1, 2; Inst. 1, 21; Inst. 3, 22-24; Inst. 3, 29; Inst. 4, 4-6; CJ. 1, 5, 8, 5; CJ. 3, 25, 1, 1; CJ. 3, 26, 6; CJ. 3, 33, 10; CJ 4, 26, 13, 1; CJ. 4, 29,10; CJ. 4, 32, 14; CJ. 4, 34, 5; CJ. 4, 51, 4; CJ. 4, 61, 4; CJ 4, 61, 11; CJ 4, 62, 4; CJ 4, 65, 0; CJ 4, 65, 1-3; CJ 4, 65, 5-11; CJ 4, 65, 13pr-1; CJ 4, 65, 15-16; CJ 4, 65, 19-20; CJ 4, 65, 24-31; CJ 4, 65, 32pr; CJ 4, 65, 33; CJ 4, 65, 35pr-3; CJ 4, 66, 1; CJ 5, 39, 4; CJ 5, 41, 0; CJ 5, 41, 1pr-1; CJ 5, 62, 8; CJ 7, 30, 1; CJ 7, 39, 2, 1; CJ 7, 39, 7, 7; CJ 7, 73, 3; CJ 8, 4, 10pr; CJ 8, 9, 1; CJ 8, 14, 7; CJ 8, 15, 8; CJ 8, 50, 20, 4; CJ 10, 34, 2, 1; CJ 10, 48, 15pr; CJ 10, 57, 0; CJ 10, 57, 1; CJ 11, 10, 7pr; CJ 11, 32, 2; CJ 11, 41, 6, 1; CJ 11, 48, 22pr; CJ 11, 54, 1pr; CJ 11, 59, 6pr-1; CJ 11, 62, 0; CJ 11, 62, 8; CJ 11, 66, 3; CJ 11, 71, 2; CJ 11, 71, 5, 6-7; CJ 11, 72, 0; CJ 11, 72, 1; CJ 11, 71, 3-4; CJ 11, 73, 0; CJ 11, 73, 1; CJ 11, 74, 1; CJ 11, 75, 1; CJ 12, 40, 2, 1; D. 1, 1, 5; D. 2, 14, 7, 1; D. 2, 14, 58; D. 3, 2, 4, 2; D. 5, 1, 19, 2; D. 5, 2, 23, 1; D. 6, 1, 9; D. 6, 1, 77; D. 6, 3, 1pr-1; D. 6, 3, 3; D. 7, 1, 25, 5; D. 7, 1, 34, 1; D. 7, 1, 59, 1; . 7, 4, 29pr; D. 8, 5, 8, 5; D. 9, 2, 27, 34; D. 9, 3, 1, 7; D. 9, 3, 1, 9; D. 9, 3, 5, 3; D. 9, 4, 19, 1; D. 10, 1, 4, 1; D. 10, 3, 23; D. 10, 4, 5pr; D. 11, 6, 1pr; D. 11, 3, 14, 7; D. 11, 7, 9; D. 12, 6, 26, 12; D. 12, 6, 65, 7; D. 12, 7, 2; D. 13, 6, 5, 12; D. 13, 6, 19; D. 13, 7, 11, 5; D. 13, 7, 22, 3; D. 13, 7, 35, 1; D. 13, 7, 37; D. 14, 1, 1, 3; D. 14, 1, 1, 15; D. 14, 1, 5pr; D. 14, 2, 2; D. 14, 2, 2, 7; D. 14, 2, 10pr-2; D. 14, 3, 11, 8; D. 14, 3, 12; D. 14, 5, 8; D. 14, 6, 3, 1; D. 15, 1, 37, 3; D. 16, 3, 1, 8-10; D. 16, 3, 15; D. 16, 1, 28, 1; D. 17, 1, 1, 4; D. 17, 2, 7; D. 17, 2, 33; D. 17, 2, 65, 2; D. 18, 1, 65; D. 18, 1, 68pr; D. 18, 1, 75; D. 18, 1, 79; D. 18, 6, 1, 3; D. 18, 6, 17; D. 19, 1, 20; D. 19, 1, 21, 4; D. 19, 2, 52pr; D. 19, 1, 53pr; D. 19, 1, 53, 2; D. 19, 2, 0; D. 19, 2, 1-2; D. 19, 2, 5-9,1; D. 19, 2, 9, 4-5; D. 19, 2, 10-11pr; D. 19, 2, 11, 2-4; D. 19, 2, 13, 1; D. 19, 2, 13, 3; D. 19, 2, 13, 7-8; D. 19, 2, 13, 10-11; D. 19, 2, 14-15,2; D. 19, 2, 15, 7;

O primeiro registro do uso do termo “locare” em um contexto jurídico que se tem notícia é uma menção de Gaio sobre as Leis das Doze Tábuas, em que existe um paralelismo entre *emere/pretium* e *locare/merces*.

Gai. 4, 28. *Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet; item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent.*	**Gai. 4, 28.** A *pignoris capio* foi instituída pela Lei das Doze Tábuas contra quem comprasse uma vítima humana (para sacrifícios), [mas] não pagasse o *pretium*; também contra quem não pagasse a *mercedem* em razão do jumento, que alguém alugou para daí receber o dinheiro em oferenda, isto é, em sacrifício. Finalmente, pela lei dos censores, deu-se a *pignoris capio* aos cobradores dos impostos públicos romanos contra aqueles que os devessem por causa de alguma lei.

A passagem gaiana afirma que a *legis actio per pignoris capionem*[43] é concedida ao credor que não receber o *pretium* da venda de uma vítima sacrificial ou não receber o aluguel (*merces*) em razão do transporte de carga, quando a renda fosse destinada a rituais religiosos. Em ambos os casos, a *pignoris capio* não é colocada à disposição do credor para fazer prevalecer um direito subjetivo próprio, mas para constranger o sujeito passivo a cumprir uma prestação que não era reconhecida pelo direito privado romano como uma obrigação jurídica[44].

D. 19, 2, 15, 9; D. 19, 2, 18-19pr; D. 19, 2, 19, 2-9; D. 19, 2, 20, 2; D. 19, 2, 21; D. 19, 2, 22, 2-3; D. 19, 2, 24pr-1; D. 19, 2, 24, 4-5; D. 19, 2, 25pr-3; D. 19, 2, 25, 6-7; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 28pr; D. 19, 2, 28, 2; D. 19, 2, 30pr-2; D. 19, 2, 31; D. 19, 2, 33; D. 19, 2, 35; D. 19, 2, 36; D. 19, 2, 45-48; D. 19, 2, 51, 1; D. 19, 2, 52; D. 19, 2, 54pr-1; D. 19, 2, 55, 1-2; D. 19, 2, 56; D. 19, 2, 58pr-2; D. 19, 2, 59; D. 19, 2, 60pr; D. 19, 2, 60, 5; D. 19, 2, 60, 7-9; D. 19, 2, 61, 1; D. 19, 2, 62; D. 19, 3, 1pr; D. 19, 4, 1, 2; D. 19, 5, 1, 1; D. 19, 5, 22; D. 20, 2, 3; D. 20, 2, 5pr; D. 20, 4, 9pr; D. 20, 4, 21, 1; D. 21, 1, 23, 9; D. 22, 5, 19pr; D. 26, 7, 32, 6; D. 26, 7, 46pr; D. 30, 120, 2; D. 31, 86, 1; D. 32, 30, 1; D. 32, 65pr; D. 33, 7, 12, 8; D. 33, 7, 20, 3; D. 34, 3, 16; D. 34, 3, 18; D. 36, 4, 5, 22; D. 37, 9, 4pr; D. 39, 2, 13, 6; D. 39, 2, 18, 4; D. 39, 2, 21; D. 39, 2, 29; D. 39, 2, 33; D. 39, 4, 1, 1; D. 39, 4, 9pr-3; D. 39, 4, 10, 1; D. 39, 4, 12, 3; D. 39, 4, 13, 1; D. 39, 5, 6; D. 40, 7, 14pr; D. 40, 7, 40, 5; D. 41, 1, 54, 1; D. 41, 2, 10pr-2; D. 41, 2, 10, 2; D. 41, 2, 19; D. 41, 2, 21, 3; D. 41, 2, 28; D. 41, 2, 32, 1; D. 41, 2, 37; D. 41, 2, 40, 3; D. 41, 3, 21; D. 41, 3, 33, 6; D. 43, 8, 2, 38; D. 43, 9, 1pr-2; D. 43, 14, 1, 7; D. 43, 18, 1pr-1; D. 43, 18, 1, 3-4; D. 43, 18, 2; D. 43, 21, 3, 3; D. 43, 24, 11, 12; D. 43, 24, 15, 1; D. 43, 32, 1, 4-5; D. 44, 7, 2pr; D. 44, 7, 5, 5; D. 44, 7, 25, 1; D. 44, 7, 48; D. 44, 7, 55; D. 44, 7, 57; D. 45, 1, 38, 21; D. 46, 1, 44; D. 46, 1, 68, 1; D. 46, 4, 23; D. 47, 2, 14, 12; D. 47, 2, 52, 8; D. 47, 2, 68, 5; D. 47, 2, 90; D. 47, 10, 5, 2; D. 47, 10, 11, 4; D. 47, 10, 13, 7; D. 48, 19, 9, 9; D. 48, 22, 15pr; D. 49, 14, 3, 6; D. 49, 14, 45, 13; D. 49, 14, 47pr-1; D. 50, 2, 4; D. 50, 6, 6, 10; D. 50, 8, 2pr-1; D. 50, 8, 3pr-2; D. 50, 14, 2; D. 50, 15, 5, 1; D. 50, 16, 16; D. 50, 16, 19.

[43] Cfr. M. KASER, *Römisches Privatrecht*, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung [trad. pt] S. RODRIGUES, F. HÄMMERLE, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 429, a *legis actio per pignoris capionem* refere-se a uma *legis actio* cujo fundamento se baseia em meros costumes (*mores*), de forma que, provavelmente, fosse anterior à Lei das XII Tábuas (G. 4, 26 e ss.).

[44] Cfr. J. R. CRUZ E TUCCI, L. C. AZEVEDO, *Lições de História do Processo Civil Romano*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2013, pp. 58-59.

O termo *emere* implica necessariamente em uma aquisição definitiva da coisa, pois se refere ao animal que será dado em sacrifício, contudo, o mesmo não pode ser dito do termo *locare*, que sugere que o objeto dado como oferta sacrificial será a *pecunia* resultante da locação. Não há, pois, qualquer tutela do consentimento, como ocorre nas ações *ex locato conducto* do período clássico, o que nos impede afirmar já haver uma tutela do consentimento para o contrato de locação na época da Lei das XII Tábuas[45].

Permitindo-nos uma pequena digressão, verifica-se a utilização dos termos locativos (*locare* e *conducere*, bem como seus respectivos vocábulos derivados) em contextos que fazem alusão à um negócio jurídico equivalente ao contrato de locação em textos literários. Apesar da polêmica sobre a utilização de fontes literárias para a reconstrução do direito romano[46], bastante interessante é a utilização dos termos locativos nas comédias de Plauto e nos formulários catonianos, porque estão inseridas em contexto análogo ao da locação consensual, mas não existe clareza sobre a forma jurídica que essas relações econômicas eram concretizadas[47], ou seja, apesar de ser possível verificar o conteúdo dessas relações jurídicas, não nos é possível afirmar com alto grau de certeza sob quais

---

[45] Questão que ainda paira sobre a utilização da *pignoris capio* recai justamente sobre os motivos em razão do qual o credor escolheria se defender por meio dela ao invés de uma *legis actio per sacramentum* (não havia ainda a possibilidade de se defender por uma *legis actio per condictionem*, que foi introduzida apenas no séc. III a. C. pela *lex Silia* e pela *lex Calpurnia*) e, posteriormente, uma *legis actio per manus iniectionem*, uma vez que essas figuras processuais seriam as mais indicadas a proteger os interesses do credor (*oportere*). Nos parece se aproximar da resposta correta a explicação que inclui um aspecto caro aos romanos: o contexto religioso em que estão inseridas as obrigações de pagar o *pretium* e a *merces*. A utilização da *pignoris capio* seria, então, uma imposição vexatória ao devedor, em uma época que o respeito pela palavra empenhada e pelo divino eram importantes ao contexto romano. Talvez, por isso, haveria um apelo moral na escolha dessa *actio* em detrimento das outras (cfr. J. R. CRUZ E TUCCI, L. C. AZEVEDO, *Lições de História do Processo Civil Romano*, *cit. nota 44 supra*, pp. 41-60, especialmente p. 59). Ademais, sobre o texto gaiano, outros autores (cfr. T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, p. 16, n. 9; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 14-16, especialmente p. 15, n. 9, 10 e 11) defendem a originalidade da repetição do texto decemviral encontrada no excerto gaiano, porque muitos termos (*daps*, *pecunia*, *iumentum*, *pretium*, *merces emere*) às vezes eram usados tecnicamente como vocábulo sacerdotal que coincide com o período das XII Tábuas.

[46] Vasta bibliografia pode ser consultada no resumo completo feito por S. A. CRISTALDI, *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in *Index* 39 (2011), pp. 492-496 (no mesmo sentido G. ROTELLI, *Ricerca di um criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in *BIDR* 75 (1972), pp. 97-132; P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 122 e ss.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, p. 17, n. 20) sobre as controvérsias existentes na doutrina em relação à utilização das comédias plautinas no debate de figuras jurídicas romanas.

[47] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, p. 18

estruturas essas relações eram estruturadas (talvez, ainda numa fase pré-consensual).

De acordo com R. FIORI[48], embora existam outros trechos que utilizam os termos locativos com conteúdo jurídico[49], a única menção à tutela dessa relação jurídica que nos remete à locação clássica é encontrada em *Plaut. Aul. 455-458*[50], que aduz o diálogo entre o velho Euclião (*Euclio Senex*) e o cozinheiro Congrião (*Congrio Cocus*) no qual o cozinheiro ameaça exigir uma *merces* de Euclião em razão de ter apanhado sem motivo, de modo que é rebatido pelo ancião com a expressão "*lege mecum agito*". A expressão usada remete genericamente ao processo por *legis actiones*[51], o que nos induz a concluir que já existiria nesta fase uma defesa processual para as partes da locação e, consequentemente, o reconhecimento da consensualidade da relação jurídica; por outro lado, tratando-se de uma comédia, a expressão poderia estar inserida em um contexto atécnico e, portanto, poderia ser entendido como uma ironia feita por Euclião sobre a impossibilidade de Congrião ter sua pretensão tutelada juridicamente. Como o próprio autor reconhece, ainda não existe prova suficiente para se afirmar que existia um contrato consensual (*locatio conductio*) liberado das formas negociais consagradas pelo *ius civile* (a *mancipatio* ou a *stipulatio*)[52].

Por outro lado, seguramente já se verifica tutela do consentimento nas relações envolvendo locação nos formulários catonianos[53]. Nesse sentido, R.

---

[48] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 19, n. 24

[49] Vasta menção aos trechos plautinos em que os termos locativos são usados pode ser encontrada em R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 19, n. 21

[50] *Plaut. Aul. 455-458.* ***EU****. Intro abite, opera huc conducta est vostra, non oratio./* ***CO****. Heus, senex, pro vapulando hercle ego abs te mercedem petam. coctum ego, non vapulatum, dudum conductus fui./* ***EU****. Lege agito mecum. molestus ne sis. i et cenam coque, aut abi in malum cruciatum ab aedibus.* [= (Plaut. Aul. 455-458. **EU.** Vá (já) para dentro, o que é contratado aqui é o teu serviço, não teu discurso/ **CO.** Olhe, velho, juro por Hércules que eu reclamarei uma merces contra ti em razão de ser sido surrado. Eu fui contratado para cozinhar, não para ter sido surrado./ **EU.** Eu agirei em razão da lei. Não (me) aborreças. Cozinha o jantar ou vá embora de casa sob súplica.)]

[51] Cfr. T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, *cit. nota 45 supra*, p. 82-83. O jurista argumenta que a resposta de Euclião parece remeter a uma certeza de vitória judicial frente à pretensão de Congrião, porque o cozinheiro erra ao qualificar a *merces* como um pedido de indenização ("*Schadenersatzforderung*"), uma vez que não existiria nenhuma *legis actio* para tutelar essa pretensão.

[52] Em sentido contrário, E. COSTA, *Il diritto romano privato nelle commedie di Plauto (rist. anast. 1890)*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1968, pp. 382 e ss. defende que existe um contrato consensual.

[53] Assim são conhecidas certas fórmulas contratuais do jurista republicano Marco Pórcio Catão (234-149 a.C.) contidas na obra *De Agri Cultura*, as quais sofrem diversas críticas, porque pertencem a um autor do período dos "primeiros juristas leigos", de modo a relativizar a importância dos textos catonianos (cfr. A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Sedrega, s/a, p. 259; A. GUARINO, *Catone giureconsulto*, in *Iusculum iuris*, Napoli, 1985, pp. 69-

FIORI defende que, diferentemente, do que ocorre com a *emptio venditio*[54], nos formulários catonianos a *locatio conductio* ainda é instrumentalizada em alguns casos com formas de garantia indireta da obrigação (mediante *pignora* ou *satisdationes*), as quais comporiam o negócio jurídico juntamente com a proteção do simples consenso. Dessa forma, ele supõe ter existido uma fase intermediária entre a tutela de interesses econômicos por meio de formas jurídicas tradicionais próprias do *ius civile* (*verborum obligatio*) e a tutela do simples consentimento, que foi mediada pelas garantias indiretas[55]. Então, os verbos *locare* e *conducere* estariam ligados aos mesmos interesses econômicos, mas não a mesma forma jurídica de proteção desses interesses, de modo que ainda não existiria a estrutura de um contrato consensual[56].

Mencionadas essas referências literárias, voltemos à análise dos textos estritamente jurídico.

Distinguir a *locatio conductio* de negócios a ela avizinhados é também uma forma de colocar em evidência os elementos que caracterizam esse tipo contratual[57], considerado, obviamente, as eventuais mudanças ocorridas ao longo do tempo. Os resultados obtidos, então, podem fornecer importantes explicações sobre o funcionamento estrutural da *locatio conductio* sem retirar o nosso objeto de análise do seu meio de uso. Consequentemente, permite-se também estudar a complexidade e funcionamento do sistema contratual romano.

---

81). Contudo, continuam sendo usadas pela doutrina romanista em razão da relevância dos textos e da importância do autor durante a República Romana (cfr. A. PÉREZ VIVÓ, *Un antecedente histórico del contrato de sociedad: las sociedades agrarias de Caton*, in *Anales de la Universidad de Alicante – Facultad de Derecho* 1 (1982), p. 294; R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, pp. 11-50, especialmente p. 24, n. 35 e p. 28, 53). Essa importância, inclusive, é reforçada por autores romanos como Cícero (*Cíc. de orat. 1, 171*), que o define *iuris civilis omnium peritissimus*, bem como Pompônio que o menciona dentre os juristas republicanos (*Pomp. Enchr. D. 1, 2, ,2 38*)

[54] É interessante mencionar que dois excertos são bastante debatidos na doutrina romanista por apresentarem indícios relevantes de uma possível origem comum da *locatio conductio* e da *emptio venditio*. São eles: *Cat. Agr. 149* (sobre o *pabulum hibernum*, isto é, a forragem de inverno) e *Cat. Agr. 150* (sobre os *fructus ovinum*, isto é, os frutos [derivados] das ovelhas). Em maior ou menor grau, em ambos os excertos, é verificada uma ambiguidade terminológica que fortalece a tese da origem comum (cfr. H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe. Beträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, C. G. Lüderitz'sche, Berlim, 1867, p. 141, n.4; A. D'ORS, *El Contrato catoniano sobre el rebaño de ovejas (Cat. Agr. 150)*, in *BIDR* 91 (1988), p. 449; R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, pp. 27-28)

[55] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 24

[56] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 45

[57] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 184

1.2.2. **Hipóteses sobre a origem da '*locatio conductio*' consensual**

A multiplicidade de conteúdos e de escopos econômico-sociais que poderiam ser realizados por meio da *locatio conductio* aliados à escassez de fontes faz com que seja difícil imaginar de modo conclusivo os precedentes históricos da locação consensual[58]. Apesar disso, diversos trabalhos foram publicados no final do século XIX e meados do século XX tentando explicar o surgimento da locação privada. Dentre eles era famosa a tese sustentada por T. MOMMSEN[59], na qual a locação privada teia sua origem vinculada à locação pública. Propõe-se que a terminologia adotada pela jurisprudência para as locações privadas se refere às locações públicas. A *locatio conductio rei* teria origem no poder dos censores permitirem a fruição de terrenos do governo romano, a *locatio conductio operis* correspondia à contratação de obras públicas e a *locatio conductio operarum* era vista na contratação de *lictores* e servidores pelos magistrados[60].

O principal fundamento do argumento mommseniano está contido no trecho da obra ciceroniana *In Verrem 2, 1, 51, 130-150*. Nessa passagem, Cícero busca expor a extensão da corrupção de Verres[61] e, como parte de sua tática retórica usa exemplos de práticas que teriam ocorrido durante sua gestão como *praetor urbanus*. No contexto dessa discussão, ele reconta a história de um indivíduo contratado para realizar serviços públicos, cuja tarefa era fazer a manutenção do templo de Castor. O contratado já havia terminado o serviço, mas morreu antes que os contratos pudessem ser oficialmente finalizados como a lei

---

[58]Cfr. L. AMIRANTE, *Locazione*, in *NNDI 9* (1963), pp. 992-993; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, Oxford University Press, 1996, pp. 340 e ss.; P. J. DU PLESSIS, *The hereditability of 'locatio conductio'*, in Beyond Dogmatics: Law and Society in the Roman World, Edimburgo, 2007, p. 140 e ss.

[59] Cfr. T. MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in *ZSS 6* (1885), pp. 260 e ss.; citado também em A. MASI, s. v. *Locazione (storia)*, in *ED 24* (1974), p. 911; L. AMIRANTE, *Locazione*, *cit. nota 58 supra*, p. 994; P. J. DU PLESSIS, *The hereditability of 'locatio conductio'*, *cit. nota 58 supra*, p. 142; mas algumas sugestões sobre a locação dos censores já haviam sido feita em H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, cit. nota 54 supra, pp. 134 e ss., que, porém, para a terminologia segue Cujácio e supunha que a origem da inversão terminológica fosse em razão da derivação das locações privadas a partir daquela pública, pois nelas, os *apparitores* eram *conducti* para o magistrado, o qual, em seguida, "locava" os terrenos públicos, as obras públicas que deviam ser construídas, os impostos a serem recolhidos. Entretanto, a solução que se fundava substancialmente apenas em uma intuição difícil de demonstrar, foi abandonada.

[60] Cfr. T. MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, *cit. nota 59 supra*, pp. 260-275, especialmente pp. 264 e 268.

[61] Caio Verres teria sido um magistrado romano que governou a Sicília entre 73 a 71 a.C. (cfr. C. ANTHON – W. SMITH, *A new classical dictinonary of Greek and Roman biography, mythology and geography*, New York, Harper & Brothers Publishers, 1884, pp. 930 e ss.)

exigia. O filho e herdeiro do contratado, que era menor de idade nesse momento, foi acusado de rescindir o contrato e as autoridades de Verres tentaram extorquir o dinheiro dele sob ameaça de impedir a aprovação oficial para a continuidade do serviço (*probatio operis*) requerida pela lei. Diante de tal situação, não restava dúvidas a Cícero que não seria o caso de analisar a transferência do dever de completar o contrato para o herdeiro, porque isto já estava subentendido. A única conclusão que poderia ser dada é que o herdeiro do contratado para o serviço herdou a obrigação contratual de seu pai, pondo fim aos pormenores da discussão.

Compartilhando os mesmos fundamentos da tese mommsiana, P. J. DU PLESSIS[62] concorda com a origem pública do contrato de locação. Ele defende que o motivo que reforçaria ainda mais a tese mommsiana – de que, por exemplo, há a transferência da obrigação do contrato de locação aos herdeiros – é o fato que Cícero, um profundo conhecedor e interessado no Direito Romano, ao se utilizar desse exemplo estaria indicando uma prática recorrente no Direito Público Romano já a algum tempo, fornecendo assim indicativos da origem do contrato de locação privada no Direito Romano, isto é, as fórmulas originais deste tipo de contrato teriam seus fundamentos na locação pública. Continuamente, A. WATSON[63] postulou que a *locatio conductio operis* fora provavelmente a forma mais antiga do contrato de locação privado, porque o contrato consensual privado seria uma derivação de acordos públicos para construção de obras públicas[64].

Outros autores, debruçando-se sob a locação dos fundos rústicos[65], se distanciaram da teoria proposta por T. MOMMSEN e encontraram o fundamento da relação locatícia no *precarium*[66], enquanto outras relações locatícias teriam suas

---

[62] Cfr. P. J. DU PLESSIS, *The hereditability of 'locatio conductio', cit. nota 58 supra*, p.162; Id., *The Roman Concept of 'lex contractus'*, in *Roman Legal Tradition 3* (2006), pp. 82 e ss.

[63] Cfr. A. WATSON, *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 9-10; Id. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1965, pp. 100-101.

[64] Sobre o tema remetemos também à obra de A. TRISCIUOGLIO, *'Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare'. Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana eaugustea*, in *Memorie del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Torino* (Série V, Memória VII), Jovene, Napoli, 1998; seguida pela análise de R. FIORI, *Recenzione.* A. TRISCIUOGLIO, *'Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare'*, *op. cit.*, pp. 194 e ss.

[65] Para. L. AMIRANTE, *Locazione*, *cit. nota 58 supra*, p. 994, também na locação de habitações. E J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 535 e ss. defende que a *locatio conductio rei* tenha sido a primeira dentre as modalidade de locação a se consolidar como contrato consensual e, dessa forma, possibilitou a derivação das outras duas modalidades (*operis* e *operarum*).

[66] Cfr. H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, cit. nota 54 supra, pp. 188 e ss; E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, Bocca, 1915, §§3-4; G. SCHERILLO, *Locazione e*

origens na *stipulatio*[67]. Ainda sobre a locação dos fundos rústicos, se sustentou que o contrato de locação teria caráter real[68], ao menos no período clássico, uma vez que haveria tipicidade entre a *locatio conductio* e a *emptio venditio*[69]. Certamente que nos primórdios do ordenamento jurídico romano, quando os poderes jurídico-econômicos estavam concentrados exclusivamente nas mãos do *paterfamilias*, muitas figuras jurídicas se desenvolveram ora como figuras obrigacionais, ora como figuras reais. Todavia, desta ambivalência primitiva comum a diversos contratos consensuais não se pode derivar um pretenso valor de direito real da *locatio conductio* primitiva[70].

Em 1915, E. COSTA[71], influenciado por antigos debates doutrinários, se torna precursor de uma nova hipótese: a relação locatícia teria origem com o *precarium*. Segundo essa nova hipótese, a locação de bens imóveis (provavelmente fundos rústicos) teria se desenvolvido sob os auspícios do patronato[72] (ou clientela), uma vez que o *patronus* concedia o direito a seus escravos libertos de usar e fruir a propriedade (*precarium*). Ocorre que o jurista italiano não esclarece como ocorreu a transição do *precarium* (gratuito) para a *locatio conductio* (onerosa)[73]. Em 1953, aproveitando-se da pesquisa de E.

---

precario, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze Lettere e Arti 52* (1929), pp. 389 e ss; T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio, cit. nota 45 supra*, pp. 79 e ss.

[67] Particularmente, a *opus faciendum*, a qual teria entrado tardiamente no esquema da locação consensual, mas cuja origem teria sido a estipulação.

[68] Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, v. 2, Roma, Athenaeum, 1928, p. 289; A. TORRENT, *La polemica sobre la tricotomia 'res', 'operae', 'opus' y los origenes de la 'locatio conductio'*, *in* Rivista Internazionale On Line Teoria e Storia del Diritto Privato, v. 4, Napoli, G. Giappichelli, 2011, p. 34; H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, cit. nota 54 supra, p. 134; P. J. DU PLESSIS, *The Roman Concept of 'lex contractus'*, *cit. nota 37 supra*, p. 83.

[69] Segundo L. AMIRANTE, *Locazione*, *cit. nota 58 supra*, p. 992, existem fortes indícios de uma antiga promiscuidade terminológica entre a *emptio venditio* e a *locatio conductio*, que poderia ser constatada na obra catoniana *De Agri Cultura*, pois Catão parece ignorar a típica locação do fundo rústico e constrói a relação como compra e venda dos produtos do fundo.

[70] Cfr. A. TORRENT, *La polemica sobre la tricotomia*, *cit. nota 68 supra*, IV, pp. 40-41

[71] Cfr. E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, *cit. nota 66 supra*, §§3-4

[72] Para maiores referências ao patronato ver M. KASER, *Römisches Privatrecht*, *cit. nota 43 supra*, pp. 113-114; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, *cit. nota 65 supra*, pp. 110-111, explica que o o *libertus* tinha como restrição, em relação à pessoa do *patronus*, duas formas de trabalho: a *operae officiales* (favores que o liberto estaria moralmente obrigado com o seu patrono, mas que não poderiam ser exigidos judicialmente) e a *operae fabriles* (que eram prestações de cunho econômico, cujas as quais, antes de ser libertado, jurava o escravo continuar realizando em favor do patrono; por este motivo poderiam ser exigidas mediante ação judicial). Contudo, a *operae fabriles*, a partir do século II a.C., passou a ser restrita somente àqueles serviços tidos como justos pelo pretor, tendo em vista o abuso dos patronos.

[73] Crítica feita por A. TORRENT, *La polemica sobre la tricotomia*, *cit. nota 68 supra*, IV, especialmente p. 41; L. DE LIGT, *Studies in Legal and Agrarian History II: Tenancy under the Republic*, in *Athenaeum 88* (2000), pp. 380-381.

COSTA, o jurista alemão A. BECK[74] reputava que a origem da locação teria de fato correspondência com o patronato, mas teria sido a *locatio conductio operae*, ao invés da *locatio conductio rei*, a relação consensual precursora. Em ambas as hipóteses, a dependência social existente entre o cliente e seu *patronus* explicaria a gênese da locação consensual.

O fundamento dessas hipóteses busca respaldo nos argumentos sobre a origem dos *bonae fidei iudicia*, as quais colocariam a *fides* como figura central na concessão da tutela aos *negotia*[75]. Tal argumento decorreria do dever de lealdade entre o cliente e o seu patrono na época pré-clássica – sob a fórmula: *patronus si clienti fraudem facerit, sacer esto* –, na qual a quebra dessa lealdade contra o seu cliente exporia o *patronus* à vingança dos deuses. No início da República, entretanto, o patronato, acabou sendo relaxado em prol de uma relação de proteção, passando de dependência jurídica para mera dependência social, ou seja, a fórmula originária das XII Tábuas (8, 21) perde o conteúdo jurídico gradualmente até chegar a um poder de proteção do patrono (com direitos de honra e lealdade pormenorizados) e de obediência e assistência por parte do liberto. Na contramão desse afrouxamento jurídico (patronato), outra relação entre as partes passa a dar o conteúdo jurídico necessário à proteção dos interesses envolvidos (o *precarium*).

Em outras palavras, para eles seria essa dependência doméstica entre *patronus* e liberto que explicaria o surgimento da *locatio conductio* na medida em que estes desempenhavam serviços similares aos dos escravos àqueles, que, por sua vez, recebiam em contrapartida habitação em forma de *precarium*. Chega-se, então, à conclusão que a *locatio conductio* seria uma consequência do surgimento dessa nova classe de trabalhadores assalariados livres (libertos) que estariam emancipados de seus vínculos originais (patronato) a ponto de ter evoluído gradualmente para essa relação baseada na *bona fides*. Porém, como já dissemos é obscura a forma como o *precarium* outrora gratuito se tornou uma igura onerosa. Inegável que as teses guardam conexão com outros dados históricos,

---

[74] Cfr. A. BECK, *Zur Entstehung des römischen Mietvertrages*, in *Festschrift Hans Lewald*, Basel, Herbing U. Lichtenhan, 1953, pp. 3 e ss.

[75] Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 174 e ss., as fórmulas concedidas nasceram da prática comunitária, por meio de árbitros privados (e, portanto, não oficiais), e depois seriam recebidas pelos pretores quando tais fórmulas já tivessem se consolidado no uso corrente.

principalmente se pensarmos no apreço conferido socialmente a esses trabalhadores (*locatio conductio*) em relação àqueles que exerciam as artes liberales (*mandatum*)[76].

H. KAUFMANN[77] parecendo compreender melhor a dificuldade de traçar as origens da *locatio conductio* é o primeiro a reconher um intrincado número de raízes históricas da locação consensual, algumas das quais seriam informais e outras tantas seriam resultado de complexas relações negociais. A obra de H. KAUFMANN não consegue estabelecer a origem da *locatio conductio*, mas implica em aceitar um cenário mais abrangente, isto é, aceitar que a *locatio conductio* possa ter se desenvolvido a partir de diversos modelos contratuais. R. FIORI segue a mesma lição, na medida em que assume como incerta a origem da forma consensual do contrato[78].

Recentemente, L. DE LIGT[79], retomando uma antiga hipótese proposta por M. KASER[80], propõe que a origem da locação deva ser buscada em relação à conexão existente entre ela e a compra e venda, de modo que a *locatio conductio* fosse considerada inicialmente como uma "*temporary sale*". Apesar da hipótese merecer outras investigações, entendemos que ela só foi possível a partir de outras obras, inexistindo respaldo direto nas fontes primárias que justifiquem tal hipótese.

Enfim, as diversas teorias sobre a origem pré-consensual e consensual da *locatio conductio* somente reforçam a dificuldade em esgotar o tema, mas, ao mesmo tempo, propiciam grande liberdade na exploração das mais diversas linhas e teorias para explicar esse "fenômeno jurídico" que se consolidou na locação romana[81]. Como muitas hipóteses demonstraram, a *locatio conductio* flerta com inúmeras relações jurídicas (contratuais ou não).

---

[76] Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *cit. nota 58 supra*, pp. 388 e ss.
[77] Cfr. H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staalicher Vermögensverwaltung*, Graz-Köln, Böhlau, 1964, especialmente p. 381.
[78] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 13-14
[79] Cfr. L. DE LIGT, *Studies in Legal and Agrarian History II*, *cit. nota 73 supra*, p. 385
[80] Cfr. M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschuchte der Römer*, Göttigen, Vandenhöck und Ruprecht, 1949.
[81] Uma interessante análise de direito comparado antigo (egípcio e grego) é feita por R. YARON, *Im Dickicht der Locatio-Conductio*, in *Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 2005, pp. 205 e ss. Nela, o autor demonstra relações negociais que se desenvolveram em outras culturas antigas, mas que mantêm de uma forma ou de outra certa intimidade com a *locatio conductio* romana.

Considerando esse cenário conturbado e pouco conclusivo sobre o tipo contratual da locação privada romana (que, por vezes, é explicada a partir de seus modelos negociais possíveis), costuma-se, de maneira geral, presumir o surgimento da *locatio conductio* por volta da segunda metade do século II a.C., tendo em vista que sua primeira aparição comprovada foi como *iudicium bonae fidei*[82] em trabalho de Quinto Múcio Scaevola, conforme citação encontrada na obra ciceroniana *De Officiis 2,17,70*. Desde então, assumiu significativo desenvolvimento com o direito pretoriano[83] por volta do século II a.C. Se essa aproximação estiver correta, a figura primitiva da locação teve um espaço de tempo relativamente curto para seu desenvolvimento até se transformar em um contrato consensual[84].

De acordo com a doutrina tradicional, as ações fundadas na boa-fé tiveram origem estritamente pretória, de modo que o debate por muito tempo se resignou a especular sobre a suposta origem peregrina[85] ou urbana[86] das afamadas figuras. Ambas conclusões partem de premissas idênticas. As *bonae fidei iudicia* são parte da história do direito honorário, uma vez que se desenvolveram a partir do *imperium* do magistrado. O motivo do exercício do *imperium* seria a difusão consuetudinária da *fides* ancestral[87] romana no âmbito dos negócios firmados entre cidadãos romanos e estrangeiros, que, por sua vez, clamavam por proteção

---

[82] Cfr. J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bona fidei iudicia'*, in Atti del Convegno di Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di Arnaldo Biscardi, Siena, 2001, p. 209, a ampla difusão da fides no âmbito das relações entre cidadãos romanos e estrangeiros desempenhou papel fundamental nos negócios realizados no comércio "internacional" (compra e venda e locação).

[83] Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *cit. nota 58 supra*, p. 341, durante algum tempo do período republicano, o pretor quem decidia por impor um ato puramente consensual e por conceder a *iudicium locate conducti*. Contudo não é possível afirmar essa utilização nos casos envolvendo o contrato de locação, empreitada ou serviço.

[84] Cfr. A. MASI, s. v. *Locazione (storia)*, *cit. nota 59 supra*, p. 994; P. J. DU PLESSIS, *The hereditability of 'locatio conductio'*, *cit. nota 58 supra*, pp. 139-153; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *cit. nota 58 supra*, pp. 340-341

[85] Por exemplo, J. H. FACCO, 'Oportere ex fide bona'. Uma construciòn decisiva de la jurisprudencia romana, in Revista de Derecho Privado 24 (2013), pp.20 e ss.; S. R. MONCAYO, *'Locatio conductio', uma institución unitaria com múltiple función económico-social*, in *Letras jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana 15* (2007), p. 179.

[86] Cfr. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *ZSS 80* (1963), especialmente pp. 40-41.; defende que a origem das *bonae fidei iudicia* se deve ao trabalho do pretor urbano, que as concede como forma de poder dar conteúdo propriamente jurídico às complexidades que exigiam os negócios práticos.

[87] Sobre o enlace terminológico entre "*fides*" e "*bonum*" R. FIORI, *Bona Fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, v. 4, Napoli, Jovene, 2011, pp. 101 e ss.

jurídica. Esse argumento seria respaldado pelas fontes primárias, basicamente porque se constata que tanto o depósito quanto o comodato eram tutelados por ações pretorianas com fórmulas *in factum conceptae* antes de serem protegidas pelas ações civis de boa-fé (*Gai. 4, 47*: "*sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati*"). A partir disso, haveria base suficiente para se aceitar que todas os *bonae fidei iudicia* seguiram pelo mesmo caminho histórico.

A ausência de fundamento legal aos negócios de boa-fé, conforme afirmação de Cícero (*De Off. 3, 15, 61*: "*et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona*"), é o ponto de partida para a doutrina tradicional justificar a origem pretória de tais figuras jurídicas. Entretanto, modernamente muitos autores romperam com essa ideia, porque a falta de lei não significaria necessariamente reconhecer no *imperium* do magistrado a origem da tutela jurídica. Segundo G. BROGGINI[88], o sistema jurídico civil romano antigo funcionaria em dois níveis: em primeiro plano estariam as leis, que fundamentariam as *legis actiones* (proteção processual específica e, por isso, oficial) e em segundo plano estaria o *aequum bonum*, alheio à proteção processual oficial, mas que na prática obtinha proteção por meio dos árbitros privados. Com a recepção do *aequum bonum* ao sistema "processual oficial", o *arbiter* comporia oficialmente o processo e, consequentemente, os *bonae fidei iudicia* tiveram a mesma sorte. Dessa forma, o *imperium* do magistrado seria a forma oficial de introduzir às ações de boa-fé, o que não é o mesmo que dizer que elas teriam sido necessariamente inventadas pelos pretores ou originadas do exercício edital pretoriano, na medida em que o pretor estaria limitado a receber e dar forma a algo preexistente à prática comunitária como se já tivesse a natureza de *ius*. Por exemplo, em *Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 1pr* está transcrito que "*ait praetor, quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo*" ("o pretor diz que é dito que se alguém dá [algo em] comodato, dou a ele uma ação"), a concessão edital desse pretor romano seria um testemunho do momento em que uma comportamento socialmente típico (o ato de dar gratuitamente alguma coisa a alguém para que a receba de volta após o uso), mas juridicamente irrelevante (porque, ainda, sem reconhecimento oficial) se

[88] Cfr. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegonema zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, Böhlau Verlag, 1957, pp. 124 e ss.

transforma, por atividade pretoriana, socialmente e juridicamente típico (*causa obligationis*), cuja prova é a concessão de uma tutela oficial[89].

Também se afastando da justificativa tradicional, L. LOMBARDI[90] sustenta que a origem dos *negotia* e das ações de boa-fé estariam fundadas nas relações tipicamente romanas baseadas na *fides* (*tutela*, *fiducia*, *societas* e *mandatum*), as quais imporiam obrigações morais (de amizade, de família, de cidadania) exigíveis entre as partes. Sua proposta parece se alinhar com aquela G. BROGGINI, que também defende terem sido os árbitros privados os primeiros a prescrever as fórmulas de boa-fé fora da esfera oficial, as quais foram recepcionadas pela magistratura depois que elas já tinham sido consolidadas no uso corrente[91]. L. LOMBARDI, por outro lado, busca explicar o critério que mediava essa relação não oficial. Por isso, justifica que nascendo um conflito entre as partes, burcar-se-ia um critério típico capaz de superar os contrastes entre as diversas interpretações sobre a *fides*. Dessa maneira, era preciso que o critério fosse supra individual e objetivo: a *fides* do *bonus vir*. Isto é, a *fides bona*[92] é a *fides* esperada do *bonus vir*[93]. Esse parâmetro de comparação objetiva permitia comparar a atitude dos contratantes, de modo a julgar se eles haviam ou não cumprido com seus compromissos. Essa comparação significava que cada um dos contratantes deveria ter um comportamento leal e honesto, não bastando a execução literal do acordo[94].

Por esse breve resumo, fica claro que mesmo não estando fundada por nenhuma lei, já seria possível constatar uma forma de tutela não oficial (por meio dos árbitros privados) do interesse da parte. Esse negócio socialmente

---

[89] Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolar*, *cit. nota 7 supra*, pp. 45-46, que também inclui nesse contexto o fragmento D. 13, 6, 17, 3.
[90] Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, *cit. nota 75 supra*, pp. 165 e ss.
[91] Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, *cit. nota 75 supra*, especialmente p. 191
[92] Cfr. M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides' nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano (Milano 7-9 aprile 1987*), v. 2, Milano, Cisalpino La Goliardica, 1990, pp. 134-135
[93] Cfr. L. LOMBARDI, Dalla 'fides' alla 'bona fides', *cit. nota 75 supra*, especialmente p. 181
[94] Cfr. L. C. SAN MARTÍN NEIRA, *La cláusula ex fide bona y su influencia en el quantum respondeatur como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33*, in *Revista de Derecho Privado (enero-junio de 2015) 28*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 54. Nesse sentido, R. CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, *cit. nota 12 supra*, pp. 42 e ss. defende que a "*bona fides*" contêm uma ideia ético-jurídica, que não está sujeita a uma definição conceitual sob pena de prejudicar o seu entendimento ("*qualsiasi tentativo di razionalizzare a monte questi concetti-valore vanificherebbe l'essenza degli stessi*").

reconhecido, mas desnudo de vestes jurídicas seria tutelado em razão da *fides* existente entre as partes, cuja origem civil estava ligada ao senso comunitário e restrita a determinados negócios. Portanto, a proteção dessa relação se assentou na consciência social e jurídica romana, que tornava exigível pelas partes um dado comportamento, de modo que a proteção pretoriana conferiu somente oficialidade aos mecanismos processuais[95]. Ademais, a mesma solução foi estendida para as relações de intercâmbio consensual (*emptio venditio* e *locatio conductio*), as quais não demonstram relação com a antiga *fides* romana, mas que a ela foram equiparadas[96].

Nesse sentido, concordamos com J. PARICIO[97] na afirmação de que o fenômeno de coexistência de ações que explica o comodato e o depósito, como tradicionalmente defendido, não pode servir para generalizar o desenvolvimento de todas as *bonae fidei iudicia*, porque inexistem indícios que os demais *negotia* possuíssem ações *in factum* anteriores àquelas civis de boa-fé[98]. Além disso, o depósito e o comodato foram incorporados tardiamente ao *ius civile* (provavelmente, no Principado), o que seria uma explicação mais convincente do porquê coexistiriam ambas as ações, de forma que a mesma lógica não poderia ser aplicada aos outros contratos que foram incorporados previamente (por exemplo, a *locatio conductio* ou a *emptio venditio*).

Nem tampouco nos parece que os negócios realizados entre cidadãos romanos e estrangeiros tenham sido a razão para surgimento dos juízos de boa-fé. Essa conclusão decorre de uma lógica intuitiva, que identifica a fórmula pretória como única forma de proteção jurídica e, por isso, pretende justificar a conexão entre elas e a origem das *bonae fidei iudicia* como resultado da criação pretoriana[99]. Porém, ela carece de maiores fundamentos, nos sendo mais verossímil a tese de G. BROGGINI e L. LOMBARDI, que reputam a *fides*, primeiramente no âmbito da cidadania romana e, em seguida, alargando-se também aos estrangeiros, uma vez que os comportamentos exigíveis independem do *status civitatis*, o motivo para o

---

[95] Cfr. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, *cit. nota 86 supra*, pp. 37 e ss.; J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bona fidei iudicia'*, *cit. nota 82 supra*, p. 211
[96] Cfr. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, *cit. nota 86 supra*, pp. 37 e ss.
[97] Cfr. J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bona fidei iudicia'*, *cit. nota 82 supra*, pp. 209 e ss.
[98] Cfr. G. FINAZZI, Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'. Azione pretoria ed azione civile, v. 1, Napoli, Jovene, 1999
[99] Cfr. J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bona fidei iudicia'*, *cit. nota 82 supra*, p. 211

surgimento dos *bonae fidei iudicia*. Nesse sentido, também é difícil reconhecer que a consensualidade de alguns negócios de boa-fé tenha conexão com a origem das *bonae fidei iudicia*[100], nos parecendo em esses casos tenham sido equiparados com as hipóteses já existentes. Dessa forma, seria impossível determinar o surgimento da locação consensual, porém seria possível entender o fenômeno que lhe conferiu proteção jurídica.

1.2.3. O debate sobre a '*locatio conductio*' na doutrina romanista moderna e o estado atual da '*communis opinio*'

Os primeiros escritos sobre a *locatio conductio* no século XX foram parte da obra de E. COSTA[101], em 1915, cujo tema central era a *locatio conductio rei* nos casos de propriedade móvel e imóvel. Na obra do jurista italiano fica evidente o esforço classificatório dos elementos contratuais da *locatio conductio rei*, principalmente em relação ao seu objeto. Em 1956, T. MAYER-MALY[102] publica sua obra sob forte influência do movimento interpolacionista, adotando uma metologia que tentava estabelecer a "*classicità*" dos textos latinos. O autor alemão pretendia investigar as três subdivisões do contrato de locação comumente descritas pela doutrina civilista tradicional: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum*, *locatio conductio operis faciendi*. Dessa forma, é exaltado também um viés classificatório em sua obra, sempre apoiado nos textos legais. Entre as obras desses juristas é publicado a primeira edição do manual didático de V. ARANGIO-RUIZ[103], em 1921, que impacta repentinamente na *communis opinio* ao tentar

---

[100] Cfr. J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bona fidei iudicia'*, *cit. nota 82 supra*, pp. 210 e 214. O autor espanhol afirma que os juízos de boa-fé mais antigos são a actio fiduciae e, talvez, a actio rei uxoriae – nenhuma delas possuía o típico oportere ex fide bona na sua intentio, mas outras palavras equivalentes ("*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*", "*melius aequius*") e com formulação mais arcaica –, cujo fundamento é a própria fides ancestral, como também a *actio tutelae*, *actio pro socio*, *actio mandati* ou a *actio negotiorum gestorum*. Mais tarde, uniram-se a elas a emptio venditio e a locatio conductio não mais no âmbito da plena confiança entre as partes, mas por causa do tráfico comercial, em que se supõe por identidade o mesmo comportamento honesto e irrepreensível, sendo estendido aos peregrinos. As ações de boa-fé do depósito e do comodato são posteriores e irrelevantes para explicar a origem dos *bonae fidei iudicia*.

[101] E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, *cit nota 66 supra*, *passim*

[102] T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio cit. nota 45 supra*, *passim*

[103] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *cit. nota 103 supra*, p. 347: "*non è dunque, come ordinariamente si ritiene, un'analogia di funzione economica che abbia unito insieme i tre tipi in questione, anzi è la simplice circostanza, originariamente comune a tutti i tipi, della consegna di uma cosa per uno escopo oneroso, che ha dato nome al contratto*" [= (não é, portanto, como comumente se sustenta, uma analogia de função econômica que teria unido os três tipos em questão, de fato é

analisar todas as espécies locatícias sob a ideia de um único contrato. Sem maiores aprofundamentos, o autor italiano afirma que os romanos não tiveram a intenção de subdividir a *locatio conductio*, tendo esse esforço sido obra dos autores medievais.

A partir de então a questão de maior relevo sobre a *locatio conductio* foi, sem dúvida, o debate fomentado entre a teoria da unicidade e da tripartição contratual da *locatio conductio*, ou seja, a discussão sobre a existência de uma estrutura unitária, que seria compartilhada por três tipos contratuais (tradicionais) de locação (*rei*, *operarum* e *operis*) ou a existência de uma estrutura tripartida, que apenas usa o mesmo *nomen contractus* para qualificar negócios jurídicos típicos[104].

Como resultado de obras medievais, a doutrina romanista tratava a *locatio conductio* como um contrato unitário, que se dividia em três subespécies (*rei*, *operarum* e *operis*), sem que isso causasse qualquer estranheza[105]. Essas subespécies locatícias teriam uma origem comum, mas mecanismos de funcionamento distintos, de modo que pudessem ser explicadas separadamente. Essa visão da *locatio conductio* foi modernamente batizada de corrente tripartite.

Assim, inaugurando os argumentos da corrente unitarista, V. ARANGIO-RUIZ dizia que a tripartição da *locatio conductio* em três subespécies seria resultado da abordagem feita pela tradição romanista, que se distanciava da experiência romana propriamente dita em razão da necessidade dogmática de explicá-la[106]. Os romanos teriam tratado indistintamente todas os três tipos

---

a simples circunstância, originariamente comum aos três tipos, da entrega de uma coisa de modo oneroso, que deu nome ao contrato)].

[104] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 1-5

[105] É normalmente aceito que a tripartição da *locatio conductio* tenha sido feita, originalmente, pelos Glosadores, reconhecidamente na *Summa Codicis et Institutionem* de Azo (também chamado Azzo ou Azolinus), por volta de 1150-1230 d.C. (cfr. R. ORESTANO, *Azzone (o Azzo dei porci)*, in NNDI 2 (1957), pp. 192-193), e experimentado grade aceitação na doutrina romanista a partir da obra de Voet (*Commentarium ad Pandectas, Libri Quinquaginta, in quibus, praeter Romani iuris principia ac controversias illustriores, ius etiam hodiernum*, v. 19, t. 2 (*Locati Conducti*)), representante da Jurisprudência Elegante holandesa do século XVII. Aceita-se também que a Pandectista alemã também foi grande divulgadora da teoria da tripartição (por exemplo, nas obras de Glück, Seuffert, MÜhlenbruch, Thibaut, Degenkolb, Dankwardt).

[106] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *cit. nota 103 supra*, pp. 345 e ss. Obviamente que a obra manualista não desbrava nenhum tema aprofundadamente, mas é suficiente para abalar o modo como o tema era abordado até então, permitindo que U. BRASIELO e L. AMIRANTE pudessem fundar seus trabalhos. Na lógica adotada por V. ARANGIO-RUIZ é possível perceber algumas influências, como A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht, Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, v. 1, Erlangen, Andreas Deichert, 1876, pp. 420 e ss., especialmente p. 428, porque ele propunha uma origem comum às três subespécies a partir do esquema unitário da *locatio rei*.

locatícios. A justificava seria a existência de um elemento processual e outro, material. O elemento processual comum a todas as subespécies locatícias seria a concessão de uma *actio ex conducto* especificamente ao *conductor* e uma *actio ex locato* especificamente para o *locator*; já o elemento material seria a presença de uma *res* que seria dada e restituída de modo oneroso[107].

Desenvolvendo os breves argumentos suscitados por V. ARANGIO-RUIZ em seu manual, U. BRASIELLO[108] e L. AMIRANTE[109] fornecem mais provas que reforçariam o elemento processual e material para justificar a unicidade do tipo contratual, com destaque para o último autor que concentrou esforços na explicação da estrutura dação-restituição outrora proposta por V. ARANGIO-RUIZ.

Em 1964, em uma tentativa de resolver a questão por meio da reconstrução histórica da origem da *locatio conductio*, H. KAUFMANN[110] buscou analisar a *locatio conductio* desde sua gênese pré-consensual. Em sua obra, H. KAUFMANN preocupou-se, pela primeira vez, em definir o contexto aonde as regras da *locatio conductio* foram criadas e como elas funcionavam. Dessa linha de pesquisa surgiu uma nova abordagem metodológica pautada na análise jurídico-sociologica dos temas envolvendo a *locatio conductio*. Assim, outros autores se aventuraram a explicar as regras jurídicas da *locatio conductio* a partir de seu contexto social. Provavelmente, o maior expoente tenha sido B. W. FRIER[111], em 1980, cuja obra era respaldada por dados arqueológicos, bem como fontes literárias e jurídicas, que tentavam explicar a dinâmica da *locatio conductio* na locação de habitações urbanas. Em 1984, é publicada a obra de P. W. DE NEEVE[112] sobre o arrendamento de fazendas durante a República Romana e o início do Principado. Definido esse objetivo, o autor holandês buscar estabelecer sua análise a partir dos termos *colonus* e afins, os quais são considerados fundamentais para o desenvolvimento da *locatio conductio* no âmbito agrário.

---

[107] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, *cit. nota 103 supra*, p. 235, da mesma forma em R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 2

[108] Cfr. U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, *cit. nota 38 supra*, pp. 529 e ss.

[109] Cfr. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in BIDR 62 (1959), que foi criticado posteriormente por T. MAYER-MALY, *Tipicità e unita della 'locatio-conductio'*, in *Labeo 5* (1959), pp. 390 e ss.

[110] H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, *cit. nota 77 supra*, 1964

[111] B. W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, Princeton University Press, 1980

[112] P. W. DE NEEVE, *Colonus. Private farm-tenancy in Roman Italy during the Republic and the Early Principate*, Amsterdam, J. C. Gieben, 1984

Reaproximando-se do debate sobre a unicidade ou tripartição da *locatio conductio*, em 1983, P. PINNA PARPAGLIA[113] publica sua obra, na qual se mostra partidário da corrente unitarista, mas defende que a unicidade da *locatio conductio* não seria explicada pela estrutura da dação-restituição (*dare-reddere*), como vinha sendo defendido anteriormente, mas em razão da fruição da coisa. Isto é, no fato que a *res locata* permitiria o exercício de uma atividade. Isso seria verificado em todas as subespécies locatícias, inclusive na *locatio conductio operarum*, cujo esforço laboral é a característica mais marcante[114]. Por isso, na locação de um fundo rústico para que fosse cultivado qualquer produto, o objeto não seria apenas o terreno do fundo rústico, mas também o próprio cultivo[115].

Apesar de obra remonadas, o embate entre as correntes continua repercutindo. Os defensores da unicidade contratual têm a seu favor os aspectos processual e terminológico da *locatio conductio* para justificar sua teoria, os quais em um sistema contratual como o romano – em que a tipicidade de ações e a tipicidade do contrato (*Typenzwang*) são uma coisa só – não poderiam ser vistas como mera coincidência no caso da locação, isto é, um "*dato meramente formale, senza alcun riflesso dogmatico*"[116]. Ainda mais por continuar sendo verificável em todos os demais contratos consensuais.

Já os defensores da tripartição têm a seu favor a dificuldade de enquadrar todos os vários objetos possíveis de uma locação no mesmo esquema contratual, já que as tentativas de explicação da *locatio conductio operarum* ainda carecem de uma justificativa conclusiva para o fato que há uma inversão entre a ideia esperada de *locator* e *conductor* e, consequentemente, também continuaria sem resposta satisfatória para uma pergunta importante, se considerarmos a proposta mais recorrente na teoria unitarista – a existência de uma única estrutura contratual da *locatio conductio* formada pelo *dare-reddere* (dação e restituição de uma *res*) – qual seria o objeto restituído nesse caso?

---

[113] Cfr. P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, *cit. nota 46 supra*, pp. 130 e ss., especialmente p. 131

[114] Na origem *locatio conductio operarum*, o objeto do contrato teria sido exclusivamente um escravo, de modo que justificaria sua identidade na estrutura da *locatio conductio rei* (cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, *cit. nota 106*, I, p. 420, espec. p. 428)

[115] Cfr. P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, *cit. nota 46 supra*, p. 131

[116] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 9

A partir de 1999, as obras de R. FIORI[117] deram novo fôlego ao debate. Em seu primeiro trabalho, R. FIORI sugere nova metodologia de análise dos textos latinos, passando a agrupá-los por períodos históricos e por juristas. Dessa forma, ele pretende relativizar contradições que possam existir em uma análise mais ampla e genérica da *locatio conductio*.

Em relação ao debate sobre a natureza do contrato consensual de locação, com uma solução elegante, R. FIORI[118] tenta conciliar as duas vertentes alegando que ambas as correntes teriam razão em suas preocupações, mas que se estaria valorizando aspectos outros que não aqueles reputados importantes pelos romanos. Segundo ele, a *locatio conductio* estaria amparada por um único tipo contratual sustentado pelo *synallagma* "*merces-uti frui*" – concordando, assim, com a corrente unitária –, o qual, por sua vez, seria aproveitado por uma diversidade de "modelos negociais" que variavam de acordo com as diversas formas que fruição (*uti frui*) – relativizando, então, a crítica da corrente tripartite, uma vez que escapa da pergunta sobre qual o objeto restituído na *locatio operarum*.

Melhor dizendo, por meio dessa elaborada argumentação, o jurista italiano defende que o sinalágma da locação não seria formado pelo *dare-rederre* (conforme a ideia inicialmente proposta por V. ARANGIO-RUIZ e seguida por U. BRASIELO e L. AMIRANTE), mas sim pelo *synallagma* "*merces – uti frui*"[119], o qual continuaria de acordo com a teoria unitarista, pois busca explicar o esquema contratual da *locatio conductio* como resultado da obrigação comum e recíproca de "*praestare mercedem*" e "*praestare uti frui*". Ambas pois, estariam amparadas por ações específicas (*actiones locati et conducti*). A *merces* corresponderia a quantia

---

[117] R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, *passim*; Id., *'Contrahere' in Labeone*, in *Carmina Iuris. Mélanges em l'honneur de Michel Humbert*, Paris, De Boccard, 2012, pp. 311 e ss.; Id., *Bona Fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte prima)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, v. 2, Napoli, Jovene, 2006, pp. 127 e ss.; Id., *Bona Fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, v. 4, Napoli, Jovene, 2011, pp. 97 e ss.; Id., *'Contrahere' e 'solvere obligationem' in Quinto Mucio*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 1.995 e ss.; M. FLORIANA CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR 105* (2011), pp. 145 e ss.

[118] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 124-125, 361-362; proposta seguida também por P. DU PLESSIS, *Subletting and the Roman law of letting and hiring Interpreting C. 4, 65, 6*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 52 (2005), pp. 135

[119] Com base nos fragmentos servianos D. 19, 2, 15, 2, D. 40, 7, 14pr.

paga por uma das partes, enquanto o *uti frui* corresponderia a uma coisa (*res*) ou a uma pessoa (*homo*)[120].

Uma vez estruturada através do sinalágma "*merces – uti frui*", seria mais fácil explicar o motivo de a *locatio conductio* poder comportar diversos "modelos negociais" de fruição, o que estaria condizente com a principal linha argumentativa da teoria tripartite, que buscava explicar o contrato em vista dos interesses pretendidos pelas partes nas diversas hipóteses locativas[121]. Portanto, a restituição da *res* não seria o componente definidor da locação romana, mas, de fato, a fruição da coisa. Ao nosso ver, R. FIORI é bem-sucedido em sua explicação[122], apesar de preterir o componente temporal, o qual parece ser bastante significativo para o contrato de locação. Arriscando exceder os dizeres do jurista italiano, concluímos que para ele, o componente temporal (a restituição após o uso da coisa) seria consequência da natureza jurídica da *merces*, a qual, por si só, incorporaria esse caráter temporal em seu conteúdo jurídico, na medida em que significiaria o pagamento periódico de uma quantia[123]. Dessa forma, a estrutura contratual da "*merces – uti frui*" seria suficiente para explicar o conteúdo comum a todas as formas negociais de locação em um único tipo contratual sem ter que enfrentar o inconveniente de explicar qual seria o objeto a ser restituído, porque esse dado seria justamente o componente caracterizador da *locatio operarum* em relação às outras formas negociais. Essa explicação não exclui o fato de que os juristas

---

[120] Cfr R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 285 e ss.; também observador por J. P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, pp. 13-14.

[121] Cfr R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, p. 361, o primeiro desdobramento do esquema "*merces-uti frui*" ocorreu por causa da distinção romana entre "*res*" e *"persona*" (*homo*). Quando a fruição (*uti frui*) é realizada sobre uma "*res*", o sistema romano justifica a prestação como a própria *uti frui*; por outro lado, quando a fruição é realizada sobre uma "*persona*", existiria uma "*opera*", a qual, por sua vez, originaria um segundo desdobramento, porque o prestador da "*opera*" poderá simplesmente colocar à disposição da contraparte a própria "*opera*"; ou prestar a própria "*opera*" para cumprimento de um "*opus*" específico sob direção do comitente (sem com isso assumir qualquer responsabilidade pela realização do "*opus*"); ou, ainda, prestar a própria "*opera*" para cumprimento de um "*opus*" em que ele é responsável.

[122] Em opisição está P. LAMBRINI, *Recezione R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, in *Archivio Giuridico 221* (2001), pp. 119 e ss.

[123] Indícios dessa leitura em R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, p. 288: "*si sottolinea la necessità di um rapporto proporzionale tra il tempo di prestazione delle 'operae' e l'entità della 'merces' secondo um schema di equilíbrio tra mercede e tempo di godimento"* [= se destaca a necessidade de uma relação proporcional entre o tempo de prestação das '*operae*' e a entidade da '*merces*' segundo um esquema de equilíbrio entre aluguel e o tempo de fruição]; influenciado pela leitura de C. LONGO, *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio-conductio'*, in *Études de droit romain dédiées à Mélanges P. F. Girard*, t. 2, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1942, pp. 105 e ss.

romanos tivessem conhecimento de uma distinção entre as várias hipóteses[124] locatícias e, assim, não renunciaram a um tratamento apartado das três figuras, considerando-as imprescindíveis para a correta inteligência do regime contratual da locação romana[125].

Por conseguinte, do ponto de vista da tipicidade contratual, a *locatio conductio* é um contrato unitário, porque é traduzida pelo sinalágma "*merces – uti frui*", de modo a proteger o interesse das partes por ações típicas; entretanto, diferentemente de outros tipos contratuais, a *locatio conductio* pode ser usada por diversos modelos negociais em razão das infinitas possibilidades de as partes pretenderem frui coisa alheia durante determinado período de tempo e de maneira onerosa.

A metodologia adotada por R. FIORI também foi usada por outros autores, principalmente porque limita o objeto de estudo e permite ao intérprete das fontes primárias mais liberdade em sua análise, já que as incoerências entre os juristas romanos e eventuais conflitos que possam existir na jurisprudência romana são minimizados por recortes temporais e autorais. Assim, desfrutando das mesmas premissas metodológica, P. J. DU PLESSIS[126] busca conciliar sua análise de conjuntos de textos latinos com aspectos sociológicos encontrados em outras fontes. Essencialmente, P. J. DU PLESSIS concorda com R. FIORI sobre a estrutura unitária do contrato de locação a partir do sinalágma *merces – uti frui*, bem como restringe sua pesquisa por blocos de textos.

---

[124] Cfr. A. GUARINO, *La multiforme 'locatio-conductio'*, in *IURA 50* (1999), p. 4

[125] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra* pp. 7-10, especialmente 8; Id. *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo nel diritto romano*, in *Rivista del diritto della navigazione 49 (1)* (2010), pp. 160 e ss.

[126] P. J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, *passim*; Id. *The hereditability of 'locatio conductio'*, in *Beyond Dogmatics: Law and Society in the Roman World*, Edimburgo, 2007, pp. 139 e ss.; Id. *Subletting and the Roman law of letting and hiring Interpreting C. 4, 65, 6*, *cit. nota 118 supra*, pp.131-144.

2. A '*LOCATIO CONDUCTIO*' E A CONVENÇÃO ATÍPICA: TUTELA PROCESSUAL E TIPICIDADE CONTRATUAL

As convenções sinalagmáticas atípicas ou contratos inominados foram deixados à margem das classificações de fontes das obrigações, tanto naquela gaiana quanto naquela justinianéia, o que motiva muitos debates sobre o tema, principalmente em relação aos limites impostos à liberdade contratual no direito romano. A jurisprudência romana fornece diversos exemplos, que colocam em xeque as regras gerais encontradas nas fontes primárias, nos fazendo imaginar um sistema contratual mais complexo do que aquele descrito nas fontes, aonde os paradigmas contratuais tradicionais romanos são rompidos na medida em que se confere proteção jurídica às convenções atípicas.

Sabe-se hoje[127] que as definições justinianéia (*Inst. 3, 135 e ss.* e *D. 44, 7, 1 e ss.*), em maior ou menor medida, derivaram das ideias propostas na obra educacional gaiana (séc. II a.C.). As *Institutas de Gaio* inauguram a exposição sobre as fontes das obrigações no fragmento *Gai. 3, 88 ("quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*"), aonde se divide as obrigações civis em dois grupos: *ex contractu* ou *ex delicto*. Em seguida (*Gai. 3, 89*), Gaio define que as obrigações *ex contractu* podem ser de quatro gêneros: reais, verbais, literais e consensuais. Cada um desses gêneros é tratado individualmente nos parágrafos seguintes de madeira exaustiva. O jurista cita nominalmente todas as espécies contratuais de cada gênero de obrigação *ex contractu*. Apesar da extensa explicação, em nenhum momento as convenções atípicas são mencionadas como fonte de obrigações – embora saibamos que não era assunto desconhecido do jurista romano (por exemplo, *Gai. 10 ad ed. provinc. D. 19, 5, 22*) –, nem tampouco existe nesta obra uma definição precisa de contrato adotada por Gaio.

Entretanto, pelo conjunto de informações, seria inevitável definir o contrato gaiano como uma categoria aonde estariam englobados todos os atos lícitos, reconhecidos pelo *ius civile*, destinados a criar um vínculo obrigatório (por

[127] As *Institutas de Gaio* foram redescobertas pelo ocidente em 1821, com a publicação da primeira edição da obra de J. F. Göschen, cujo trabalho se deu pela descoberta do palimpsesto das *Institutas de Gaio* por B. G. Niehbuhr em 1816 (cfr. A. CORREIA – G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, *cit. nota 18 supra, pp. 275 e ss.)*

exemplo, em *Gai. 4, 2* e *Gai. 2 aureor. D. 44, 7, 1*). É claro que essa redução do pensamento gaiano contradiz a ideia acima defendida, uma vez que esse vínculo obrigatório, *a priori*, poderia ser manifestar nos contratos típico ou atípico. Dessa forma, permanece válida a pergunta se as obrigações *ex contractu* gaiana incluem ou não as convenções atípicas, mesmo que elas tenham sido ignoradas como categoria contratual.

A mesma omissão sobre as convenções atípicas persiste nas obras justinianéia (*Digesta*, *Codex*, *Institutiones* e *Novelae*), que também não as enquadram como fonte de obrigação *ex contractu*, nem em nenhuma outra. As *Institutas de Justiniano* (*Inst. 3, 13 e ss*)[128] afirmam que existem dois gêneros de obrigações: as civis ("*quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt*") ou as pretorianas ("*quas praetor ex sua iurisdictione constituit*"), as quais se dividem em quatro espécies: *ex contractu*, *quase ex contractu*, *ex maleficio* e *quase ex maleficio*. Em seguida, é apresentada a mesma metodologia aplicada por Gaio e, portanto, explica-se exaustivamente cada uma das espécies, sem que haja menção explícita ao enquadramento das convenções atípicas como uma categoria contratual. Ante o silêncio das classificações gaiana e justinianéia, nos resta aprofundar sobre qual(is) seria(m) a(s) definição(ões) de contrato para tentar entender como essas convenções supostamente atípicas conseguiram ser tuteladas pelo direito romano.

Por isso, é dificultoso adentrar na questão da solução processual que a jurisprudência romana dá aos casos em que a *locatio conductio* é discutida no âmbito das convenções atípicas, sem tratarmos, previamente, a questão que lhe

---

[128] *Inst. 3, 13. [pr] Nunc transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura. [1] Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur. [2] Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.* [= (Inst. 3, 13. [pr] Agora passemos às obrigações. A obrigação é um vínculo de direito, que nos adstringe rigorosamente a pagar alguma coisa, segundo o nosso direito civil. [1] A suprema divisão das obrigações se reduz a dois gêneros; pois, ou são civis ou pretorianas. Civis são as estabelecidas pelas leis ou claramente aprovadas elo direito civil. Pretorianas são as que o pretor instituiu pela sua jurisdição, e também se chamam honorárias. [2] A divisão seguinte as reduz a duas espécies; pois nascem de um contrato, ou de um quasi contrato, ou de um delito ou de um quasi delito. Primeiro devemos tratar das que nascem de um contrato. Destas há também quatro espécies; pois, ou se contraem pela tradição da coisa, ou por palavras, ou por escrito ou somente pelo consentimento. Examinemos cada uma delas)].

dá ensejo: o contrato e a tutela processual no âmbito das convenções atípicas durante períodos específicos da jurisprudência romana. Assim, é necessário fazermos uma pequena digressão para explicar o atual estágio de discussão sobre as convenções atípicas na romanística moderna e, posteriormente, analisar os fragmentos nos quais a *locatio conductio* está inserida no tema.

Como já posto anteriormente[129], embora se possa verificar uma regra de identidade processual ao longo da jurisprudência clássica entre os contratos nominados (*Typenzwang*)[130] – por exemplo, a *actiones locatio et conductio* para os casos de *locatio conductio* –, também é possível verificar algumas exceções a essa regra, que seguiram trajetória própria na História do Direito Romano: *actio praescriptis verbis; civilis; civilis in factum; incerti; civilis incerti*[131], as quais usaremos como sinônimo de *agere praescriptis verbis* ou tutelas atípicas.

---

[129] Ver Cap. 1.1

[130] Cfr. A. HIRATA, *I contratti innominati e il considetto 'Lebensrettungsvertrag' nel diritto romano*, in Studia Warmińskie 51 (2014), p. 218 [= *Der sogennante Lebensrettungvertrag im klassischen römischen Recht*, in *RFD 108* (2013), pp. 145-153]; E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la considdetta atipicità del diritto ordieno*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, v. 1, Napoli, Morano Editore, 1966, pp. 7 e ss.; U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, *cit. nota 7 supra*, pp. 44 e ss.

[131] Sem dúvida alguma, Aquilio Gallo (pretor em 66 a. C.) é personagem importante no debate sobre a proteção jurídica da vítima de um ilícito causado pela outra parte, na medida em que ele confere à vítima a *actio de dolo*, caso não haja outro remédio processual (princípio da subsidiariedade). Entretanto, a solução pensada por Aquilio Gallo representa uma resposta jurídica a eventuais injustiças, porque na ação de dolo busca-se o pagamento do *simplum* (e, consequentemente, a condenação por *infamia*), mas não soluciona propriamente a questão da atipicidade contratual. A preocupação da *actio de dolo* está centrada no comportamento da parte (*Paul. 5 quaest. Dig. 19.5.5. [2]. At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem. [3] Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.* [= [2]. Por outro lado, quando dou para que faças, se o fato seja tal que se considera que seja alugado, como, por exemplo, se pintasses um quadro, [uma vez] dado o dinheiro, haverá locação. Porém, é nascida ou uma ação civil neste que é meu interesse ou para repetir a *condictio*. Mas se o fato é tal que isto não pode ser alugado, como, por exemplo, que tu libertasses um escravo, seja [porque] foi acrescentado um prazo dentro do qual se deva libertar, e, permanecendo o escravo vivo e podendo ser libertado, o término seja transcorrido, seja que isso não seja fixado, mas seja transcorrido um tempo pelo qual pudesse e devesse ser libertado, se pode agir com a *condictio* ou com a [ação] *praescriptis verbis*. Dissémos que elas adequadas. Mas se désse a ti um escravo para que tu libertasses teu próprio escravo e [o] libertaste e aquele que dei a ti seja evicto, Juliano escreve que se eu [o] dei [a ti] com conhecimento da situação, dá-se contra mim uma ação *de dolo*, se ignorasse a situação, uma [ação] civil *in factum*. [3]. Mas se eu fizera para que tu désses e depois que fiz, tardas a dar, não haverá nenhuma ação civil e, por esse motivo, é dada a [ação] *de dolo*)]. Isto é, para Aquilio Gallo, o surgimento da tutela está condicionado à existência de dolo, um conceito aberto que necessitava de uma análise preliminar do pretor para que se desse seguimento na ação

Resumidamente, a agere *praescriptis verbis* seria uma alusão à tutela processual sob uma estrutura formular[132], em que a *praescriptio* (*pro actore*) deveria ser entendida conforme a *demonstrativo* gaiana (*Gai. 4, 134*), isto é, ao próprio direito descrito na *praescriptio*. Transferindo a descrição do negócio para uma *praescriptio* externa à fórmula seria possível ao novo instrumento processual não mencionar qual o contrato típico se referia o caso concreto, mas, mesmo assim, capacitava tutelar um *oportere* (*ex fide bona*) independente da classificação do *Typenzwang*[133]. A *actio in factum* sancionaria, em princípio, um direito alheio ao *ius civile*, mas sua *intentio* era *in ius concepta*, porque se tratava de uma *intentio incerta* comum a todos os *bonae fidei arbitria*[134]. Nesse sentido, a *agere praescriptis verbis* era uma *actio in factum* que carecia de uma prévia e específica promessa edital e, consequentemente, deveria ser concedida pelo magistrado de acordo com a casuística. Para os casos que analisaremos a seguir é suficiente a informação que as ações concedidas eram fundadas no processo formular, mas desprovidas do *Typenzwang* na *demonstratio*, de modo a facilitar a tutela processual.

Os casos discutidos pela jurisprudência romana como convenções atípicas são considerados por alguns autores[135] como vislumbres daquilo que propiciaria a ideia de liberdade contratual moderna, uma vez que eles quebrariam o paradigma conceitual do *Typenzwang*, porque garantiriam o direito das partes concluírem livremente o contrato (*Abschlussfreiheit*) ou garantiriam a liberdade das

---

(cfr. A. WATSON, '*Actio de dolo' and 'actiones in factum'*, in *ZSS 78* (1961), p. 392 e ss.). A atitude sancionada pela *actio de dolo* não é em si um delito, mas se torna na medida em que o causador do dano se nega a repará-lo espontaneamente, valendo-se de uma situação jurídica mais favorável (cfr. P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Seminario Complutenses de Derecho Romano 20-21* (2009), pp. 239). Dessa forma, utilizamos como marco histórico do debate sobre os contratos atípicos as definições labeoniana e aristoniana de contrato, porque ambos os juristas colocam o contrato como centro do debate da tutela jurídica por meio das ações genéricas. Mas não ignoramos a importância da aplicação da *actio de dolo* como precursora da ideia de proteção atípica.

[132] Cfr. M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess*, in ZSS 33 (1912), p. 132; R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onori di Cesare Sanfilippo*, v. 4, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 683 e ss; M. VARVARO, *Ricerche sulla "praescriptio*", Torino, Giappichelli, 2008, pp. 130 e ss

[133] Cfr. R. FIORI, Proculo e l'agere praescriptis verbis, in Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks, Göttingen, V&R Unipress, 2014, p. 257

[134] Inclusive, essa é a justificativa dada por J. PARICIO, Un*a historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 102 para que a denominação *actio in factum* não seja entendida de maneira contraditória.

[135] Cfr. A. HIRATA, I contratti innominati e il considetto 'Lebensrettungsvertrag', *cit. nota 130 supra*, p. 219; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis: atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 11 ss.; U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, *cit. nota 7 supra*, pp. 5 e ss.

partes determinarem o conteúdo do contrato (*Inhaltsfreiheit*), mesmo que essa não fosse a intenção romana original. A maioria das fontes romanas sobre o tema são proveniente dos comentários de Ulpiano ao Edito do Pretor, dentre as quais encontram-se as célebres definições de contrato propostas por Labeão e Aristão[136], mas também se encontram esparsas em outros autores.

Em *Ulp. 11 ad ed. Dig. 50, 16, 19*[137], Labeão é citado por Ulpiano ao tentar definir *contractus*[138]:

Ulp. 11 ad ed. Dig. 50.16.19. *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*	**Ulp. 11 ad ed. D. 50, 16, 19.** Labeão, no Livro Primeiro <do Edito> do Pretor Urbano, define que os termos "agantur", "gerantur" e "contrahantur". E (ele diz que) actum é uma palavra de uso geral, e se refere a algo que foi feito verbalmente ou se refere a coisa em si; por exemplo, em estipulação ou em mútuo: o contrato, porém, tem um significado mais amplo que obrigação, que é chamado pelos gregos de synallagma, como, por exemplo, a compra e venda, a locatio conductio e a sociedade; gestum significa uma coisa fazer sem <o uso> de palavras.

[136] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1984, p. 318, chama atenção para o fato que Labeão, Aristão e Ulpiano estão separados entre si por volta de um século, o que denota a importância do tema para a jurisprudência romana, bem como demonstram a dificuldade de uma ideia triunfar no tempo.

[137] São superadas as críticas interpolacionistas, devendo ser considerado o texto como genuíno (cfr. A. BISCARDI, *"Quod graeci synallagma vocant"*, in *Labeo 29* (1983), p. 28; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 48-59; A. GUARINO, *Letture di R. SANTORO, Il contratto secondo Labeone, in AUPA 37 (1983), pp. 5-289*, in *Labeo 28* (1983), pp. 327 e ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, pp. 46 e ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 101, n. 254; M. PENTA, *La causa come elemento negoziale nel diritto romano*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e dele Finanze 3* (Marzo, 2006), pp. 7 e ss.; R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone*, in *Carmina Iuris. Mélanges em l'honneur de Michel Humbert*, Paris, De Boccard, 2012, pp. 313 e ss.). Também entendemos superado o argumento que pretende sustentar a interpolação do termo gestum (cfr. defendido por F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in Atti del Seminario sulla problemática contrattuale, v. 1, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1988, pp. 42 e ss.)

[138] O próprio local aonde o fragmento vem inserido no Digesto – "De verborum significatione", isto é, sobre o significado dos conceitos/ das palavras – se configura como uma tentativa de definição de contrato, em que Ulpiano recorre aos conceitos de Labeão (cfr. F. GALLO, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, v. 2, Napoli, Jovene, 1995, pp. 30 e ss.). No mesmo sentido J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 87, que reconhece que a existência dos conceitos não implicar aceitar que os juristas do Principado a utilizavam.

No fragmento, Labeão estabelece um paralelo direto entre o termo *contractus* e *synallagma* ("*contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant*"), como se ele os tratasse como sinônimos. Essa conclusão pode ser fundada na segunda parte da frase "*quod Graeci synallagma vocant*", em que Labeão parece encurtar a definição de *contractus* remetendo a algo que já seria conhecido pela jurisprudência romana, de onde nasce o paralelismo entre os dois conceitos. Portanto, para Labeão, o termo "*contractus*" corresponde ao termo grego "*synallagma*", que, por sua vez, tem o significado genérico de "negócio" ou "relação negocial"[139], tendo como correspondente latino outros termos genéricos, como "acordo", "convenção" ou "contrato"[140].

Tendo isso em mente, o jurista augusto conceitua *contractus* (e, consequentemente, *synallagma*) como *ultro citroque obligatio*, levando ao entendimento que o *contractus* labeoniano se apresenta "caracterizado por la reciprocidad del vínculo obligatorio" [141], ou seja, na existência de obrigações e ações para ambas as partes[142]. Essa definição não permanece incólume, já que também sofre críticas em razão do caráter generalizante que possui, bem como é

---

[139] Cfr. E. BETTI, Sul valore dogmático della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani, in BIDR 1-6 (1916), p. 14, n.1; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, pp. 308 e ss.

[140] Cfr. H. G. LIDDELL, R. SCOTT, H.S. JONES, R. MCKENZIE, *A Greek-English Lexicon with a revised supplement*, Oxford, Claredon Press, 1940, p. 453.

[141] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 89, para quem Labeão apresenta apenas um rol exemplificativo de contratos ("*veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*"), sem com isso destacar a obrigatoriedade do "*ex consensu*" ou a bilateralidade perfeita como requisitos do seu conceito de *contractus*. Combatendo esse argumento, R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 32 e ss. sustenta que o rol deva ser interpretado taxativamente, porque a omissão do mandato por Labeão não é impensada.

[142] Sobre as diversas teses sobre o tema vide A. BISCARDI, *"Quod graeci synallagma vocant"*, *cit. nota 137 supra*, pp. 128-131. Entendimento diverso tem R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 13 e ss., que não entende a expressão como "contrato bilateral", mas como "*negozio bilaterale obbligatorio implicante uma 'conventio'*" (p. 28) ou "*atto obbligatorio consensuale*" (p. 39), em que o ato criaria um negócio obrigatório por intermédio da vontade das partes. Ou seja, há um maior enfoque no "consenso" entre as partes do que no próprio negócio, que é expressamente reprovado por A, PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit (Halle, 1873)*, v.1 (reimpr.), Aalen, Max Niemeyer, 1963, p. 469: "*In der Tat erscheint bei Labeo als wesentliches Merkmal für den Begriff des Vertrages nicht der Consens, sondern die wechselseitige Verpflichtung"* [= (Na verdade, a característica essencial do conceito de contrato de Labeão não é o consenso, mas sim a obrigação recíproca)]. Mais é notável que ao trazer a *conventio* para a definição de *contractus*, R. SANTORO (*Il contrato*, *cit. nota 12 supra*, pp. 22 e ss,) tenha conseguido incluir as convenções atípicas ao pensamento labeoniano.

desprovida de maiores explicações nas fontes primárias[143]. Contudo, as críticas carecem dos mesmos argumentos que as fundam, isto é, as fontes também são omissas em explicações que contradigam essa interpretação, bem como não existe razão suficiente para duvidar sobre a autenticidade do texto labeoniano.

Seguindo a definição labeoniana, as *conventiones* atípicas não estariam compreendidas no conceito de contrato, carecendo, assim, de proteção processual e, consequentemente, de tutela jurídica. Se o *synallagma* era sinônimo de obrigações e tutela processual recíprocas, então os contratos atípicos não poderiam sequer estar no mesmo plano de existência dos contratos típicos, porque lhes faltaria o conteúdo obrigacional e processual exigido por Labeão para que existissem por definição. Então, para ele as convenções atípicas seriam ignoradas como fonte de obrigação.

Contudo, não é o mesmo que afirmar que Labeão não se esforçava em outorgar tutela processual em casos controvertidos segundo sua definição de contrato, mas cuja situação os aproximava de algum modo de outro contrato típico de boa-fé. Essa situação é observada, inclusive, em um dos fragmentos que serão analisados a seguir (Pap. 8 quaest. D. 19, 5, 1, 1)[144]. Perceba que a solução labeoniana para esse caso parte de uma dúvida sobre a casuística (modelo negocial) e não propriamente sobre o enquadramento da questão na ideia de contrato, a qual resta superada previamente. Dessa forma, a *actio civilis in factum* é recomendada para solucionar a questão, mas é empregada de forma diferente daquela proposta por Aristão, uma vez que não existe dúvida para Labeão que se trata de um contrato típico, mas que a mesma certeza não existe sobre qual a

---

[143] A mais comum diz respeito ao fato que existem relações não contratuais que também geram vínculos obrigacionais entre as partes (*negotiorum gestio* e a *tutela*) e existem relações contratuais em que as obrigações surgem eventualmente (bilaterais imperfeitos).

[144] Outra situação parecida é aquela mencionada em Ulp. 31 ad ed. Dig. 19.5.19pr. Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus. [= (Ulp. 31 ad ed. D. 19, 5,19pr. Pediste a mim, que désse a ti moedas em empréstimo. Eu, não as possuindo, dei a ti uma coisa para vender, para que tu tivesses à tua disposição o preço. Se tu não a vendeste ou, na verdade, vendeste, [mas,] no entanto não recebeu o dinheiro do mútuo, é mais seguro, assim como diz Labeão, agir com a [ação] praescriptis verbis, como se fosse [realizado] entre nós um negócio contratual específico)]. Os fragmentos D. 18, 1, 50, D. 19, 5, 17, 1, D. 19, 5, 20pr, D. 19, 5, 19pr, D. 4, 9, 3, 9, 3, D. 4, 3, 21pr, D. 17, 1, 8, 1, D. 4, 3, 7, 9, D. 4, 3, 7, 6-7, D. 4, 3, 20pr, D. 4, 3, 7, 3, cuja presença do pensamento labeoniano é comum a todos eles em diversos contextos, são analisados por M. F. CURSI e R. FIORI, Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone, *cit. nota 117 supra*, por meio do método exegético, de modo a constatar nosso argumento.

correta ação que deve ser concedida à parte a fim de melhor tutelar os interesses envolvidos.

Deve-se considerar também que a explícita menção ao *synallagma* no *responsum* labeoniano citado por Ulpiano em D. 50, 16, 19 remete inevitavelmente a confrontação do conceito com aquele também mencionado por Ulpiano em D. 2, 14, 7, 2, mas cuja autoria é reputada à Aristão, porque estes são os únicos dois fragmentos do Digesto em que o termo *synallagma* é usado (citado por Ulpiano) e o sentido conferido ao termo é diferente em cada caso, fazendo com que as definições de contrato labeoniana e aristoniana sejam diferentes, mas, ainda assim, usadas convenientemente por Ulpiano.

Por causa disso, a outra passagem bastante conhecida e debatida pela *communis opinio*[145] sobre o "*synallagma*" e as convenções atípicas é aquela atribuída a Ulpiano (*Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 2*)[146]:

Ulp. 4 ad ed. Dig. 2.14.7.2. *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte iulianum a mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi stichum, ut pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est stichus.*

Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 2. Mas também se o fim negocial pretendido pelas partes não passar a um outro tipo contratual, subsistindo, não obstante, a causa, Aristão elegantemente respondeu a Celso que há obrigação, como, por exemplo, se eu te der uma coisa para que tu me dês outra, <ou se> eu der para que tu faças algo. Isso é o synallagma e daí nasce uma obrigação civil. E, por isso, entendo que

---

[145] Mais recentemente citamos C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del 2. Congresso Internazionale Aristec (Palermo, 1995)*, p. 59, n. 34; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, *cit. nota 12 supra*, p. 100; T. DALLA MASSARA, Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.2 (Ulp. 4 ad ed.): L'elaborazione del concetto di causa del contratto, in Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, Padova, CEDAM, 2006, p. 285, especialmente n. 12-13; notadamente, P. BONFANTE, Il contratto e la causa del contratto, in Scritti giuridici varii, v. 3, Torino, Editrice Torinense, 1926, p. 125, expressa alegoricamente a nebulosidade que paira sobre o fragmento. Sobre a "causa" ele diz: "*esso costituisce il problema più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto, il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica. Non sono mancati autori in cui si è fatto strada il pensiero che esigere un simile requisito sia come parlare del quarto lato di un triangolo*" [= ("isso (a causa) constitui o problema mais discutido e mais indecifrável da doutrina moderna do direito, o campo preferido das elucubrações metafísicas e da psicologia jurídica. Não faltam autores a quem se fez a ideia que exigir um requisito semelhante seja como falar do quarto lado de um triângulo")].

[146] São superadas as críticas interpolacionistas, devendo ser considerado o texto como genuíno (cfr. T. DALLA MASSARA, *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.2 (Ulp. 4 ad ed.)*, *cit. nota 145 supra*, p. 282, especialmente n. 2 e p. 284; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, p. 79 e ss.).

iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod aristo sunallagma dicit, unde haec nascitur actio.	Juliano foi corretamente repreendido por Mauriciano neste caso; eu te dei <o escravo> Estico para que manumitas Pânfilo; tu manumitiste; <contudo,> Estico é <objeto de> evicção Juliano escreve deve ser dada uma actio in factum pelo pretor; aquele outro <jurista (Mauriciano)> disse que basta <ser dada> uma actio praescriptis verbis; porque há um contrato, que Aristão chama de synallagma, donde nasce uma ação.

Nessa passagem, o jurista severiano comenta a resposta de Aristão à Celso sobre a existência de obrigação civil ("*esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*") mesmo quando não haja tipificação contratual, o que ele justifica com a existência de uma "causa" ("*subsit tamen causa*") que dá origem a um "*synallagma*" ("*hoc synallagma esse*") e, consequentemente, a própria obrigação[147]. Nos fragmentos anteriores (D. 2, 14, 7, pr-1), Ulpiano esboça uma linha de raciocínio que nos ajuda a esclarecer o sentido desses termos, que ele empresta de Aristão. Percebamos que inexiste um parelismo direto entre o termo usado e aquele de origem grega. O jurista severiano afirma que as *conventiones* do *ius gentium* geram (como forma de pretensão processual) ou *actiones* ou *exceptiones*[148]. Aquelas *conventiones* que geram *actiones* não mantêm o seu nome, mas passam a ter o nome de um contrato próprio ("*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*") e, em seguida, exemplifica diversos contratos *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *commodatum*, *depositum* e outros contratos similares[149].

---

[147] O debate sobre os diversos significados dos termos "*causa*" e "*synallagma*" ao longo da jurisprudência romana é vastíssimo, mas pode ser visto recentemente em: M. SARGENTI, *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del 2. Congresso Internazionale Aristec* (Palermo, 1995), p. 147 e ss.; R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del 2. Congresso Internazionale Aristec* (Palermo, 1995), pp. 86 e ss.; M. PENTA, *La causa come elemento negoziale nel diritto romano*, *cit. nota 137 supra*, pp. 3 e ss.

[148] *Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, pr. Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.* [= (Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, pr. As conventiones do ius gentium geram, algumas <delas> actiones; outras, exceptiones)].

[149] *Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.* [= (Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 1. Aquelas que geram ação não mantêm o seu nome, mas passam <a ter> um termo próprio de um contrato, como compra e venda, locação, sociedade, comodato, depósito e outros contratos semelhantes)].

Nesse sentido, sem aprofundar na origem nem no conteúdo filosófico dos termos[150], se tira duas conclusões primárias: para Aristão (seguido por Ulpiano) existe "*causa*" e "*synallagma*" tanto nos contratos típicos quanto nos atípicos (em uma relação de causalidade, em que a "*causa*" é o motivo pelo qual o "*synallagma*" se origina) e que os termos não são sinônimos entre si, nem fazem referência a qualquer elemento do contrato, mas são pressupostos de existência dele, isto é, "*causa*" não se confunde com a prestação contratual, nem o "*synallagma*" se confunde com a obrigação que existe entre as partes[151]. Em relação às *conventiones* atípicas, o surgimento dos efeitos jurídicos da obrigação é sempre ligado à presença da "*causa*" e do *synallagma*[152].

Em razão da presença desses dois pressupostos e da intrínseca relação entre eles, nota-se que Aristão não emprega o termo "*synallagma*" com a mesma relevância dada por Labeão, porque este preenche todo o significado de *contractus* com aquele de *synallagma*, já o jurista trajano cria uma dinâmica entre *synallagma* e *causa* para concretizar o sentido de *contractus*. Em termos modernos, poderíamos dizer que Labeão faz menção à relação obrigacional entre as partes, enquanto Aristão, às prestações (objeto da obrigação). Sem qualquer confirmação textual, mas não pouco plausível, é defender que Aristão amplia o conceito de *synallagma* a fim de acolher as convenções atípicas e, por isso, desenvolve a ideia de causa como mediador dessa ampliação lógica ("*fattore di apertura del sistema contrattuale*"[153]).

Infortunadamente, inexistem indícios de outros juristas que tenham dissertado sobre o "*synallagma*" entre o período de atividade de Labeão e Aristão, o que impede uma análise mais apurada sobre o "*synallagma*" e seu valor como pressuposto contratual, bem como o seu valor como termo jurídico nas fontes

---

[150] Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, pp. 41 e ss., especialmente pp. 127-133, sobre "*causa*", pp. 134-136, sobre "*synallagma*"; Id. *Ancora sul valore del richiamo al 'synallagma' in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di Remo Martini*, v. 1, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 827 e ss.; Id., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Seminario Complutenses de Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística 22* (2009), pp. 251 e ss.; A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla 'causa contractus'*, in *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, Napoli, Satura, 2013, pp. 17 e ss.

[151] Por muito tempo a doutrina romanista interpretou que a expressão "*subsit causa*" fizesse menção ao cumprimento de uma das prestações objeto da *conventio* (*datio*) (cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, pp. 96 e ss.)

[152] Cfr. T. DALLA MASSARA, Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.2 (Ulp. 4 ad ed.), *cit. nota 145 supra*, p. 293

[153] Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, p. 313

romanas. Dessa maneira, a inexistência de outras referências poderia ser, por si só, indício (longe de se constituir como prova) de que a noção de *synallagma* não pertencia à linguagem corriqueira da jurisprudência romana[154]. Extrapolando o conteúdo das fontes primárias, T. DALLA MASSARA[155] se aproveita dessa linha de raciocínio para afirmar que Aristão não teria tido contato direto com as fontes gregas, mas apenas sabia sobre seu conteúdo a partir das palavras de Labeão. Esse argumento pretende justificar o uso do termo "*synallagma*" como sendo sinônimo para ambos os juristas, o que, de fato, os fragmentos nos impedem de fazer.

Segundo J. PARICIO[156], Aristão restringia a ideia de *synallagma* apenas às convenções atípicas cujas prestações fossem recíprocas e onerosas, excluindo, pois, os negócios gratuitos. Essa afirmação busca respaldo no fragmento *Pomp. 22 ad Sab. D. 19, 5, 16, 1*, [157], aonde Aristão diz que não existe qualquer ação de direito civil ("*nullam iuris civilis actionem*", entendida como a *actio in factum civilis* ou a *actio praesciptis verbis*) para aquele que gratuitamente cultivou em terreno alheio (com permissão do proprietário), mas fosse impedido de perceber os frutos. Entretanto, Pompônio parece discordar de Aristão, uma vez que afirma ser discutível entre outros juristas se poder-se-ia conceder uma *actio in factum* para quem semeou o terreno, mas que a ele, certamente, seria concedida uma *actio de dolo*. No caso descrito, discute-se se existe *synallagma*[158] ou não, porque existe uma *datio* formalizada pelo "*ut sererem*"[159]. Nos parece válida a observação de J. PARICIO, uma vez que Aristão parece dar enorme relevo ao cumprimento oneroso da prestação de uma das partes para que haja concessão da tutela, principalmente

---

[154] Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero antico*, Roma, Laterza, 1987, p. 172

[155] Cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, p. 297 e pp. 308 e ss.

[156] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 99

[157] *Pomp. 22 ad sab. Dig. 19.5.16.1. Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.* [= Pomp. 22 ad sab. D. 19, 5, 16, 1. Permitiste a mim, que [eu] semeasse no teu fundo rústico e levasse os frutos. Semei, [mas] tu não permites que eu colha os frutos. Aristão diz que não existe nenhuma ação do direito civil. Pode ser deliberado, se deve ser dada uma [ação] in factum. Mas, existirá uma [ação] de dolo)].

[158] Cfr. P. LAMBRINI, 'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale, *cit. nota 131 supra*, p. 232

[159] No mesmo sentido T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, p. 203

se pensarmos que o conceito de contrato aristoniano é construído em respeito à regra do *Typenzwang* e, portanto, em relação ao reequilíbrio obrigacional.

Disso decorre outra característica importante do conceito de contrato aristoniano: o adimplemento de uma das prestaçãoes é a força motriz para o surgimento do *synallagma*. Isto é, ao conceber a ideia de "*synallagma*" vinculada às prestações (objeto da obrigação) ao invés da relação obrigacional em si, Aristão amplia o próprio conceito de contrato, o qual é concebido de maneira mais abstrata, na medida em que o vínculo obrigacional somente passa a ser reconhecido nas convenções atípicas a partir do adimplemento da prestação de uma das partes, o que possibilita a percepção da convenção além da tipicidade (*Typenzwang*).

Diferentemente da abordagem feita por Labeão, Aristão discute textualmente os pressupostos contratuais no âmbito das convenções atípicas ("*subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem*"). Talvez tenha sido esse o motivo pelo qual sempre se incluiu o fragmento Labeão-Ulpiano na discussão sobre as convenções atípicas, pois ambos os fragmentos buscam definir contrato utilizando o conceito de "*synallagma*" como ponto de partida da ideia de contrato. Entretanto, como veremos por meio das exegeses, o debate entre Labeão e Aristão não se desenvolveu sobre o mesmo plano de análise, seja matéria, seja processual .

No sentido pretendido por Aristão, a "*causa*" é aquilo que permite qualificar a *res* como contrato, ainda que inominado[160], isto é, a causalidade seria o motivo pelo qual os interesses das partes convergiram para que houvesse um vínculo negocial, independentemente da prévia proteção jurídica conferida. Sendo assim, o termo *res* do fragmento deve ser entendido como o próprio fim negocial

[160] A expressão "*in alium contractum res non transeat*" sugere que a "*res*", de fato, seja qualificada também como contrato, porque o adjetivo "*alius, a, ud*" significa outro (falando de mais de dois, isto é, coisas do mesmo gênero), mesmo significado encontrado, por exemplo, em Cíc. Flac. 39 (cfr. E. FARIA et al., *Dicionário escolar latino-português*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Artes Gráficas Gomes de Souza S/A,1962, p. 61; A. ERNOUT – A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4ª ed., Paris, C. Klincksieck, 1967, p. 21). Sobre as possíveis influências filosóficas que levaram Aristão a elaborar sua ideia de "*causa*" contratual remetemos o ensaio de T. DALLA MASSARA, *Come nasce un'ideia: la causa del contratto*, in *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law 2* (2013), pp. 353 e ss., apesar de sua proposta nos parece demasiadamente desamparada pelas fontes primárias.

pretendido pelas partes[161] – nesse momento ainda desprovido de significado jurídico[162].

Segundo R. SANTORO e C. A. CANNATA[163], a ideia de "*causa*" como razão para a transição do fim negocial à proteção jurídica, também pode ser constatada em *Ulp. 42 ad ed. D. 19, 5, 15*[164], aonde se menciona uma situação cotidiana tratando-se de escravos fugitivos. Os delatores costumavam indicar o paradeiro dos escravos fugitivos e, por essa atitude, recebiam uma recompensa, a qual era considerada lícita e, portanto, não poderia ser restituída futuramente por uma ação de repetição ("*ob causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem*"). Ulpiano afirma que isso ocorre, porque a causa é justa ("*ob causam*") e não é improba ("*nec improbam causam*"). Fica claro que nesse caso,

---

[161] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, pp. 97-98, seguido de vasta bibliografia. Por outro lado, parte da doutrina interpreta "*causa*" como prestação cumprida em vista da contraprestação (modernamente, cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, *cit. nota 12 supra*, p. 101; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, *cit. nota 135 supra*, p. 105). Outras tantas definições pretenderam dar conteúdo ao termo: P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, *cit. nota 145 supra*, pp. 126 e ss. a define como "*l'essenza obbiettiva della relazione tra le parti, per la qual la legge conferisce una sanzione giuridica*"; para P, DE FRACISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, v. 1, Pavia, Mattei & C., 1913, pp. 18 e ss. (v, 2, pp. 527 e ss.), a "*causa*" seria "*il fine della 'datio', il corrispettivo, vale a dire la contraprestazione in vista del quale si eseguisce la prestazione*".

[162] Cfr. T. DALLA MASSARA, Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.2 (Ulp. 4 ad ed.), *cit. nota 145 supra,* pp. 286-287 e n. 15, "Il collegamento linguistico tra 'res' e 'causa' vale a suggerire proprio l'idea dello spostamento dal piano atecnico-economico a quello tecnico-giuridico" [= ("a afinidade linguística entre res e causa sugere propriamente a ideia do deslocamento do plano atécnico-econômico àquele técnico-jurídico")].

[163] Cfr. R. SANTORO, La causa delle convenzioni atipiche, *cit. nota 147 supra*, pp. 88 e ss.; C. A. CANNATA, Contratto e causa nel diritto romano, *cit. nota 145 supra*, pp. 50 e ss.

[164] *Ulp. 42 ad sab. Dig. 19.5.15. Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem. quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* [= (Ulp. 42 ad sab. D. 19, 5, 15. Aqueles que tomaram conhecimento que os escravos fugitivos estão escondidos em qualquer lugar, estão habituados a indicar aos proprietários aonde eles estão escondidos. Esta coisa não faz que eles [sejam considerados] ladrões. Estão acostumados também a receber uma recompensa por esse motivo e, desta maneira, indicar [o esconderijo], nem se considera ser ilícito isto que é dado. Por isso, aquele que recebeu, porque recebeu por uma causa [justa e] não por uma causa improba, não teme uma reclamação de repetição. Mas se, na verdade, nada é pago, mas se se interpôs um pacto pela indicação, isto é, para que se indicasse [o esconderijo] e o fugitivo tivesse sido recuperado, [e] désse algo determinado, vejamos se se pode agir. E certamente esta convenção não é nua, assim como, se diz que não se origina uma ação a partir do pacto, mas tem em si um certo negócio. Portanto, pode se originar uma ação civil, isto é, a [ação] praescriptis verbis, exceto se alguém diga que para esta espécie compete uma ação de dolo, aonde é demonstrado qualquer dolo.)].

independentemente de haver prévio pacto entre as partes, o proprietário espontaneamente paga a recompensa ao delator e, consequentemente, não pode agir contra o delator para a repetição do dinheiro pago.

Em seguida, Ulpiano propõe nova situação ao sugerir que haveria um prévio pacto entre as partes, mas, dessa vez, o proprietário não pagaria a recompensa prometida ao delator mesmo após a captura dos escravos ("*quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur*"). Nessa situação, o pacto firmado pelas partes não origina uma ação porque não se trata de uma *nuda conventio* ("*quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri*"), porque existe um acordo que interessa a ambas as partes. Contudo, inegavelmente se reconhece um negócio entre as partes ("*sed habet in se negotium aliquod*"). Fato esse que possibilitaria ao delator ingressar com uma *actio praescriptis verbis* contra o proprietário dos escravos. O fragmento *Ulp. 42 ad ed. D.19, 5, 15* nos ajuda a compreender o conceito de "*causa*" e de "*conventio*" usada por Ulpiano quando aplicado aos casos atípicos, na medida em que, no primeiro caso proposto por ele, o jurista reconhece lícito o pagamento da recompensa, porque existe "*causa*"; bem como, no segundo caso, reconhece existir uma *conventio* entre as partes, mesmo que dela não possa se originar uma ação específica, porque a "*causa*" continua sendo lícita. Aqui, portanto, a "*causa*" também não se confunde com a própria prestação. A *conventio* entre as partes origina uma relação *facio ut des*, na qual o delator indica o paradeiro dos escravos fugitivos e o proprietário paga a recompensa prometida. Diferentemente do caso proposto em D. 2, 14, 7, 2, a *actio praescriptis verbis* não é concedida para restituir nada ao credor, mas para garantir o *id quod interest*.

Ademais, interpretando o termo extensivamente, observa-se que o sentido de "*causa*" pretende justificar, inclusive, o fenômeno jurídico que confere proteção processual aos tipos contratuais nascidos do *ius gentium*, porque induz a conclusão que a "*causa*" é parte do processo jurídico anterior à tipificação, a qual independe dela, isto é, a sua presença que tem o condão de mediar o aspecto negocial (ainda atécnico do ponto de vista jurídico) ao aspecto jurídico (proteção processual). Em outras palavras, mas conservando o sentido de mediação entre o

interesse negocial das partes, G. MELILLO afirma que a "*causa*" seria o "elemento de reequilíbrio jurídico-econômico da *conventio*"[165] na jurisprudência serveriana.

O fragmento Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 2, faz parecer que se, por um lado, para Aristão basta haver "causa" e um fim negocial pretendido pelas partes para que se conduza a um contrato e, consequentemente, seja concedida uma medida protetiva, por outro lado, para Celso parece não existir efeitos civis os negócios realizados sem observação dos tipos contratuais arrolados no edito pretoriano[166] ("*eleganter aristo celso respondit esse obligationem*") e, portanto, não haveria ação que pudesse ser concedida no caso. Esse trecho é bastante obscuro, porque não reproduz as nuances do pensamento celsino que levaram Ulpiano a citá-lo no fragmento, já vez que em *Cels. 8 Dig. D. 18, 5, 2*[167] reconhece a existência da *actio praescriptis verbis* como medida protetiva, nos fazendo questionar os motivos do conflito doutrinário entre os *prudentes*. Dessa forma, nos limitamos a dizer que havia uma controvérsia sobre a concessão da *actio praescriptis verbis* entre os juristas romanos, talvez fundada nas prestações *do ut des* ou *do ut facias*.

2.1. A TUTELA ATÍPICA EM LABEÃO NOS CASOS ENVOLVENDO A *LOCATIO CONDUCTIO*

Dentre os juristas romanos que se dedicaram ao debate do tipo contratual envolvendo a *locatio conductio*, escolhemos começar por Labeão.

---

[165] Cfr. G. MELILLO, 'Contrahere', 'pacisci', 'transigere'. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano, 2ª ed., Napoli, Liguori, 1994, pp. 221 e ss.

[166] Cfr. F. GALLO, 'Agere praescriptis verbis' e editto alla luce di testimonianze celsine, in Labeo 44 (1998), p. 7 e ss., essa posição de Celso condiz com o fragmento *Cels. 3 dig. D. 12,4,16. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possi*, mas, aparentemente, é difícil conciliar a interpretação dos textos precedentes com o fragmento *Cels. 8 dig. D. 18, 5, 2. Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est* [= (*Cels. 8 dig. D. 18, 5, 2.* Porque quando faltam as ações com uma denominação própria e consuetudinária, deve-se agir com a [ação] praescriptis verbis)].

[167] Texto reproduzido na nota anterior.

2.1.1. **A dúvida entre modelos negociais na locação marítima**

Papinianus 8 quaest. Dig. 19.5.1.1. *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam labeo scribit.*	**Pap. 8 quaest. D. 19, 5, 1, 1.** Labeão escreve que deve ser dada a ação civil *in factum* ao proprietário das mercadorias contra o *magister navis*, se seja incerto, se [ele] alugou a embarcação ou se alugou para carregar as mercadorias.

Neste fragmento[168], Papiniano cita uma *responsio* de Labeão, aonde o jurista augusteo concede uma *actio civilis in factum*, quando é incerto qual o modelo negocial pretendido pelas partes em um contrato de locação marítimo do tipo *conductio navis* ou *locatio mercium vehendarum*.

A opção feita por Labeão deve ser analisada sob a perspectiva meramente processual, porque o jurista não esboça qualquer dúvida sobre qual seria o tipo contratual (locação marítima), mas sim sobre a melhor forma de proteger o proprietário das mercadorias ("*dominus mercium*") quando não se sabe qual o modelo contratual[169] acordado entre as partes. Trata-se, pois, de analisar o motivo que levou o jurista a não aplicar a regra da identidade processual, que exigiria a concessão de uma *actio conducti* ou uma *actio locati*[170].

---

[168] Superada a crítica interpolacionista que reputa interpolado o trecho ("*civilem actionem in factum esse*") (cfr. M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, *cit. nota 117 supra*, p. 145, nt. 1; R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 129; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *cit. nota 12 supra*, p. 235). Em sentido contrário, M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'ideia di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA 38* (1987), p. 54 e ss.; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI 72* (2006), pp. 237 e ss.

[169] A ideia de "tipo" e "modelo negocial" é proposta por FIORI, Roberto, La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, Napoli, Jovene, 1999, pp. 299-303 e nos parece fundamental para analisar o fragmento *Pap. 8 quaest. D.19, 5, 1, 1*. Segundo o autor italiano, o "tipo" corresponde ao plano dogmático do *Typenzwang*, no qual a "tipicidade" é entendida como *nomen contractus* e tem à disposição uma ação específica. O "tipo", portanto, corresponde ao tipo de obrigação contratada (no caso da *locatio conductio* coincide com o *synallagma merces-uti frui*). Em segundo plano dogmático, surge o "modelo negocial", que corresponde aos inúmeros interesses econômicos que podem ser mediados pelo "tipo". Ou seja, cada "modelo negocial" constitui uma forma de articulação do esquema-base do *synallagma merces-uti frui*. Desse modo, no plano do "tipo", no momento em que se confirma o negócio como *locatio conductio*, as posições das partes se revelam imediatamente: na locação de um fundo rústico e na locação de *operae*, o *locator* é obrigado a *praestare uti frui* e o *conductor* a *praestare mercedem*; entretanto, na locação de um *opus faciendum* as posições se invertem, mas o objeto da ação será sempre o *praestare mercedem* ou o *praestare uti frui*. É exatamente sobre essa inversão que Labeão discuti no fragmento D. 19, 5, 1, 1.

[170] Questão bastante similar é enfrentada por Labeão em *Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17, 1: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante*

Diante desse cenário, trata-se de escolher a melhor medida processual, independentemente de qual o modelo negocial adotado pelas partes, sob risco de perder a lide[171]. Caso se tratasse de uma *locatio mercium vehendarum* (contrato de transporte), o proprietário das mercadorias seria *locator*, então deveria ser concedida a ele uma *actio locati*. Por outro lado, se a hipótese fosse de *conductio navis* (locação de embarcação), então o *dominus mercium* seria *conductor* e, consequentemente, lhe caberia uma *actio conducti*[172]. Nesse caso, a determinação do modelo negocial é fundamental, inclusive, para determinar a responsabilidade civil do *magister navis* e o regime de risco que o *dominus mercium* está sujeito[173]. Observa-se, contudo, que isso não significa dizer que a obrigação assumida pelas partes é invertida conforme o modelo negocial, porque o *dominus mercium* estará sempre obrigado a pagar a *merces* seja ele *locator* ou *conductor*. A diferença entre os modelos está na forma de cumprimento da obrigação assumida pelo *nauta* (*uti frui*).

---

venditionem, cuius periculum sit? et ait labeo, quod et pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis. [= (Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17, 1. Se darei a ti uma pérola avaliada [em preço], para que tu trouxesses a mim as mesmas pérolas ou o preço delas, [e] em seguida elas perecessessem antes da venda, de quem seria o risco? E Labeão diz que, assim como escreveu Pompônio, se, na verdade, eu, o vendedor, pedi a ti, o risco é meu. Se tu [pediste] a mim, teu. Se nenhum dos dois [pedi] ao outro, mas pelo menos estávamos de acordo, tu terás tão somente que responder a mim por dolo ou culpa. A ação, no entanto, neste caso será a [ação] praescriptis verbi)]. No fragmento não resta dúvida sobre qual o tipo contratual (emptio venditio), mas diante das obrigações acessórias existe grande dificuldade em qualificar qual a ação deve ser concedida, por isso, Labeão recorre a mesma solução dada em D. 19, 5, 1, 1: conceder uma tutela atípica por meio da agere praescriptis verbis, porque não é caso de violação da boa-fé por nenhuma das partes, mas de definir a alocação do risco em cada hipótese (no mesmo sentido, C. A. CANNATA, *L'actio civilis in factum*, in IURA 57 (2008-2009), pp. 21 e ss.; M. F. CURSI – R. FIORI, Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone, *cit. nota 117 supra*, pp. 151 e ss.)

[171] Cfr. R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, p. 97; F. GALLO, Synallagma e conventio nel contratto, *cit. nota 12 supra*, p. 237, esses autores justificam que o risco de perda da lide pode ser causado pelo fato que a relação jurídica entre as partes é diferente na fase *apud iudicem* daquela prevista na fase da *litis contestatio*; sem aprofundar na questão, assume a mesma posição R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 130.

[172] Cfr. Ulp. 14 ad ed. D. 4, 9, 3,1; Ulp. 28 ad ed. D. 14, 1, 1, 3; Paul. 34 ad ed. D. 14, 2, 2.

[173] O problema do risco contratual no transporte marítimo romano foi tema bastante caro aos juristas romanos (por exemplo, *Lab. 1 pith. a Paulo epit. D. 14, 2, 10pr-2*; *Lab. 5 post. a Iavoleno epit. D. 19, 2, 60, 8*; *Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 13, 1*. *Pap. 8 quaest. D. 19, 5, 1, 1*). Sobre outra perspectiva, a distribuição de risco também é discutida no famoso caso do transporte de cereais por Sauféio (v. Capítulo 3.1, n. 307), cujo *periculum* das mercadorias seria transferido ao transportador nos casos em que elas fossem transportadas misturadas (gênero) ou seria transferido aos proprietários caso fossem transportadas em ânforas ou vasos (cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, pp. 65 e ss.; Id., *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, in *Rivista del diritto della navigazione 49 (1)* (2010), pp. 150 e ss.; sobre a ideia de risco, responsabilidade, culpa e dolo no âmbito da *locatio conductio* J. P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, pp. 21 e ss.).

A resposta labeoniana demonstra que os *prudentes* estão conscientes do fato que, quando se loca uma embarcação, o capitão do navio está obrigado somente a colocá-la à disposição do *conductor* (como se observa também em D. 14, 2, 10, 2) e que, quando se trata de um contrato de transporte, a *merces* será devida somente se o carregamento chegar ao destino final (como em D. 14, 2, 10pr.)[174]. Dessa forma, no pano de fundo da escolha processual está a questão da responsabilidade do capitão e o risco assumido pelo proprietário da mercadoria.

Do ponto de vista formular, ambas as ações (*actiones locati et conducti*) são perfeitamente idênticas[175]. Portanto, a escolha correta entre uma e outra é importante não porque cada ação assegure procedimentalmente um interesse específico para cada parte, mas porque em cada modelo negocial as obrigações do *locator* são diversas daquelas imputadas ao *conductor*[176] (*synallagma* "*merces-uti frui*"). Portanto, se o proprietário das mercadorias ingressar em juízo considerando-se *conductor*, mas ficar decidido pelo magistrado que se tratava de caso diverso, o proprietário das mercadorias perderá a lide[177], uma vez que a ação locatícia exige que o autor defina na própria descrição formular qual o interesse pretendido por ele, sendo, portante, relevante para a composição da lide a definição da posição contratual das partes. Em outras palavras, caso o magistrado avalie a casuística de modo diferente daquele pretendido pelo proprietário da mercadoria, haverá prejuízo para parte por um erro formal.

---

[174] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, pp. 121 e ss. e 297 e ss.

[175] Naturalmente, com exceção do uso dos verbos *locare* ou *conducere* (cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª ed., Leipzig, Bernhard Tauschnitz, 1927, pp. 299-300). Vê-se, para a *actio locati*: *Quod A^s^ A^s^ N^o^ N^o^ fundum (opus faciendum, operas) q.d.a. locavit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem N^m^ M^m^ A^o^ A^o^ dare facere oportet ex fide bona, eius iudex rem N^m^ M^m^ A^o^ A^o^ c.s.n.p.a.*; e para a *actio conducti*: *Quod A^s^ A^s^ de N^o^ N^o^ fundum (opus faciendum, operas) q.d.a. conduxit, q.d.r.a. quidquid ob eam rem N^m^ M^m^ A^o^ A^o^ dare facere oportet ex fide bona, eius iudex rem N^m^ M^m^ A^o^ A^o^ c.s.n.p.a.*

[176] Cfr. R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, pp. 300 e ss., especialmente p. 301.

[177] Hipótese suscitada primeiramente por R. SANTORO, Il contratto nel pensiero di Labeone, *cit. nota 12 supra*, p. 97

Nesse contexto, a *actio civilis in factum* sugerida por Labeão é uma ação decretal[178] constituída, muito provavelmente, como *agere praescriptis verbis*[179]. A *agere praescriptis verbis* é vista como a melhor opção, porque as *verba praescripta* pela *formula* não definem de maneira exata as posições de cada parte no processo, se limitando a indicar a relação apenas em uma parte do texto formular (considerada parte externa da fórmula)[180]. A vantagem, então, é que a posição processual não resta vinculada pela decisão, de modo que existe satisfação do interesse do *dominus mercium* independentemente se ele for *locator* ou *conductor*.

Dessa forma, o fragmento não trata propriamente da utilização da *agere praescriptis verbis* labeoniana para convenções atípicas, mas seu uso como solução processual no caso em que a indeterminação do modelo negocial possa prejudicar o indiscutível interesse do autor[181]. Ou seja, vê-se a utilização da *agere praescriptis verbis* no contexto de tipicidade contratual (contrato de locação

---

[178] *Cfr. M. TALAMANCA,* La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*,* cit. nota 12 supra*, p. 100, nt. 250*; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich,* Berlin, Ducker & Humblot, 2002, *p. 13 e ss.;* M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, *cit. nota 117 supra, p.146*; L. ZHANG, *Contratti inonominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeoni e di Aristone*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 96-97

[179] Aparentemente a fórmula da *actio civilis in factum* contém uma *intentio civilis*, *ex bona fide*, uma vez que as *locationes-conductiones* são caracterizadas pela boa-fé. A sua *demonstratio* se concretiza por meio da combinação de duas *demonstrationes* típicas (aquelas da *actio locatio* e da *actio conducti*) e serve para descrever um negócio deduzido em juízo. Evidências disso são encontradas em *Ulp. 30 ad Sab. D. 19, 5, 13, 1* (*in factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptio verbis*); *Gai. 10 ad ed. prov. D. 19, 5, 22* (*in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis*); *Afr. 8 quaest. D. 19, 5, 24* (*tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari*) (Cfr. R. FIORI, *Proculo e l'agere praescriptis verbis*, *cit. nota 133 supra*, p. 259, n. 7; F. GALLO*, Synallagma e conventio nel contratto*, *cit. nota 12 supra,* p. 237; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, *cit. nota 178 supra*, p. 19; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, *cit. nota 135 supra,* pp. 86 e ss., especialmente p. 89).

[180] Cfr. M. F. CURSI – R. FIORI, Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone, *cit. nota 117 supra*, p. 147

[181] Segundo A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 70, o *agere praescriptis verbis* labeoniano é aplicado no âmbito de casos análogos aos contratos consensuais de boa-fé (no mesmo sentido, M. F. CURSI – R. FIORI, Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone, *cit. nota 117 supra*, p. 147; R. FIORI, *Proculo e l'agere praescriptis verbis*, *cit. nota 133 supra*, p. 257). Em sentido diverso, J. PARICIO (*Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, in *Seminario en homenaje a Raimondo Santoro*, Palermo, Salerno Arti Grafiche, 2010, pp. 92 e ss) discorda do autor italiano, na medida em que sustenta que o *contractus* labeoniano tutelaria todos os contratos de boa-fé e não somente os consensuais. Para sustentar seu argumento, o autor afirma que Labeão concordaria com a opinião de Viviano, exposta em Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17 (*Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere.* [= (Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17. Se darei a ti uma habitação gratuita, então poderei agir [contra ti] com uma ação de comodato? E Viviano diz que se pode, mas é mais seguro agir com a [ação] *praescriptis verbis*.)], porque Viviano emprega a expressão "*est tutius praescriptis verbis agere*" exatamente como as palavras de Labeão em Ulp. 31 ad ed. D. 19, 5, 19*pr*

marítimo) para que garanta uma tutela atípica (dúvida sobre o modelo negocial), quando existe demasiado risco processual ao autor. Porém, a concessão da tutela processual atípica ainda resguarda seu caráter residual, na medida em que o pretor prefere conceder as ações típicas como regra geral.

O fragmento *Lab. 1 pith. a Paul. D. 14, 2, 10, 1* parece dialogar diretamente com a questão processual exposta no fragmento anterior (*Pap. 8 quaest. D. 19, 5, 1, 1*), seja por expor novamente a opinião de Labeão sobre um caso de locação marítima, seja por envolver uma discussão doutrinária sobre modelos negociais diferentes de locação marítima:

Labeo 1 pith. a paulo epit. Dig. 14.2.10.1. *Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.*

Lab. 1 pith. a Paul. Epit. D. 14, 2, 10, 1. Se tu alugaste uma embarcação com a condição, que as tuas mercadorias fossem transportadas e o *nauta*, sem necessidade, transferiu as mercadorias, as reunindo em uma embarcação inferior, quando se sabia que tu não querias fazer isto, e tuas mercadorias pereceram com a embarcação aonde foram transportadas pela última vez, tu tens uma ação *ex conducto locato* contra o primeiro *nauta*. Paulo, [diz que] longe disso, [diz que isto não é verdade], se nesta viagem ambas as embarcações pereceram, quando este fato aconteceu sem dolo ou culpa dos *nautas*. O mesmo direito existe, se o primeiro *nauta*, tendo sido retido por autoridade pública, fosse proibido de navegar com tuas mercadorias. O mesmo direito existe, quando tenha sido alugado de ti com a condição que pagaria a ti certa pena [pecuniária], apenas se ele não descarregasse tuas mercadorias antes da data convencionada no lugar em que ele acordou transportá-las, [mas] não estaria determinado para ele [pagar a pena], se o atraso não fosse imputável a ele. Observaremos o mesmo direito em um caso semelhante, se fosse provado que o *nauta* não pudesse navegar por causa de grave

> enfermidade. O mesmo diremos, se isto causasse o prejuízo da embarcação dele sem dolo ou culpa dele.

Neste fragmento, é exposta a *responsio* de Labeão sobre uma locação marítima aonde o *nauta* transfere as mercadorias do contrantante da embarcação sem necessidade e sem autorização dele para uma segunda embarcação, que perece com o carregamento do contratante. Nesse caso, Labeão afirma que o contratante pode agir "*ex conducto locato*". Em seguida, o jurista augusteo faz alusão a uma *responsio* de Paulo sobre o mesmo assunto. Segundo a opinião de Paulo, existiriam casos aonde o contratante não poderia agir contra o *nauta-locator*: (a) quando, na mesma hipótese labeoniana, ambas as embarcações perecem sem dolo ou culpa dos *nautae-locatores* durante uma mesma viagem; (b) quando o primeiro *nauta* seja detido por autoridade pública, de forma que lhe seja impossível transportar as mercadorias até o local de entrega; (c) quando as partes tivessem estabelecido uma "cláusula penal" para o caso em que as mercadorias não fossem entregues no lugar de destino, exceto se o atraso não fosse causado pelo próprio *nauta*; (d) quando o *nauta* estivesse impossibilitado de navegar por causa de uma doença; e (e) quando a embarcação sofresse avarias não imputáveis ao *nauta*, nem por dolo, nem por culpa.

Por ora, nos limitaremos ao debate sobre a *fattispecie*, descartando o excerto reputado a Paulo, porque ele parece elencar somente casos de exoneração de responsabilidade do *nauta* quando ausente dolo ou culpa e nos casos fortuitos ou de força maior, o que, de fato, não aparenta influenciar o modelo negocial de locação marítima pensado por Labeão para solução do caso. Essas hipóteses de desoneração servem apenas para termos em mente que Labeão discute a questão tendo em vista a responsabilidade civil do *nauta*[182].

A expressão usada por Labeão ("*si ea condicione navem conduxisti*") é clara, trata-se de uma *conductio navis*, mas diferentemente do caso anterior (D. 19, 5, 1, 1) existe uma *condictio* que impõe ao *nauta* transportar as mercadorias até um local específico ("*ad aliquem locum*"). Nesse ponto surge a dúvida, a locação da

[182] Sobre a responsabilidade civil do *nauta* nas diversas hipóteses de perecimento da embarcação, vide R. L. V. SAMPAIO, *Direito Marítimo Romano. A disciplina jurídica do alijamento* [tese de doutorado], Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s.p., 2013, pp. 21 e ss.

embarcação (*conductio navis*) teria como condição também um contrato de transporte (*locatio mercium vehendarum*) e, portanto, se trataria de um contrato misto ou existiriam dois contratos independentes ou, ainda, existiria apenas um contrato (de fato, uma *conductio navis* ou uma *locatio vehendarum*)?

A dúvida sobre a *fattispecie* é reforçada pela concessão de uma ação "*ex conducto locato*" por Labeão, já que isso reforçaria a ideia de que o proprietário das mercadorias seria tanto *conductor* (*conductio navis*) quanto *locator* (*locatio mercium vehendarum*)[183]. Disso decorre uma questão envolvendo o fragmento anterior: por que Labeão concederia uma *agere praescriptis verbis* no caso anterior, mas nesse caso preferiria conceder uma ação "*ex conducto locato*" ao invés de um *actio de dolo* ou mesmo uma *agere praescriptis verbis*? Além disso, Labeão limita o uso dessa ação contra o "*prior nauta*", de modo que se entende que a embarcação aonde as mercadorias do contratante foram colocadas (e, posteriormente, pereceram) é comandada por outro *nauta*.

R. FIORI[184] defende a existência de "*um rapporto economico unitario, che giuridicamente si scinde in due contratti*"[185], de modo que sejam concedidas ações distintas para uma das partes – daí, o uso intocável da expressão "*ex conducto locato*" por Labeão. Ou seja, para o jurista italiano o negócio pretendido

---

[183] O uso da expressão "*ex conducto locato*" causa a mesma estranheza a F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, in *Rivista del diritto della navigazione 3* (1937), pp. 335 e ss.; A. METRO*, La sublocazione dell'opus faciendum*, in *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversarie*, v. 1, Amsterdam, Gieben J. C., 1995, p. 345, n. 35; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 143; Id., *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo nel diritto romano*, in *Rivista del diritto della navigazione 39(1)*, 2010, p. 163. Os juristas italianos concordam que o uso da expressão "*ex conducto locato*" aparece em outros fragmentos (*Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 5, 12*; *Ulp. 31 ad ed. D. 50, 14, 2pr* e *Ulp. 28 ad ed. D. 19, 2, 5*) para indicar genericamente as ações que podem nascer da locação. Mas fragmento d. 14, 2, 10, 1 o sujeito a quem vai ser concedida a ação (*agere*) está bem definido e é sempre o mesmo: o proprietário das mercadorias (*dominus*). F. DE MARTINO e A. METRO reputam que a expressão é originada por uma interpolação e, portanto, existiria apenas um contrato. F. DE MARTINO interpreta a expressão como ação "*ex conducto*" (*conductio navis*), enquanto A. METRO, como "*ex locato*" (*locatio mercium vehendarum*). Entretanto, R. FIORI entende que existam duas relações negociais e, portanto, a expressão indica o uso da ação que caberá a cada parte. Ele admite que essa hipótese já teria sido suscitada em obra de Cujácio (*apud Observationes et emendationes (III.2)*, in *Opera*, v. 3, Napoli, s/e, 1758, p.57).

[184] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, pp. 145; Id., *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo nel diritto romano*, in *Rivista del diritto della navigazione 39(1)*, 2010, pp. 165 e ss.

[185] J. P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, p. 129 indica que a proposta de R. FIORI tenha sido incialmente defendida por (*apud*) R. VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, in *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg, s.e., 1993, pp. 515-516, como "*a hybrid of both 'locatio conductio rei' and 'operae'"* no fragmento D. 19, 2, 60, 8.

pelas partes seria tanto uma *conductio navis* quanto uma *locatio mercium vehendarum* em razão da condição imposta para o cumprimento da obrigação do primeiro contrato (*conductio navis*). Ele sustenta sua hipótese em outro fragmento labeoniano (*Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19, 2, 60, 8*)[186] aonde se discute o pagamento de um *portorium* em razão do tráfego sobre uma ponte de mercadoria carregadas em um veículo alugado. Haveria, então, uma *locatio vehiculi* e uma cláusula ("*ut ônus tuum portaret et secum iter faceret*") adicionada ao contrato que transformaria a prestação do *dominus vehiculi* em uma *fattispecie* mais complexa. Isto é, uma *locatio redae* que é acrescentada a uma *conductio mercium vehendarum*.

Do mesmo modo, em D. 14, 2, 10, 1, haveria uma *conductio navis* como primeiro negócio aonde o proprietário da embarcação deve prestar ao contratante (*mercium dominus*) a fruição da embarcação locada. Em relação a essa prestação, o fato do *nauta* ter transferido mercadorias para outra embarcação inferior constituiria um inadimplemento, e, assim, caberia contra o *nauta* uma *actio ex conducto*. Mas também um segundo negócio que se junta ao primeiro, ou seja, uma *locatio mercium vehendarum*, na qual o *nauta* é o *conductor* e deve garantir ao *locator* (*mercium dominus*) o transporte das mercadorias até o destino final. Em relação a essa prestação, o *nauta* também é responsável por seu comportamento, mas o inadimplemento ocorreu porque não levou as mercadorias até o destino final. Por isso, caberia contra o *nauta* uma *actio ex locato*.

Contudo, essa explicação não nos convence. Primeiro, porque, para sustentar sua afirmação, R. FIORI[187] admite que essa solução seria exclusivamente labeoniana, não sendo acolhida por outros juristas sucessivos. Somente assim, sua interpretação do fragmento D. 19, 2, 60, 8 poderia se enquadrar de acordo com a solução dada no fragmento D. 14, 2, 10, 1, já que inexiste provas nas fontes primárias de que houvesse a possibilidade de dois contratos coexistirem em um único contrato (contrato misto) em razão da complexidade dos interesses das

---

[186] *Labeo 5 post. a iav. epit. Dig. 19.2.60.8. Vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret et secum iter faceret: id cum pontem transiret, redemptor eius pontis portorium ab eo exigebat: quaerebatur, an etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit. puto, si mulio non ignoravit ea se transiturum, cum vehiculum locaret, mulionem praestare debere.* [= (Lab. 5 post. a iav. epit. D. 19, 2, 60, 8. Alugaste um veículo para que levasse tua carga e fizesse seu transporte. Quando ele passava por uma ponte, aquele que arrecada as cobranças públicas da ponte exigia um imposto alfandegário pela passagem [do veículo]. Era perguntado, se ele devia pagar o imposto somente pelo próprio carro. Julgo que se o arrieiro, quando alugou o veículo, não desconhecesse que devia transitar por alí, o arrieiro deve pagar.)].

[187] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio' cit. nota 8 supra*, p. 146, n. 64

partes. Além disso, no caso do pagamento do *portorium* é determinante a boa-fé do *mulior* (arrieiro) para a solução do imbróglio, porque se ele desconhecesse o pedágio – traduzido como risco no fragmento D. 19, 2, 60, 8 – haveria a repartição do valor da cobrança, mas se ele conhecesse o risco, o pagamento da quantia seria suportado somente pelo *mulior*. Contudo, no fragmento D. 14, 2, 10, 1, não nos parece haver uma discussão sobre a repartição do risco entre proprietário das mercadorias e o *nauta* que justifique a aproximação entre as soluções. Existiria o mesmo risco para o *nauta* tanto na *conductio navis* quanto na *locatio mercium vehendarum*. Ademais, no caso proposto em D. 14, 2, 10, 1, Labeão determina que existe culpa ou dolo do *nauta* (por agir contra a vontade expressa do contratante). Nesse sentido, não há que se falar em inadimplemento da condição, uma vez que a obrigação principal teria sido inadimplida antes[188].

Ademais, no fragmento *Pap. 8 quaest. D. 19, 5, 1, 1*, aonde não se discute sequer se existe ou não responsabilidade do *nauta* (ou *magister navis*) por dolo, culpa ou força maior, Labeão concede prontamente uma *agere praescriptis verbis* para possibilitar uma defesa processual mais certa ao proprietário das mercadorias. Contudo, o mesmo jurista, no fragmento *Lab. 1 pith. a Paul. D. 14, 2, 10, 1* insiste em conceder as ações típicas. Isso nos parece ser indício suficiente para pensarmos que Labeão está certo sobre o modelo negocial existente entre as partes (e também o *id quod actum est*), bem como será a interpretação do caso em juízo. Essa interpretação não parece ser algo exclusivo de Labeão mas algo comum na prática do comércio marítimo romano, como atesta o fragmento *Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 13, 1*:

Ulpianus 32 ad ed. Dig. 19.2.13.1. *Si navicularius onus minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito*	**Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 13, 1.** Se um *navicularius* tivesse acertado uma *locatio conductio* para transportar uma carga até Minturnas[189] e, então [ele] transferisse as mercadorias para outro navio, [porque] seu [próprio] navio não pudesse navegar pelo rio minturnense, e perecesse na foz do rio, o

[188] Essa, inclusive, é o fundamento para que F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, *cit. nota 183 supra*, pp. 335 e ss.; e A. METRO*, La sublocazione dell'opus faciendum*, *cit. nota 183 supra*, p. 345, n. 35 considerem haver apenas um único contrato (apesar da divergência sobre qual o modelo negocial).
[189] Cidade do Lácio (Plín. H. Nat. 3, 59) (T. Lív. 9, 25, 3)

domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.	primeiro *navicularius* é responsável? Labeão diz que [ele] não é responsável, se não tiver culpa, porém se fez [a transferência das mercadorias] contra a vontade do proprietário ou em momento que não devia [ter feito] ou em embarcação menos apta [a fazer o transporte], então deve ser usada a [ação] *ex locato*.

O fragmento *Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 13, 1*[190] é fundamental para entender a concessão da ação "*ex conducto locato*" proposta por Labeão no fragmento D. 14, 2, 10, 1, porque o caso apresenta um vocabulário bastante específico em um caso bastante similiar. O proprietário das mercadorias contrata com o *navicularius* o pagamento de uma quantia para que ele transporte suas mercadorias até a cidade de Minturnas (*locatio mercium vehendarum*). Porém, por um caso fortuito, o transporte não pode acontecer, porque a embarcação fica impedida de navegar pelo rio minturnense. Dessa forma, afim de cumprir sua obrigação contratual, o *navicularius* transfere as mercadorias do contratante para outra embarcação. Por algum motivo, sem culpa ou dolo do primeiro *navicularius*, a segunda embarcação perece e, consequentemente, as mercadorias do contratante também. Nesse caso, Labeão diz que não existiria qualquer ação contra o *navicularius*, porque não haveria qualquer atitute culposa ou dolosa que pudesse ser imputada a ele. Entretanto, o jurista augusteo alerta que se o *navicularius* tivesse transferido as mercadorias contra a vontade do proprietário ou as tivesse transferido para embarcação menos apta ("*ceterum si vel invito domino fecit... aut si minus idoneae navi*"), seria concedida contra ele uma ação *ex locato*.

Oras, é impossível imaginar que Labeão, autor de ambos os textos, teria pensado em soluções diferente para uma hipótese estruturada sobre os mesmos exemplos práticos. Em ambos os casos existe uma *locatio mercium vehendarum*, aonde se discute a responsabilidade do contratado frente ao contratante, porque o contratado acorda com um terceiro o transporte da mercadoria do primeiro contratante contra sua vontade ou o faz subcontratando uma embarcação pior.

---

[190] Cfr. R. KNÜTEL, *Die Haftunf für Hilfspersonen im römischen Recht*, in *ZSS 100* (1983), p. 419, o caso proposto por Labeão não teria sido regra geral para o transporte marítimo no direito romano. Contudo, é uma afirmação meramente especulativa, não havendo motivo para discordar de sua recorrência na prática cotidiana.

Sobre o negócio firmado pelo contratante com um terceiro, nos parece plausível a explicação de A. METRO[191]. O jurista italiano argumenta que a sublocação não era comumente aceita durante a jurisprudência clássica nos casos de *locatio conductio operis*, por isso quando o tema surge, ele é tratado sempre de maneira casuística. Exige-se também que a natureza complexa dos casos exija a sublocação como solução e o nível de *expertise* envolvida para solução do problema seja outro fator importante. Ademais, explica que para esses casos seria concedida ao sublocador uma ação *ex locato* (*Marc. 8 Dig. D. 19, 2, 48pr*[192]). Isto é, o *prior nauta* teria uma ação *ex locato* contra o *secundus nauta* e o *primus navicularius* teria uma ação *ex locato* contra o *secundus navicularius*. Da mesma forma, é fácil imaginar que o *mercis dominus* teria a mesma ação contra o *nauta* ou o *navicularius*, porque é sobre esse modelo negocial que o *nauta* realiza a sublocação. Aproveitando-nos dessa informação, nos parece ser essa a lógica usada por Labeão para incluir a ação *ex locato* na solução de ambos os casos, portanto, é certo que para Labeão existe uma *locatio mercium vehendarum* em ambos os casos. Consequentemente, no fragmento D. 14, 2, 10, 1, não existe propriamente uma *condictio* da *conductio navis*, mas um contrato independente e autônomo. Assim, refutamos a proposta de R. FIORI que pretende entender um único contrato capaz de absorver os dois modelos negociais, que, portanto, se aproveitaria das duas ações típicas.

Resta a seguinte pergunta: por que Labeão não usa a expressão "*ex conducto locato*" no segundo caso (D. 19, 2, 13, 1)? Ao nosso ver é impossível responder essa pergunta com alto grau de certeza, porque a experiência comercial marítima romana se mostra demasiadamente complexa, mas propomos a seguinte interpretação.

O uso dos termos *nauta* e *navicularius* não é sem importância[193], ao escolher termos diferentes em casos similares, Labeão pretende explicar também

---

[191] Cfr. A. METRO*, La sublocazione dell'opus faciendum*, *cit. nota 183 supra*, pp. 345 e ss. Seguida por P. DU PLESSIS, *Subletting and the Roman law of letting and hiring Interpreting C. 4, 65, 6*, *cit. nota 118 supra*, pp. 135 e ss.

[192] *Marcellus 8 Dig. Dig. 19.2.48pr. Si cui locaverim faciendum quod ego conduxeram, constabit habere me ex locato actionem.* [= (Marcel. 8 Dig. D. 19, 2, 48pr. Se eu contratasse alguém para fazer aquilo que eu tenha sido contratato, é seguro que eu tenho [contra ele] uma ação *ex locato*.)]

[193] Existem muitos termos ligados ao comércio marítimo (especialmente, citados em D. 14, 1, 1-7) e alguns deles não são usados pelas fontes secundários com as mesmas acepções. Os mais recorrentes são: "*dominus navis*" ou "*navicularius*" ou, ainda, genericamente "*nauta*" (proprietário da embarcação); "*exercitor*", aquele que mantinha o gerenciamento operacional da embarcação (que

o motivo pelo qual o fragmento D. 19, 2, 13, 1 revela apenas parte da solução pensada pelo jurista. O termo *nauta* é mais genérico que *navicularius*, sendo usado no fragmento D. 14, 2, 10, 1 como sinônimo de *dominus navis* e também *exercitor*. Esse fato é verificado com a *conductio navis*, cujas partes são justamente o *nauta* e o *mercium dominus*. Portanto, no primeiro caso, o *nauta* é *dominus navis* em relação à *conductio navis*, mas também pessoalmente responsável pelo transporte da mercadoria (*exercitor-conductor*), o que exige um novo contrato (a *locatio mercium vehendarum*). Segundo essa lógica, o *nauta* é livre ou liberto, bem como também é proprietário da embarcação. Portanto, o termo também é usado para indicar um acentuado grau de responsabilidade assumido pelo contratado, porque ele acumularia as responsabilidades esperadas do *dominus navis* e *exercitor*[194]. Assim sendo, ao descumprir deliberadamente a *conductio navis*, ele automaticamente descumprira a *locatio mercium vehendarum*, uma vez que teria a

---

poderia ser mencionado também como "*magister navis*" ou "*nauclerus*" ou, ainda, genericamente de "*nauta*" e poderiam ser contratador pelo *dominus navis* ou pelos *navicularius*), "gubernator", aquele que ajudava o *exercitor* em suas tarefas. (cfr. C. ANTHON – W. SMITH, *A new classical dictionary of Greek and Roman biography, mithology and geography*, *cit. nota 61 supra*, pp. 480 e ss.; M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'excercitor navis in dirito romano*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 551 e ss.; A. GUARINO, *Punti di vista. 'Magister' e 'gubernator navis'*, in Labeo 11 (1965), pp. 36 e ss.; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di um'economia-mondo*, Pisa, Pacini, 1989;; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, *cit. nota 58 supra*, pp. 514; J. P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, p. 85). Em uma interessante análise das fontes epigráficas jurídicas e não jurídicas (o altar de pedra de Domburg e o sítio arqueológico de Colijnsplaat), M. ROLING, *Nauta et negotiator. Multidisciplinar onderzoek naar regionale verschillen in de organisatie van maritieme handel in de Romeise tijd*, [Master Archeologie – Numismatiek], Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam, 2008, s.p., [https://www.marcoroling.nl/content/MRoling1336991 MasterNumismatiek.pdf] traz algumas observações importantes: (a) no naufrágio romano em Dramont A, no século I a.C., no sul da costa francesa, o nome de Sextus Arrius está gravado tanto nas ânforas que eram transportadas, quanto nos mastros e na âncora principal, sendo uma forte evidência arqueológica que uma mesma pessoa poderia ser proprietária da embarcação e das mercadorias nela transportadas (indicação epigráfica em A. PARKER, *Classical Antiquity: the maritime dimension*, in *Antiquity 64* (1990), pp. 335 e ss.); (b) poderiam haver vários *exercitores* envolvidos em uma mesma viagem, às vezes desenvolvida na forma de *societas*; (c) o "*navicularius*" era o comerciante de grãos marítimo, que, normalmente, estava agrupado a um *corpus* (*societas*) com atuação em Ostia, Gália do Sul, África do Norte e Norte da Itália; e (d) não está claro se existe uma relação entre *negotiatores* e *nautae*, nem entre comerciantes e proprietários de navios.

[194] É difícil uma situação prática que explique essa interpretação, mas imaginemos que o *nauta* tivesse usado uma embarcação inferior, diferente daquela contratada pelo *mercium dominus* e levasse as mercadorias para o destino final. Nesse caso seria possível discutir um eventual abatimento da *merces* por uma *actio ex locato*, mas não haveria ação contrao negócio contratado por meio da *conductio mercis* que foi perfeitamente adimplida. Imaginando outra situação, o *nauta* poderia levar as mercadorias com a sua embarcação para um destino diferente daquele contratado. Nesse caso caberia uma *actio ex conducto*, mas não uma *ex locato*. A hipótese de Labeão se mostra mais complexa somente porque a atitute culposa do *nauta* faz com que haja um agravamento de responsabilidade.

responsabilidade pessoal e intransferível de cumprir as obrigações de ambos os contratos. Esse cenário representa a assunção de maior responsabilidade perante o contratante. Portanto, nossa opinião é que Labeão escolhe propositalmente o uso do termo *nauta* para indicar um grau de responsabilidade mais elevado assumido pelo contratado. Dessa forma, a expressão "*ex conducto locato*" não nos parece estranha, porque ela indicaria as ações que o proprietário da mercadoria teria contra o *nauta*, fosse por causa dos prejuízos decorrentes da *conductio navis*, fosse por causa dos prejuízos decorrentes da *locatio mercium vehendarum*.

Por outro lado, o termo *navicularius* é bastante controvertido e remeteria a um *corpus*, podendo significar uma *societas*[195], mas também ao armador (no sentido moderno)[196]. Mas indepedentemente a quem se refira, resta claro para Labeão que inexiste uma *conductio navis*, mas tão somente uma *locatio mercium vehendarum* entre *mercis dominus* e *navicularius*. As razões práticas para haver essa distinção continuam sendo obscuras, já que as fontes epigráficas que poderiam revelar as sutilezas entres ambos os casos (como, por exemplo, a quantia cobrada a título de *merces* por cada um dos negócios) não sobreviveram. Entretanto, aparentemente Labeão preferiu usar propositalmente o termo específico "*navicularius*" para explicar uma situação na qual o contratado assume um risco menor, de forma que ele só responderia por culpa ou dolo em razão de um único contrato.

Evidencia-se por meio desses fragmentos um intrincado conjunto de regras sobre o comércio marítimo, grande preocupação econômica e social por toda a existência da História de Roma. Porém, apesar das limitações impostas ao debate pretendido, fica evidente que a grande preocupação de Labeão ao tratar o tema era estabelecer um regramento que observasse a dicotomia "risco" e "responsabilidade" – que em alguns casos deixou de ser evidente, uma vez que o conteúdo de alguns termos ligados ao comércio náutico se perderam ou continuam obscuros. Provavelmente, a dinâmica desse setor econômico era cheia de peculiaridades, que impuseram aos juristas da época inúmeros "casos-tipo" cuja

---

[195] Cfr. M. ROLING, *Nauta et negotiator. Multidisciplinar onderzoek naar regionale verschillen in de organisatie van maritieme handel in de Romeise tijd*, *cit. nota 193 supra*, pp. 335 e ss.
[196] Cfr. P. A. TEMIN, *Market Economy in the Early Roman Empire*, Cambridge, 2001, p. 23; E. FARIA, *Dicionário Escolar Latino-Português*, 3ª ed., MEC, Brasília, 1962, p. 636, o verbete *navicularius, -i (m)* significa naviculário ou armador (Cíc. Verr. 5, 46)

solução eram muitas vezes limítrofes. Mas, ao nosso ver, de maneira geral Labeão manteve presente a ideia de tipicidade contratual para resolvê-los, sendo sua grande inovação a concessão de uma tutela atípica para resolver os casos mais críticos.

2.1.2. **A condição e a regra de tipicidade processual segundo Labeão**

Ulpianus 32 ad ed. Dig. 19.5.20pr. *Apud labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.* ***[1]*** *Item apud melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.*

Ulp. 32 ad ed. D. 19, 5, 20pr. Em Labeão é demandado se eu darei a ti para provar cavalos que estão à venda, para que os restituísses, se em três dias [eles] não tivessem agradado [a ti], e tu, como *desultor*[197], correste neles e venceste, depois não te agradaste comprar [os cavalos], se haveria contra ti uma ação *ex venditio*. E julgo que é mais correto agir com uma [ação] *praescriptis verbis*. De fato, entre nós se acordou que tu recebesses um aproveitamento gratuito, [mas] não que tu também disputasses prêmios [com os cavalos]. **[1]** Da mesma forma, em Mela é demandado se eu darei a ti mulas para que tu as experimentes e, se [elas lhe] tivessem agradado, tu [as] comprarias, se [elas lhe] tivessem desagradado, que tu pagarias alguma coisa pelos dias [que as usou], em seguida, as mulas foram furtadas por ladrões de estrada durante os dias de experiência, que coisa deve ser prestada: o preço e o aluguel ou tão somente o aluguel? E Mela diz que interessa [saber], se a compra já foi contratada ou [era] futura; porque, se contratada, o preço é reclamado, se futura, o aluguel é reclamado. Mas [Mela] não se exprime sobre as ações. Julgo, no entanto, se fosse concluída a compra, compete a ação *ex vendito*, se verdadeiramente ainda não foi

[197] Cfr. E. FARIA, *Dicionário Escolar Latino-Português*, *cit. nota 196 supra*, p. 301, o verbete *desultor, oris (m)* significa “o que salta de um cavalo para outro” (T. Lív. 23, 29).

realizada, deve ser dada uma ação tal qual [se deu] contra o *desultor*.

O fragmento *D. 19, 5, 20pr* trata de um *pactum displicentiae* estipulado para a venda de cavalos, no qual o comprador receberia os animais com o objetivo de avaliá-los e poderia restituí-los no prazo de três dias caso não estivesse satisfeito. Acontece que o comprador é um *desultor* e usa os animais recebidos para vencer uma prova de montaria e, após decorrido o prazo estipulado pelo vendedor, os devolve sem querer concluir o contrato de compra e venda. Como o *desultor* ganhou dinheiro às expensas do vendedor, Labeão se pergunta se seria o caso de conceder ao vendedor uma *actio venditi*. Em seguida, Ulpiano afirma que a melhor opção seria conceder a ele uma *agere praescriptis verbis*.

A partir da solução dada por Labeão no caso apresentado em D. 19, 5, 1, 1, é possível conjecturar que o jurista augusteo se pergunte sobre a concessão da *actio venditi* justamente porque também está pensando se não seria melhor ingressar com uma outra ação (talvez, a *agere praescriptis verbis*[198] ou a *actio de dolo*[199]). Da mesma forma que havia dúvida quanto ao modelo negocial na locação marítima, mas não em relação ao tipo contratual, no fragmento *D. 19, 5, 20pr* não existe dúvida sobre o tipo contratual (*emptio venditio*), mas sobre como tutelar o interesse de uma das partes diante da violação da boa-fé por meio do abuso de direito. Dessa forma, a afirmação de Ulpiano ("*et puto verius esse"*)[200] não estaria

---

[198] Nesse sentido, R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, *cit. nota 12 supra*, p.124; pp. 132 e ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, *cit. ota 12 supra*, pp. 88 e ss.; A. BURDESE, *Sul concetto di contrato e i contratti innominatti in Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 130 e ss.; M. F. CURSI – R. FIORI, Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone, *cit. nota 117 supra*, pp. 153 e ss, especialmente p. 154

[199] Cfr. M. SARGENTI, Labeone e la nascita dell'ideia di contratto nel pensiero giuridico romano, *cit. nota 68 supra*, pp. 62 e ss.; M. SARGENTI, Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis, *cit. nota 168 supra*, p. 253; P. DE FRANCISCI, Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati, v. 1, Mattei & C., Pavia, 1916, pp. 296 e ss.

[200] A crítica interpolacionista sustenta que a oração "*et puto verius esse praescriptis verbis agendum*" representa um indício de remanejamento compilatório, porque, de um lado, o termo "*verius*" pareceria querer indicvar a existência de qualquer outro meio processual esperado ausente no texto, de outro lado, o fato que é concedido ao *accipiens* a prova gratuita dos cavalos e não utilizá-los para participar de uma corrida não seria justificava bastante para a concessão de uma ação *praescriptis verbis* ao invés de uma ação contratual (cfr. P. DE FRANCISCI, *Synallagma*, *cit. nota 199 supra*, II, p. 297; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, v. 2, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911, p. 165). Contudo, as críticas referentes à autenticidade do texto restam superadas, bem como a dúvida sobre a "*classicità*" da *agere praescriptis verbis* (cfr. L. ZHANG, *Contratti inonominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra* p. 107, nt. 82)

discordando da resposta labeoniana[201], mas, simplesmente, Ulpiano estaria se aproveitando de opinião já conhecida de Labeão sobre o assunto, por isso, se apropria dela sem remetê-la ao jurista augusteo[202].

De acordo com esses indícios, o fragmento Ulp. 32 ad ed. D. 19, 5, 20pr-1 nos coloca diante de uma situação diferente daquela vista anteriormente no fragmento Pap. 8 quaest. D. 19, 5, 1, 1 (locação marítima), porque neste novo caso a ação *praescriptis verbis* não é concedida para evitar um risco processual, mas, aparentemente, para viabilizar uma tutela em razão da atitude de uma das partes (sem ter que apelar para o uso de uma *actio de dolo*[?]). A consciência de que o tipo contratual é uma *emptio venditio* ("*sit adversus te ex vendito actio*") nos é bastante reveladora, porque reforça a ideia de concessão atípica de tutela processual para tipos contratuais específicos ("típicos"). Além disso, em D. 19, 5, 20pr-1, diferentemente do caso anterior (D. 19, 5, 1, 1), poder-se-ia imaginar que fosse concedida uma *actio de dolo* ao invés de uma *agere praescriptis verbis*, por causa da atitude "desleal" de uma das partes.

Por isso, primeiramente, é preciso enfrentar uma questão superada diretamente no fragmento ("*puto verius esse praescriptis verbis agendum*"): os motivos pelos quais a concessão de uma *actio ex vendito* (tutela típica) prejudicaria a solução pensada pelos *prudentes* (ou, ao menos, porque foi desconsiderada na solução labeoniana). Dessa forma, só faz sentido iniciar essa análise se pensarmos que Labeão concede a *agere praescriptis verbis* para que o vendedor obrigue o *accipiens* a comprar os cavalos (como se já tivessem sido provados, porque saíram vitoriosos da corrida) e pague o preço acordado[203].

Seguindo essa lógica, alguns juristas[204] afirmam que Labeão não considerou, propositalmente, conceder uma *actio ex venditio* ao vendedor dos

---

[201] Em sentido contrário, J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in *ZSS* 106 (1989), p. 451 e ss.

[202] Sobre a existência de uma possível abreviação feita pelos compiladores justinianeus, que defendem haver uma supressão do pensamento labeoniano e os motivos pelos quais Ulpíano defende o emprego da *agere praescriptis verbis*, indicamos a leitura de E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Gesamelte Schriften II*, Köln-Kraz, Böhlau, 1963, pp. 275 e ss.; R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone, cit. nota 12 supra,* p. 124.

[203] Assim, nos parece pouco plausível a tese de que a tutela atípica concedida por Labeão sirva para que o *dans* obtenha do *accipiens* o lucro da corrida (cfr. R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone, cit. nota 12 supra,* p. 126; P. DE FRANCISCI, Synallagma, *cit. nota 199 supra*, I, p. 299; E. RODRÍGUEZ-DÍAZ, *De la noción de contrato al 'pactum displicentiae' en derecho romano*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1998, p. 198).

[204] Cfr. P. DE FRANCISCI, Synallagma, *cit. nota 199 supra*, I, p. 286; R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone, cit. nota 12 supra,* p. 132

cavalos, porque em outro fragmento (*Ulp. 11 ad ed. D. 18, 1, 50*[205]) o jurista augusteo enfrenta um problema parecido e confere uma *actio ex vendito* juntamente com uma *agere praescriptis verbis*, provando que para ele seria possível haver a concorrência entre essas ações. Então, qual seria o motivo que impediria a concessão da ação de venda no caso da "*datio ad experiundum*" gratuita?[206] Para A. BECHMANN[207], Labeão não teria concedido uma *actio ex vendito*, porque D. 19, 5, 20pr dizia respeito a um caso de *datio ad experiundum* gratuita e, por isso, enquanto não houvesse a prova dos cavalos a *fattispecie* não poderia ser configurada como uma venda condicionada. Já para F. GALLO[208], a *actio ex vendito* não seria concedida, porque a expressão "*deinde emere nolueris*" demonstraria uma compra e venda ainda não conclusa (impossibilitando a concessão de qualquer ação típica), ou porque a *fattispecie* não pudesse ser vista como uma venda condicionada na medida em que o *accipiens* se comporta dolosamente.

Segundo M. TALAMANCA e R. FIORI[209], na época de Labeão, o *pactum displicentiae* era entendido como condição suspensiva. Assim, a *emptio venditio* seria considerada ineficaz se o *pactum* fosse descumprido e, portanto, não caberia

---

[205] *Ulp. 11 ad ed. Dig. 18.1.50. Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.* [= (Ulp. 11 ad ed. D. 18, 1, 50. Labeão escreve que, se tu vendesses a mim uma biblioteca, [com a condição que] se os decuriões da Campanha vendam a mim um local em que eu possa colocá-la, e eu não seja culpado por não obter [o local], não existe dúvida que uma ação *praescriptis verbis* pode ser concedida para me forçar a cumprir. Eu julgo que uma *actio ex vendito* pode ser concedida como se a condição tivesse sido cumprida, já que o comprador é responsável por não tê-la feito)].

[206] Sempre prudente recordar que o trabalho compilatório dos juristas justinianeus é desprovido de explicações técnicas, de modo que é impossível obter certeza dos "comos" e "porquês", mas nos parece que tanto o fragmento D. 18, 1, 50, quanto o D. 19, 5, 20pr-1 resguardam uma linha de racícionio comum, cuja autenticidade (dos textos) é modernamente atestada pela doutrina. Assim sendo, a escolha por uma solução ou por outra deve ser considerada a partir de uma lógica comum compartilhada por Labeão.

[207] Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. System des Kaufs nach gemeinem Recht*, v. 2, Erlangen, A. Deichert, 1884, pp. 236 e ss.; ideia essencialmente seguida por R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone, cit. nota 12 supra,* p. 127

[208] Cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *cit. nota 12 supra*, pp. 205-206

[209] Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 35 e ss.; M. F. CURSI – R. FIORI, Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone, *cit. nota 117 supra*, p.154; M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'ideia di contratto nel pensiero giuridico romano*, *cit. nota 68 supra*, pp. 61 e ss.; esse argumento parte da ideia que a *datio ad experiundum* não constitui um negócio em si, mas seria um pacto acessório à venda. Nesse sentido, seria impossível para Labeão reconhecer uma venda com pacto resolutivo e, por isso, não concederia uma *actio ex vendito* (cfr. M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'ideia di contratto nel pensiero giuridico romano*, *cit. nota 68 supra*, pp. 62 e ss.)

uso das ações típicas. O jurista augusteo teria seguido a opinião pauliana contida no fragmento *D. 18, 5, 6*[210], que concederia para casos semelhantes uma *actio proxima empti in factum*, que poderia ser interpretada também como *agere praescriptis verbis*. Compartilhamos da ideia que o *pactum displicentiae* esteja no núcleo da resposta labeoniana, porque se ele for qualificado como condição resolutiva, então a compra e venda deverá ser entendida como já conclusa; todavia, se ele for qualificado como condição suspensiva, não se poderá sustentar a produção de todos os efeitos resultantes da compra e venda, enquanto estiver pendente a condição. Contudo, a explicação dos juristas italianos, principalmente a conexão da resposta labeonia em *D. 19, 5, 1, 1* e *D.19, 5, 20pr*, é demasiadamente conjectural, uma vez que busca sustentar seus argumentos em evidências esparsas e fora de contexto com o fragmento em análise. Para não adentrar em uma explicação demasiadamente especulativa nos limitamos a afirmar que o trecho labeoniano em *D.19, 5, 20pr* parece compartilhar de uma lógica comum àquela utilizada em *D. 19, 5, 1, 1*. Entretanto, diferentemente do primeiro caso em que havia risco para o autor da ação ver perecer seu direito por erro formal na escolha processual, nesse segundo caso, existe, de fato, uma violação do *pactum displicentiae* por atitude do futuro comprador[211]. Portanto, apesar de caminhar para uma solução parecida, as razões que as motivou são diferentes. Sempre lembrando que em ambos os casos não existe dúvida para Labeão sobre o tipo contratual, sendo está a explicação tanto para o uso de uma tutela atípica, quanto para a não concessão de uma ação típica.

Em outras palavras, independentemente se suspensiva ou resolutiva, a condição imposta pelo *pactum displicentiae* deve estar de acordo com a regra *viri*

---

[210] *Paul. 2 ad ed. D. 18, 5, 6. Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.* [= (Paul. 2 ad ed. D. 18, 5, 6. Se se acordou, que a coisa vendida deve ser restituída, [porque] fosse descumprido [o prazo] de certo tempo, Sabino julga que é concedida uma actio ex empto ou uma [actio] proxima empti in factum)].

[211] "*Si potrebbe pensare ad uma finzione di adimpimento, collegata alla circostanza della vittoria nella gara, e fondata sulla 'bona fides' che regge il contratto: ma è proprio sotto questo profilo che Labeone poteva trovare difficoltà, poiché, in D. 18, 1, 50, egli negava l'adimpimento fittizio della condizione nella compravendita in um caso, dove – almeno a noi – parebe molto più facile configurarlo*" [= se poderia pensar em uma ficção de adimplemento, ligada à circunstância de vitória da corrida, e fundada na 'bona fides*"* que rege o contrato: mas, é propriamente sobre este cenário que Labeão podia encontrar dificuldade, pois, em D. 18, 1, 50, ele negava o adimplemento fictício da condição na compra e venda em um caso, aonde – ao menos para nós – parece muito mais fácil configurá-lo] (Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 87-88)

boni arbitratu, por isso, se torna imprescindível confrontar o conteúdo do comportamento do futuro comprador (*accipiens*) para entender a solução labeoniana[212]. Inclusive, essa nos parece ter sido a lógica seguida por Labeão para dar soluções diferentes entre os casos analisados por ele em D. 19, 5, 20pr e D. 18, 5, 6. Labeão decide que não é caso de conceder a *actio ex vendito* no caso da venda de cavalo justamente porque existe uma quebra da boa-fé inerente aos contratos. Essa ruptura do comportamento esperado, por ter ocorrido justamente no cumprimento do *pactum displicentiae*, impederia a ação típica, mas não impede que o jurista augusteo entenda a obrigação acessória como descumprida (nesse sentido, nos aproximamos da proposta de M. TALAMANCA e de R. FIORI). Dessa forma, entendendo haver uma compra e venda entre as partes e verificado o comportamento "desleal" de uma das partes em um pacto acessório, só lhe resta conceder uma tutela atípica para que a parte pague o preço.

Apesar de não sabermos com certeza se a complementação da resposta dada por Ulpiano ("*ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares*") contradiz o pensamento de Labeão – o que, como já dissemos, não nos parece ser o caso –, ela continua sendo fundamental para análise do trecho, porque, com ela, Ulpiano justifica o uso da *agere praescriptis verbis* em detrimento da *actio venditi*. Inicialmente, confirma-se que o *pactum displicentiae* tem caráter gratuito ("*experimentum gratuitum*"), o que se pressupõe por meio de parâmetros objetivos expressos pela *bona fides*. O fragmento *Pomp. 11 ad Sab. D. 13, 6, 13, 1*[213] também testemunha situação similar em que o "teste oneroso" não condiz com o comportamento esperado nos casos de "*datio ad experiundum*", porque é necessário que o risco passe ao comprador antes de ele usar a coisa de maneira onerosa. Desse modo, podemos pensar que Ulpiano enxerga o uso dos cavalos em uma disputa de prêmios como oneroso e, portanto, ele via o descumprimento do *pactum* calcado na gratuidade da relação. Esse argumento é reforçado no

---

[212] Cfr. L. ZHANG, *Contratti inonominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra*, pp. 113 e ss.

[213] *Pomp. 11 ad Sab. D. 13, 6, 13, 1. Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit*. [= (Pomp. 11 ad Sab. D. 13, 6, 13, 1. Se alguém recebe algo com o propósito de experimentá-lo, por exemplo, se jumentos foram alugados por ele e ele lucra com esse [tempo de] experiência; ele deve reembolsar em juízo o valor que ele recebeu em função dos animais, porque ninguém deve ter lucro com qualquer coisa antes de que o risco seja seu)]. Sobre a relação desta regra com o comodato D. 7, 8, 11-12 e D. 7, 1, 12

fragmento seguinte (*D.19, 5, 20, 1*), no qual Mela[214] propõe que em uma situação análoga fosse paga uma *merces* pelos dias que a coisa ficasse à disposição do futuro comprador. O uso do termo *merces* indica que Mela considera a situação de fruição onerosa da coisa enquanto não há a consumação da compra e venda como uma *locatio conductio* e, provavelmente, entende que no primeiro caso (*D. 19, 5, 20pr*) poderia ser concedida uma *actio locati* ao vendedor para que exigisse o pagamento de uma *merces* do *desultor* caso a *emptio venditio* não fosse concluída.

Em seguida, Ulpiano reconhece que se a venda já tivesse sido concluída deveria ser concedida uma *actio venditi*, mas se fosse uma venda futura deveria se seguir a mesma solução dada no caso do *desultor*, isto é, conceder uma *agere praescriptis verbis* ("*actionem talem qualem adversus desultorem dari*").

Não existe dúvida, então, que Ulpiano conhece outra solução que não fosse conferir uma tutela atípica, uma vez que descarta a solução de Mela: considerar a condição suspensiva do contrato de venda futura como outro tipo contratual (*locatio conductio*) e resolver a lide por meio da tutela típica (*actio locati*). Provavelmente, Ulpiano soluciona a questão com a *agere praescriptis verbis* para obter um ressarcimento *ex fide bona* em relação a um negócio em que a *actio venditi* não seria capaz de apresentar resultado, porque não houve a finalização da aquisição, mas em que se constata, mesmo assim, o uso da coisa – que não poderia ser conduzido a uma *locatio conductio*[215], já que faltava, por exemplo, a prévia estipulação da *merces*.

Portanto, mais uma vez, a solução labeoniana (nessa situação, supostamente omitida, mas atestada por Ulpiano) não se justifica por causa de uma compra e venda ineficaz, que a transformaria em contrato atípico, mas porque se verifica violação da boa-fé no exercício do *pactum displicentiae*. A *agere praescriptis verbis* é concedida em razão do caráter residual da ação, que permite tutelar a boa-fé em si. Nesse caso, a boa-fé é violada na prestação acessória

---

[214] *Fabius Mela* foi um jurista romano, que provavelmente viveu durante o império de Antônio Pio. Ele é frequentemente citado no Digesto em conexão com Labeão e Trebácio, mas não existe qualquer excerto reputado a ele (D. 46, 3, 39 e 50; D. 36, 16, 207; D. 9, 2,11; D. 19, 1, 17; D. 19, 9, 3; D. 46, 3, 39) (cfr. C. ANTHON – W. SMITH, *A new classical dictionary of Greek and Roman biography, mithology and geography*, *cit. nota 61 supra*, *p*. 494).

[215] Cfr. M. F. CURSI – R. FIORI, Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone, *cit. nota 117 supra*, p. 155

(condição), que exigia a fruição gratuita da coisa pelo comprador, à título de verificação da qualidade. Nesse fragmento, essa interpretação é reforçada pelo excerto seguinte, que prevê o pagamento de uma *merces* no caso de uma prestação acessória onerosa (condição).

2.1.2.1. Continuação: a *traditio gladiatores* e a solução gaiana

Gai. 3, 146. *Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam uideri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res uenire aut locari possint.*	**Gai. 3, 146.** Semelhantemente, procurando-se gladiadores, de modo a receber vinte denários em pagamento do trabalho de cada um dos homens que saiam ilesos e mil por cada um dos mortos ou feridos, pergunta-se se há venda ou locação; segundo a opinião dominante, há contrato de locação, quanto aos gladiadores que saírem ilesos, e de venda quanto aos mortos ou feridos, dependendo das circunstâncias o saber-se qual dos dois contratos se realizará, como fosse condicional à venda ou à locação de cada gladiador. Pois, já não resta dúvida possam as coisas venderem-se ou locarem-se sob condição.

Nesse fragmento[216], Gaio relata um contrato entre um lanista e um empresário de jogos[217], no qual as partes firmam uma condição acessória: o

[216] A favor da autenticidade do texto: S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146*, in *Studi in onore di Antonio Metro*, v. 3, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 486-488.

[217] Sobre as possíveis partes dessa relação e maiores aprofundamentos sobre o comércio de gladiadores indicamos A. GUARINO, *I "gladiatores" e l'"auctoramentum"*, in *Labeo 29* (1983), pp. 7 e ss., especialmente pp. 19 e ss. (sobre o fragmento *Gai. 3, 146*); A. GUARINO, *Spartaco professore?*, in *Labeo 26* (1980), pp. 325 e ss.; A. GUARINO, *Spartaco. Analisi di un mito*, Napoli, Liguori, 1979, pp. 147 e ss.; C. SANFILIPPO, *Gli 'auctorati'*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 181 e ss.; A. BISCARDI, *Nozione classica ed origini dell'auctoramentum*, in Studi in onore di Pietro de Francisci, v. 4, Roma, 1956, pp. 112 e ss.; S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146*, *cit. nota 216 supra*, pp. 470 e ss. Dentre os autores que se debruçaram sobre a complexa relação de compra e venda de gladiadores, interessante é o argumento de O. DILIBERTO, *Ricerche sull'"auctoramentum" e sulla condizione giuridica degli auctorati*, Milano, Giuffrè, 1981, especialmente p. 62, n. 4, que analisa o senatusconsulto *de ludibus gladiatorum* e conclui que os gladiadores, mesmo se livres, poderiam ser objeto de venda.

pagamento de vinte denários pelo trabalho de cada gladiador que sobreviver ao duelo ou o pagamento de mil denários caso o gladiador morra ou se fira[218]. Diante desse cenário, Gaio é categórico ao afirmar que não existe mais dúvida[219] que no primeiro caso se trata de uma *locatio conductio* (*operarum*) e no segundo, de uma *emptio venditio*. Contudo, a parte final do excerto ("*iam enim non dubitatur, quin sub condicione res uenire aut locari possint*") revela que por algum tempo havia dúvida sobre a possibilidade de se estipular condição nos contratos de locação ou compra e venda[220]. Entretanto, não nos parece que a dúvida suscitada por Gaio fosse de fato em caracterizar uma ou outra situação como tipicamente contratual (decidir se haveria uma *emptio venditio* ou uma *locatio conductio*). Aparentemente, Gaio discute a função da condição em relação ao negócio firmado entre o lanista e o empresário de jogos. Primeiramente, podemos imaginá-lo como condição suspensiva (para eficácia da *emptio venditio*) ou como condição resolutiva (da *emptio venditio*) em vista do pagamento da *merces*[221].

---

[218] É evidente que o pagamento se refere ao *pretium* ou à *merces* acordado entre o lanista e o organizador de eventos, por duas razões: o gladiador ferido poderia igualmente sair vitorioso do embate; e é difícil imaginar uma *locatio conductio*, cuja a *merces* não seja recebida por uma das partes, mas por um terceiro (cfr. S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146*, *cit. nota 216 supra*, p. 491, n.94). Dessa maneira, é despropositada a hipótese de pagamento dos valores citados em *Gai. 3, 146* diretamente aos gladiadores como defendida por F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius (§§ 88-225). Obligationenrecht. Text mit Erklärung und Anhängen*, v. 3, p. 2, Jena, Gustav Fischer Verlag, 1917, pp. 311-316, especialmente p. 316 ("*Die 20 Denare 'pro sudore' tamen wohl lediglich dem Sklaven zugute, ebenso wie der fünfte Teil von den Geschenken.*" [= (Os 20 denários *pro sudore* provavelmente beneficiaram somente o escravo, tal como a quinta parte da premiação)] e parcialmente seguida por H. L. W. NELSON – U. MANTHE, *Gai Institutiones III (88-181). Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, Dunkler & Humboldt, 1999, p. 298.

[219] Em um plano totalmente abstrato, J. PARICIO (Cfr. J. PARICIO, *Una observación sobre Gai. 3.146, in Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, v. 2, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, 1988, p. 994) sustenta que a opinião minoritária (em oposição à decisão de Gaio) era que o negócio poderia ser enquadrado em uma única locação, cuja merces restaria fixada em vinte denários para o serviço de cada gladiador, a qual estaria submetida a um pacto (lex in continenti) de agravamento da responsabilidade do conductor, que o obrigaria a pagar mil denários caso ele não restituísse cada gladiador em razão de morte ou debilidade.

[220] Discute-se se o caso apresentado por Gaio seja meramente elucidativo de uma disputa acadêmica, porque na prática a *fattispecie* seria usada uma *stipulatio* (cfr. A. M. PRICHARD, *Sale and Hire*, in *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Oxford, Claredon Press, 1959, pp. 1-2) ou se seria um caso concreto (cfr. J. A. C. THOMAS, *Gaius and the gladiators*, in *Estudios de Derecho Romano. Homenaje a Carlos Sanchez del Rio y Peguero*, Zaragoza, Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, 1967, p. 152; S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146*, *cit. nota 216 supra*, p. 489; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 216, n 103). Contudo, não existe motivos pra duvidar que se tratasse de um caso concreto, bastando lembrar que o senatusconsulto *de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis* traz exemplo, na época de Gaio, de negócios que tinham como objeto gladiadores que foram feitos por compra e venda.

[221] Cfr. V. CARRO, *I gladiatori e il loro regime giuridico: traditio gladiatorum*, in XXIII Convegno Internazionale Mestieri e professioni della tarda antichità (Spello 22-24 giugno), 2017, pp. 1 e ss.

Outra hipótese pode ser formulada a partir dos dizeres de Gaio "*iam enim non dubitatur*": a estranheza dos juristas anteriores advinha do momento de formação do *synallagma*, que neste caso estaria diretamente relacionada a ocorrência de um evento futuro e incerto – pensando que o duelo iria ocorrer, mas o resultado dele seria imprevisível[222]. Diante disso, os juristas anteriores entendiam inexistir um contrato típico, uma vez que não seria possível existir uma condição capaz de transformar a relação *a posteriori* na *emptio venditio* ou na *locatio conductio*.

Conjecturando que essa fosse a discórdia sobre a questão, A. GUARINO[223] defende que o contrato romano se forma no momento do *consensus in idem placitum*, inexistindo qualquer dúvida ou exceção sobre essa regra. Assim, o autor italiano em tom de ironia diz discordar até mesmo de Gaio, se essa tivesse sido a solução dada por ele. Segundo ele, se estaria diante de um "contrato misto" – e, consequentemente, atípico –, que é omitido no enquadramento teórico feito nas Institutas (*Gai. 3, 88 e ss.*), mas que indubitavelmente existiria no direito romano. Dessa forma, ele vê como impossível a determinação do contrato de acordo com o implemento da condição (*a posteriori*), porque tratar-se-ia de uma convenção atípica, cujas características se assemelhariam tanto à *locatio conductio* e à *emptio venditio*, que dependendo da condição que fosse implementada seria obtido um ou outro contrato. Continuando seu argumento, A. GUARINO defende que o exemplo gaiano seria os primórdios do "*leasing* operativo", um contrato misto de locação (que constitui o paradigma dominante), de venda e de outras figuras convencionadas "inominadas", que não teriam *nomen iuris*[224] e, por isso, Gaio prefere assemelhá-lo a outros contratos típicos.

---

[222] Não nos parece plausível que haveria a passagem de uma locação à uma compra e venda como sustentado por V. CARRO, *I gladiatori e il loro regime giuridico*, *cit. nota 221 supra*, pp. 5, porque se assim fosse as respectivas ações (actio locati ou actio venditi) só seriam concedidas após o resultado do duelo e antes disso nenhuma delas estaria à disposição do lanista. Arriscando ir por um caminho demasiadamente especulativo, imaginemos que antes do início da luta, caberia uma agere praescriptis verbis ou uma actio de dolo ao lanista contra o empresário de jogos, caso houvesse, por exemplo, uma fuga servorum, morte acidental anterior ao ludus, inadimplemento contratual por parte do locador-venditor, como se fosse o caso apresentado em D. 19, 5, 20, 1.
[223] Cfr. A GUARINO, Il leasing dei gladiatori, in Index13 (1985), p. 462: "*con tutto il rispetto per Gaio e per i giuristi cui egli accorda fiducia, la soluzione giuridica non convince*" ("com todo o respeito a Gaio e aos juristas, a quem ele reputa correto, a solução jurídica não convence").
[224] Cfr. A GUARINO, *Il leasing dei gladiatori*, *cit. nota 223 supra*, p. 463

A solução oferecida por A. GUARINO não se coaduna com o texto gaiano, porque, infelizmente, inexiste qualquer referência sobre as ações concedidas às partes que ajude a comprovar a atipicidade contratual[225] por ele sustentada, nem tampouco existem provas suficientes para interpretarmos que ambos os contratos são citados meramente à título exemplificativo, quando, na verdade, se queria se referir a uma convenção atípica formada pelos dois contratos (*unum negotium*).

Por outra linha argumentativa, S. LONGO[226] sustenta que a expressão "*idque ex accidentibus apparet*" permite interpretar que o enquadramento negocial atribuído à *conventio* será decidido somente ao final da luta, mas, desde o início, haverá uma *conventio* entre as partes. Desse modo, a ausência de qualificação contratual no caso da *traditio gladiatorum* não é um descuido dos contraentes, mas, verdadeiramente, a intenção negocial das partes, porque o resultado incerto do combate é uma preocupação tanto para o lanista quanto para o promotor dos jogos[227]. Para o promotor dos jogos receber todos os gladiadores *venditionis causa* seria muito custoso na medida em que não teria o que fazer com os gladiadores sobreviventes ilesos; nem tampouco seria vantajoso ao lanista entregar todos os gladiadores *locationis causa*, uma vez que suportaria um risco muito grande pelo perecimento de seus atletas. Desse modo, por causa de um pressuposto econômico, ambas as partes não desejariam ser amparadas somente pela tipicidade contratual da *locatio conductio*, nem da *emptio venditio*. Isto é, a opinião gaiana não vê nem um contrato atípico, nem uma simples *emptio venditio* com um pacto adjeto, nem tampouco uma simples *locatio conductio* com pacto adjeto, mas uma articulação complexa de dois contratos consensuais[228]. Com base no desfecho da luta, o gladiador seria considerado vendido sob condição ("*tamquam sub condicione facta cuiusque venditione*") caso ele morresse ou fosse ferido gravemente (com ineficácia da locação condicionada); ou seria considerado locado sob condição ("*tamquam sub condicione facta cuiusque... locatione*") caso permanecesse a salvo (com ineficácia da compra e venda condicionada).

---

[225] Devendo-se presumir que Gaio se refere às *actiones empti et venditi* ou *locati et conducti*
[226] Cfr. S. LONGO, L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146, *cit. nota 216 supra*, p. 499
[227] Cfr. S. LONGO, L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146, *cit. nota 216 supra*, p. 490
[228] Cfr. S. LONGO, L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146, *cit. nota 216 supra*, p. 497

A divergência doutrinária suscitada por Gaio se revelaria somente na hipótese de os gladiadores morrerem ou se ferirem gravemente, porque faz surgir um negócio mais próximo da *emptio venditio*. Porém, em relação aos gladiadores sobreviventes, não existe dúvida que seja uma *locatio conductio* (*merces-uti frui*)[229], porque o fragmento induz ao entendimento que esses gladiadores serão restituídos ao lanista ("*qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri*"). Nesse sentido, o problema vislumbrado em uma *locatio conductio* condicionada ao perecimento ou deterioração da *res* era justamente a impossibilidade de restituição dos gladiadores para o lanista, o que, de fato, desnaturaria o contrato locatício, uma vez que se traduziria, afinal, em uma transferência do *dominium* da *res* (gladiador) ao promotor do evento[230]. Neste ponto, diferentemente dos fragmentos *Ulp. 32 ad ed. D. 19, 5, 20* e *Gai. 3, 147*, o paradigma dominte no caso da *traditio gladiatorum*, como afirma A. GUARINO, é mesmo a *locatio conductio*.

No nosso entendimento, o fragmento *Gai. 3, 146* (i) apresenta um caso bastante semelhante com aquele trazido pelo fragmento *Ulp. 32 ad ed. D. 19, 5, 20, 1* (ii). Vejamos: em ambos os casos existe uma controvérsia sobre a tipicidade contratual em negócio submetido a condição, que pode ser suspensiva ou resolutiva; no caso (i), o perecimento da *res* é a própria condição que ensejará o perfeccionamento do contrato, enquanto no caso (ii), o perecimento é o mote da discussão, uma vez que se discute o pagamento do *pretium* ou da *merces*. À primeira vista, o caso (ii) versa sobre o paradigma dominante de uma *emptio venditio* condicionada, cuja peculiaridade é o pagamento de uma *merces* enquanto o comprador não se decide sobre o negócio; enquanto no caso (i) trata-se de uma *locatio conductio* condicionada, cuja peculiaridade é justamente o pagamento do *pretium* caso haja o perecimento da *res*.

A inversão do paradigma dominante nos exemplos é questão essencial. No caso (ii), o *synallagma* da *emptio venditio* (*pretium* – *res*) sob condição pode ser

---

[229] Cfr. S. LONGO, L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146, *cit. nota 216 supra*, p. 492

[230] Certamente que a *emptio venditio* de gladiadores é um assunto deveras polêmico, ainda mais se imaginarmos os casos em que homens livres poderiam se tornar combatentes das arenas romanas e, então, seria incompatível a venda de pessoas livres. Nesse caso, o juramento feito por eles era determinando para que houvesse essa possibilidade (cfr. O. DILIBERTO, *Ricerche sull'"auctoramentum" e sulla condizione giuridica degli auctorati*, *cit. nota 217 supra*, p. 1, n. 1; C. SANFILIPPO, *Gli 'auctorati', cit. nota 217 supra*, I, pp. 181 e ss.; A. GUARINO, *I gladiatores e l'"auctoramentum"*, in *Labeo 29* (1983), pp. 7 e ss.).

convertido mais facilmente no *synallagma* da *locatio conductio* (*merces – uti frui*) em função da *condictio*, porque ainda não houve a transferência do *dominium*. Assim, bastaria que houvesse a restituição da coisa e o pagamento da *merces* para que a condição produzisse efeito e o contrato de compra e venda fosse resolvido. Caso uma das partes descumprisse o pacto adjeto, caberia uma *praescriptis verbis* à outra parte. O inverso, porém, não é verdadeiro. Sendo o paradigma dominante a *locatio conductio*, o implemento de uma condição (para que haja uma compra e venda) será sempre resolutiva, porque haverá a transferência de propriedade que não é suportada pela locação. Entretanto, é muito difícil imaginar o objeto dessa *emptio venditio*, porque estaríamos reconhecendo a compra e venda de cadáveres ou de gladiadores inúteis.

Como o primeiro trecho do fragmento deixa claro, Gaio reconhece nessa situação a existência de uma *emptio venditio*, mas o fragmento, infelizmente, não esclarece definitivamente qual o objeto desse negócio[231], de modo que esse fragmento não pode, de forma alguma, ser reconhecido com regra geral para outros casos. Além disso, a ausência de menção à forma de tutela processual em cada caso nos impede de afirmar com grau de certeza o pensamento gaiano sobre o assunto. Entretanto, nos permitimos especular que na hipótese de sobrevivência ilesa do gladiador seria concedida a *actio locati*, para que o lanista obrigasse o promotor de eventos ao pagamento da *merces* e a restituição da *res*; bem como seria concedida a ele a *actio venditio*, para que obrigasse ao pagamento do *pretium*. Por outro lado, antes do resultado do combate, ficaria a dúvida se caberia apenas as ações locatícias ou se as partes poderiam se socorrer na *agere praescriptis verbis*, por exemplo no caso de *fuga servorum* ou morte acidental do gladiador. A única situação que parece termos maior grau de certeza é a aplicação da *agere praescriptis verbis* em razão do descumprimento contratual que ferisse a boa-fé, de acordo com o fragmento *D. 19, 5, 20, 1*.

[231] Não nos parece convincente que o objeto dessa compra e venda fosse o "sacrífício" (cfr. S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146*, *cit. nota 216 supra*, p. 505)

2.1.2.2. A *merces* como parte do *pretium*: disputa entre Labeão e Javoleno

Iavolenus 5 ex post. lab. Dig. 18.1.79. *Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. labeo et trebatius negant posse ex vendito agi, ut id quod convenerit fiat. ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat: eoque iure utimur.*

Iav. 5 ex post. Lab. D. 18, 1, 79. Tu vendeste metade de um fundo rústico com cláusula que o comprador alugasse a outra parte, que tu conservaste [consigo], por dez anos e por certa quantidade de dinheiro anualmente. Labeão e Trebácio negam que pode agir com a ação *ex vendito*, para que isto que foi acordado seja feito. Eu julgo contrariamente, mesmo que tu vendeste um fundo rústico mais barato a fim de que fosse realizada uma *conductio* contigo. De fato, isto parece ser o mesmo preço do fundo rústico, que teria sido feito com o pacto para vender. Utilizamos deste direito.

Neste fragmento[232], alguém vendeu a metade de um fundo rústico com uma cláusula que obrigava o comprador a alugar a outra metade do imóvel por dez anos e ficasse obrigado a pagar certa quantia anualmente. Labeão e Trebácio negam que fosse concedida uma *actio ex vendito* para obrigar o cumprimento do acordado. Contrariamente decidiu Javoleno.

O trecho "*si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur*" é bastante esclarecedor. Ele demonstra que Javoleno está ciente de eventual argumento fundado no valor pago como *pretium* em relação àquele pago anualmente, se o valor da quantia paga anualmente pelo período de dez anos fosse superior ao valor do *pretium*. Assim, ele reconhece que a cobrança do *pretium* abaixo do esperado por metade do imóvel não é suficiente para desconstruir a ideia de um único contrato: *emptio venditio*. Javoleno considera todo o valor pago como *pretium* de uma única *emptio venditio*, enquanto Labeão e Trebácio julgam existir uma *emptio venditio* e uma *locatio conductio*.

[232] Sobre a autenticidade do texto, vale a pena ressaltar que R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, p. 143; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *cit. nota 12 supra*, p. 196 defendem que a expressão final "*eoque iure utimur*" seja resultado de uma intervenção textual justinianéia; na continuação de sua crítica, R. SANTORO defende que "*si modo praestaretur*" fosse interpolada.

É bastante acolhida a tese que esse fragmento reflita uma disputa entre as escolas Sabiniana e Proculiana[233] no que diz respeito ao conteúdo da *emptio venditio*. Em face da tendência sabianiana de alargar os limites da noção contratual, Javoleno encontra dificuldade em entender o acordo na concorrência da figura da *emptio venditio* e da *locatio conductio*[234] como fora feito pelos juristas precedentes, de forma que ele prefere "alargar" eventual ideia de compra e venda para que ela absorva também a relação locatícia[235]. Essa interpretação se coaduna com outra passagem também atribuída a Javoleno (D. 19, 2, 21), que se trata de caso parecido. Por outro lado, Labeão e Trebácio negam a qualificação do negócio nos termos exclusivos da *emptio venditio*, porque exergariam os dois contratos de modo distinto.

Infelizmente, mais uma vez, faltam elementos para que não reste dúvida sobre os dois pontos de vista, porque o fato de Labeão e Trebácio não concederem uma *actio ex vendito* para aquilo que foi feito pelas partes ("*id quod convenerit*") não significa que concederiam uma *actio ex locato* ou uma *agere praescriptis verbis*. Isso porque não se sabe se a discussão está restrita à metade do fundo que não foi vendido ou se a todo o negócio. Mas, por tudo que se viu até agora, é difícil imaginar que Labeão não conferisse a aplicação da *agere praescriptis verbis* ao caso apresentado[236].

---

[233] Cfr. R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 143 e n. 20 (cita outros autores); recentemente, L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra,* p. 119.

[234] *Iavolenus 11 epist. Dig. 19.2.21. Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.* [= (Iav. 11 epist. D. 19, 2, 21. Quando vendi meu fundo rústico, contratou-se que até o momento em que todo o dinheiro fosse quitado, o comprador teria o fundo rústico em locação por certo aluguel. Pago o dinheiro [do preço], [o emptor] deveria ser dispensado [de pagar] o aluguel estimado? Respondeu-se que a boa-fé exige que seja adimplido aquilo que se acorda, mas ele [o emptor] não deve prestar ao vendedor [nada] mais do que [deve] em razão do período de tempo em que o dinheiro [do preço] não fosse [pago]).

[235] Cfr. R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, p. 144; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *cit. nota 12 supra*, p. 197; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, *cit. nota 63 supra*, pp. 41 e ss.; L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra,* p. 119.

[236] Nesse sentido, também, R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 145 e ss.; L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra,* pp. 122 e ss.

2.1.3. *Locatio aut aliud genus contractus*: o pensamento labeoniano no fragmento D. 18, 1, 80, 3

Sem dúvida, o fragmento mais obscuro sobre o pensamento labeoniano em relação às "convenções atípicas" que envolvam os casos de *locatio conductio* é o fragmento *Labeo 5 post. a iav. epit. Dig. 18.1.80.3*.

Labeo 5 post. a iav. epit. Dig. 18.1.80.3*. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*	**Lab. 5 post. a lav. epit. D. 18, 1, 80, 3.** Não se considera que alguém tenha vendido aquela coisa, de cuja propriedade se conclui que não transfira ao comprador, mas isto é ou uma *locatio* ou um outro gênero de contrato.

Neste fragmento[237], Labeão não ilustra bem o caso concreto, o que dificulta maiores análises sobre a questão. Ele afirma somente que não existe compra e venda se não houver transferência de propriedade. Entretanto, ele diz que é possível haver um contrato de locação ou outro gênero de contrato.

O uso da expressão "*aliud genus contractus*" gera enorme debate doutrinário, porque faria alusão ao regime das "*nova negotia*"[238] ou faria menção a outros contratos típicos (*societas*, *comodatum*, por exemplo). O núcleo central da expressão é "*genus*". O emprego do termo por Labeão aparece apenas em dois outros fragmentos (*Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 1, 1, "...inter genus et speciem..."*; *Ulp. 43 ad ed. D. 50, 16, 194, "...inter genus et speciem..."*), os quais não trazem grandes resultados à análise, porque em D. 13, 6, 1, 1 (Ulp. 28 ad ed.) o termo é empregado para indicar uma relação que englobaria outra por definição, na qual uma seria espécie e a outra, gênero; da mesma forma, em D. 50, 16, 194 (Ulp. 43 ad ed.), Labeão usa a expressão para diferenciar *"donum,-i*" [239] de "*munus,-eris*"[240], aonde

---

[237] Críticas sobre a autenticidade do texto: R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 70 e ss., também nas pp. 115 e ss., aonde o autor defende que o texto possa constituir uma citação de Labeão feita por Javoleno e que o discurso foi traduzido de forma direta somente na versão pós-clássica do epítome dos *Posteriores*. Sobre os comentários de Javoleno sobre o texto, S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, in *BIDR 49-50* (1947), p. 315m n. 122.

[238] Cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contrato*, *cit. nota 12 supra*, p. 174 e ss.; R. SANTORO, Il contratto secondo Labeone, *cit. nota 12 supra*, pp. 116 e ss.

[239] Cujo significado seria (a) dom, presente (Ov. Her. 7, 192); (b) oferta feita aos deuses (T. Lív. 5, 23, 8) (Cfr. E. FARIA et al., *Dicionário escolar latino-português*, *cit. nota 196 supra*, p. 327).

[240] Cujo significado seria: I – sentido próprio: (a) cargo, função, ofício público, ocupação (Cíc. Fin. 1, 6); sentido mais frequente: (b) presente (que se dá), brinde (Cíc. Verr. 4, 62); II – sentidos diversos:

"*donum*" é gênero e "*munus*" é espécie. Se fôssemos considerar o uso do significado de "*genus*" nessa expressão como nos outros fragmentos, o mais conservador seria afirmar que Labeão esteja se referindo a outro gênero de contrato, isto é, um gênero de contrato cuja *locatio conductio* (contrato consensual) não esteja subordinada como espécie (por exemplo, os contratos reais)[241]. Entrentato, o termo parece ganhar significado próprio dentro da expressão ao mediar as outras duas palavras, sendo concebido em sentido totalmente independente daqueles outros usados por Labeão em outras circunstâncias. Por isso, a investigação filológica é insuficiente para respondermos com firmeza o embate doutrinário. Por causa das incertezas sobre o sentido da expressão, nos sentimos a vontade para seguir a *communis opinio*, que interpreta o termo *contractus* como o sentido genérico de *negotium*[242], garantindo à expressão "*aliud genus contractus*" um caráter generalizante (em relação aos termos "*genus*" e "*contractus*"), isto é, não faz referência às convenções atípicas como categoria contratual, mas a outros contratos típicos.

Por causa disso, a doutrina criou uma alternativa para a interpretação do excerto labeoniano. O enfoque principal do fragmento seria a impossibilidade de venda de alguma coisa, a qual pode, em vez disso, seria objeto de um contrato de locação (ou outro gênero de contrato). Ademais, o trecho inicial ("*nemo potest videri*") chamaria a atenção para a possibilidade de se tratar de uma resposta à um caso concreto, do qual não se tem completo conhecimento[243], mas que certamente

---

(c) graça, obséquio, favor, benefício (Cíc. Arch. 18); (d) exéquias, funeral, deveres (para com o morto) (Verg. Em. 11, 25); (e) espetáculo público, sobretudo combate de gladiadores (oferevido ao povo por um magistrado) (Cíc. Q. Fr. 3, 8, 6); (Cíc. Off. 2, 55); (f) obrigação, serviço, tarefa (T. Lív. 25, 7, 4) (Cfr. E. FARIA et al., *Dicionário escolar latino-português*, *cit. nota 196 supra*, p. 627)

[241] Cfr. M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'ideia di contratto nel pensiero giuridico romano*, *cit. nota 68 supra*, pp. 42 e ss.

[242] A interpretação de "*contractus*" como "*negotium*" foi inicialmente proposta por S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, in *Scritti giuridici*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 341 e ss.; seguida, exemplificativamente, por V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, cit. nota 136 supra*, pp. 296 e ss.; E. BETTI, *Sul valore dogmático della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, *cit. nota 139 supra*, pp. 3 e ss.

[243] Em busca de pistas que garantam maior grau de certeza à interpretação do fragmento, nos voltamos à análise do *principium*, o qual sugere haver uma ocupação à título perpétuo ("*non quae in perpetuo sata sunt excipi viderentur*"), de modo a aproximar à resposta de Labeão ao caso apresentado em *Gai. 3, 145* e *Inst. 3, 24* (cfr. Segundo M. TALAMANCA, *s. v. Vendita (diritto romano)*, in *ED 45* (1993), p. 314, n. 109). Por outro lado, F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contrato*, *cit. nota 12 supra*, p. 175, especialmente n. 30 defende que a leitura deva ser feita considerando o fragmento precedente (D. 18, 1, 80, 2). Assim, o objeto do contrato seria a "*silva caedua in quinquennium*", em que "*silva caedua*" não seria propriamente a madeira cortada, mas seu significado se confundiria com a utilidade do próprio fundo rústico. Consequentemente, F. GALLO conclui que para Labeão não poderia haver a venda do fundo rústico se não houvesse a

coloca dúvida se o negócio entre as partes é uma compra e venda ou uma locação, possibilitando, ainda, que seja outro tipo contratual.

Por ora, nos limitamos a afirmar que o fragmento é importante, porque reforça a ideia que desde Labeão existe uma preocupação em distinguir a compra e venda da locação, mas o texto não deixa claro qual o fundamento do problema, nem porque existiria uma locação ou "*aliud genus contractus*", por isso fica prejudicada uma observação mais apurada sobre a transferência de propriedade. Outra conclusão limitada pela escassez de fontes primárias diz respeito ao sentido da expressão "*aliud genus contractus*". Por ter sido usada por Labeão isoladamente, não existe certeza se ela se refere a outros contratos típicos ou a convenções atípicas. Mas, aparentemente Labeão desconhecia os contratos atípicos como categoria contratual e, por isso, finalizamos a análise sobre esse fragmento acreditando que seja mais plausível interpretar a expressão "*aliud genus contractus*" como sendo outro contrato típico, apesar de outras possibilidades existirem.

2.2. **A CONVENÇÃO ATÍPICA EM ULPIANO NOS CASOS ENVOLVENDO A *LOCATIO CONDUCTIO***

Outro autor frequentemente citado nas fontes primárias sobre as convenções atípicas é Ulpiano. Sabemos que foi Ulpiano quem preservou em suas soluções o conceito labeoniano (*Ulp. 11 ad ed. Dig. 50, 16, 19*) e aristoniano (*Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7, 2*) de contrato, revelando sua preocupação em relação ao assunto. Por isso, também é bastante comum a citação desses autores nos textos atribuídos a Ulpiano. Consequentemente, para estabelecer uma apresentação

---

transferência de propriedade e, então, haveria uma locação, cujo objeto era o corte da madeira e permitiria a fruição sem transferência de propriedade. Primando por sua tese sobre a transferência de *dominium* no contrato de locação durante a jurisprudência tardo-republicana (remetemos ao debate do capítulo 3), R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, *passim* sugere que Labeão visse como aceitável a transferência de *dominium* como parte ao contrato de locação, assim, sua interpretação seria que não haveria compra e venda porque não há transferência de *dominium*, mas poderia haver locação, porque nada impede a transferência de *dominium*. Nos parece pouco plausível a hipótese suscitada por R. FIORI, uma vez que o caso do fragmento não mantém relação lógica com o debate do "*rerum locatarum duo genera esse*" – que lhe permitiu afirmar a posição muciana (D. 34, 2, 34pr), de modo que todos os argumentos por ele construídos não merecem ser utilizados sem uma nova construção teórica. Além disso, a menção à expressão "*aliud genus contractus*" coloca outra variável ao problema, de modo que, justamente a transferência do *dominium* possa ser o imperativo para o surgimento de um novo negócio.

didadicamente mais coerente começaremos com os textos em que Ulpiano cita diretamente Labeão como fundamento para resolver os casos atípicos. Contudo, essa escolha elenca os fragmentos de forma a encobrir outro dado interessante sobre o pensamento ulpianiano: por influência do pensamento consagrado na definição atribuída a Labeão, ele despende grande esforço para diferenciar a *locatio conductio* de outros tipos contratuais (*commodatum*, *depositum*, *mandatum* e *societas*), atribuindo grande valor ao conteúdo jurídico da *merces* nesse sentido; ademais, é perceptível a sua predileção pelo uso das tutelas atípicas nos casos de conflito sobre o tipo contratual mais adequado ao modelo negocial, expandindo sua utilização além da prática vista em Labeão; por fim, nota-se haver o reconhecimento de uma convenção (processual e materialmente) atípica poucos casos envolvendo a *locatio conductio* (*Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17, 3*, *Inst. 3, 24, 2* e Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 9), aonde Ulpiano explora a ideia de "*causa*" aristoniana para, de fato, superar a regra do *Typenzwang*.

2.2.1. ***Locatio condutio* e *commodatum*: um problema discutido desde os *veteres***

Ulpiano afirma que os limites entre os quais a *actio commodati* poderia ser concedida é uma questão discutida já pelos *veteres*[244], segundo tal afirmação, não é somente em relação a *locatio conductio* que ela é discutida, mas frente a outros tipos contratuais. Entretanto, concentraremos nossos esforços apenas nos exemplos referentes à locação.

Ulpianus 28 ad ed. Dig. 13.6.5.12. *Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. plane si ego pro te rem pignori dedero tua*

Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 5, 12. Eu dei a ti uma coisa para que tu desses em penhor ao teu credor. Tu [a] deu. Tu não resgatas a tua promessa para que tu restituas a mim. Labeão diz que, neste caso, cabe uma ação de comodato, que eu julgo ser verdadeiro, exceto se se acordou uma *merces*. Então, com efeito,

[244] *Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 5, 11. Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum.* [= (Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 5, 11. Devemos examinar agora em quais casos a *actio commodati* será concedida. E os *veteres* tiveram dúvidas quanto aos casos.)].

voluntate, mandati erit actio. idem labeo recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. abesse autem culpa a me videtur, sive iam solvi pecuniam sive solvere sum paratus. sumptum plane litis ceteraque aequum est eum adgnoscere, qui commodatum accepit.

é cabível uma ação *in factum* ou uma ação *ex locato conducto*. Claramente, se eu darei para ti uma coisa em penhor com tua vontade, existirá ação de mandato. O mesmo Labeão diz corretamente que, se a culpa se distancia de mim em resgatar a promessa, porque o credor não quis restituir o penhor, cabe a ti, por isso, ao menos, uma ação de comodato, que eu forneço as ações a ti contra ele. É afastada também a culpa de mim, se já paguei o dinheiro ou se estou preparado a pagar. Claramente, a despesa do litígio e quaisquer outras [despesas] são consideradas como daquele que aceitou o comodato.

Apenas a primeira parte do fragmento nos importa, aonde Ulpiano comenta uma opinião de Labeão sobre o seguinte caso: eu dei a ti uma coisa a fim de que tu entregasses a coisa em penhor ao seu credor, já que tu não resgataste a coisa para restituí-la (a mim), se discute sobre a ação que seria concedida a mim. Segundo Labeão, caberia uma *actio commodati*; Ulpiano intervém e diz que essa resposta seria correta, exceto se fosse acordado que "tu" deverias uma *merces*, caso em que seria concedido a mim agir *ex locato conducto* ou mediante uma *actio in factum*. A primeira parte do fragmento é interessante, porque marca a influência labeoniana no pensamento de Ulpiano, uma vez que o jurista severiano preocupa-se em detalhar o pensamento labeoniano e na medida em que o faz ele inclui suas opiniões sobre o assunto.

Se não fosse a menção à *actio in factum*[245], a primeira parte não traria maiores problemas, pois se resumiria a um debate superficial entre onerosidade

[245] F. PASTORI, *Il comodato in diritto romano*, 3ª ed., Milano, Cisalpino, 1995, p. 123, n. 17 sustenta que a expressão "*vel in factum vel*" seja interpolada. Incluindo essa expressão, também se considera interpolada toda a parte sobre a *locatio conductio*, porque a presença da *merces* justificaria a *actio ex locato*, mas não a *ex conducto*, bem como parece inexplicável a concessão da *actio in factum* (J.-H. MICHEL, La g*ratuité en droit romain*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1962, p. 100). Entretanto, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, p. 277, n. 61 defende a autenticidade do texto. Segundo ele, utilizando a paligenesia de Lenel (*Ulp. 28 ad ed. fr. 803 e 804 LENEL*) é possível constatar a concessão de uma *actio commodati* quando fosse dada uma *habitatio gratuita*, mas que seria mais seguro agir *praescriptis verbis* (*Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17pr. Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere.* [= (Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17pr. Se darei a ti uma habitação gratuita, então

(*mercedem praestare*) e gratuidade (*custodire*) – em relação a um dever de restituir a coisa – em vista da existência de uma *merces*.

Aparentemente, para solucionar sobre qual a natureza jurídica da *fattispecie* proposta Ulpiano bastaria verificar a existência de uma *merces*, seguindo, assim, o pensamento labeoniano de contrato. Havendo uma *merces*, seria uma *locatio conductio*; não havendo, um *commodatum*. Então, qual teria sido o motivo para que fosse concedida uma *actio in factum*[246]? Acreditamos que o motivo seja a falta de restituição da coisa (*non reddere*)[247].

Fosse por meio de uma *actio commodati* ou de uma *actio locati*, a pretensão do autor em juízo se limitaria à restituição da coisa dada. Entretanto, Ulpiano pensou numa hipótese em que o "comodante-locador" entrega uma *res* para que o "comodatário-locatário" satisfaça, sabidamente, sua obrigação frente a um "terceiro-credor". Isto é, "comodante-locador" está consciente do risco assumido ao entregar a coisa. Nesse caso, Ulpiano concede a *actio in factum* para que o "comodante-locador" possa exigir o valor correspondente, caso se soubesse previamente que não seria possível restituí-la, uma vez que ela pressupõe o *non reddere*. Cabe ressaltar que essa solução poderia ser dada se houvesse ou não uma *merces*, porque a *actio in factum* é usada por falta de restituição da *res* (*non reddere*), cabendo, portanto, nos casos de locação e comodato[248].

No fragmento a seguir, essa promiscuidade entre a *agere praescriptis verbis* e a *actio in factum*, nos moldes propostos por Ulpiano, voltam a aparecer em outra disputa sobre o tipo contratual.

---

poderei agir [contra ti] com uma ação de comodato? E Viviano diz que se pode, mas é mais seguro agir com a [ação] *praescriptis verbis*))].

[246] De acordo com M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, *cit. nota 135 supra,* p. 190, a *actio in factum* tem significado de *agere praescriptis verbis*, porque serviria para evitar incertezas na qualificação do negócio ("..., *Unsicherheiten bei der Qualifikation des tatsächlich abgeschlossenen Geschäfts zu vermeiden*"). Entretanto, não nos parece haver qualquer obstáculo para que Ulpiano tipifique esse negócio jurídico como *locatio conductio* ou *commodatum*. Ao nosso ver, Ulpiano usa as ações como ambivalente, mas parece que nesse caso ele simplesmente se apropria da expressão mais usada nos casos em que não havia restituição da coisa no comodato e amplia essa regra para a *locatio conductio*.

[247] Cfr. R. L. V. SAMPAIO, *Da responsabilidade objetiva do comodatário no direito romano*, in *RFD 104* (2009), pp. 780 e ss.

[248] Sobre a concessão da *actio in factum* nos casos de comodato sem restituição da coisa indicamos R. L. V. SAMPAIO, *Da responsabilidade objetiva do comodatário no direito romano*, *cit. nota 27 supra*, p. 785.

2.2.2. (Continuação) *Locatio conductio* e *commodatum*: *o* caso dos bois dados para fruição recíproca *ut opus faceret*

Outro texto de Ulpiano que relaciona a *locatio conductio* e o *commodatum* se refere ao caso dos bois dados para a fruição recíproca das partes.

Ulp. 28 ad ed. D. 19.5.17.3. *Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.*

Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17, 3. Se, visto que [eu] tivesse somente um boi e [meu] vizinho [tivesse] somente um [boi], nos agradasse que eu a ele e ele a mim, cada um por dez dias, déssemos o boi, para que [ele] realizasse [um] trabalho, e dentre um dos dois [um] boi tenha morrido, não cabe ao *commodati* [uma] ação, porque [o boi] não foi dado gratuitamente para o uso, mas na verdade existe [uma] *praescriptis verbis agendum*.

Inst. 3, 24. *Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.*

Inst. 3, 24. [2]. Além disso, assim como se discutia vulgarmente se a compra e venda se contrai com a permuta de coisas, assim também se costumava indagar a respeito da *locatio et conductio*, no caso de alguém te dar uma coisa para a usares e fruíres e, por seu turno, receber de ti outra coisa também a usar e fruir. E, assentou-se que não há *locatio et conductio*, mas um contrato de gênero próprio, por exemplo, se alguém tivesse um boi e o seu vizinho, outro, e conviessem entre si comodarem-nos mutuamente de dez em dez dias para trabalharem; e o boi de um morresse em poder do outro, não há lugar para a ação *ex locato* ou *conducto*, nem de comodato, por não ter sido gratuito o comodato; mas se deve pela ação *praescriptis verbis*.

Os fragmentos *Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17, 3* e *Inst. 3, 24, 2* tratam do mesmo assunto: a fruição recíproca de coisa dada para que se realize um serviço.

Em ambos os excertos é dito que o proprietário de um boi entrega a outrem seu boi para que ele preste um serviço a contraparte e, em contrapartida, recebe da contraparte outro boi para que ele possa realizar outro serviço. Tem-se, então, uma troca de coisas da mesma espécie entre duas partes distintas. Em seguida, um dos bois perece (por motivos não revelados).

No fragmento *Ulp. 28 ad ed. D. 19, 5, 17, 3* a questão é resumida, limitando-se a dizer que não caberia uma ação de comodato, porque o acordo não seria à título gratuito e, portanto, seria permitido agir *praescriptis verbis*. Contudo, o texto trazido no fragmento das Institutas de Justiniano é muito mais completo e, ainda, preserva o conteúdo da solução dada por Ulpiano. Por isso, a partir de agora analisaremos somente o texto contido em *Inst. 3, 24, 2*.

Antes de chegar a conclusão dada no texto de Ulpiano, o fragmento justinianeu faz uma pequena digressão, tentando explicar os motivos da decisão. Inicialmente, é apresentado uma discussão doutrinária se seria possível existir prestações de fruição recíprocas nos contratos consensuais (*emptio venditio* e *locatio conductio*). Decidiu-se, então, que tratar-se-ia de um contrato de gênero próprio ("*proprium genus esse contractus*"), isto é, uma convenção atípica. Dessa forma, não caberia nem uma *actio locati* ou *conducti*, nem tampouco uma *actio commodati*, porque para os casos de convenções atípicas onerosas é concedido agir com uma *praescriptis verbis*.

Um fato que torna estimulante o debate suscitado por este fragmento é que ele desconsidera, inclusive, o comodato como a fonte da obrigação. De acordo com o caso apresentado, poder-se-ia, sem maiores complicações, justificar a existência de dois contratos de comodato distintos entre si[249], de modo que a solução caminharia para a concessão da *actio commodati* para o proprietário do boi que houvesse perecido durante a vigência do acordo. Entretanto, a resposta dada no fragmento se afasta dessa solução na medida em que afirma que o

[249] Essa interpretação é feita por M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, *cit. nota 135 supra,* p. 203: "*Das Geschäft lässt sich als Verknüpfung aus zwei Leihverträgen auffassen*" [= ("o negócio pode ser visto como uma combinação de dois contratos de empréstimo")]. O autor alemão fundamenta sua hipótese no fragmento *Paul. 5 quaest. D. 19, 5, 5, 4*, aonde também se discute um caso envolvendo dois contratos de mandato que são resolvidos por uma *actio praescriptis verbis*. Contudo, afastamos essa hipótese, porque não existe indícios suficientes para afirmar que Paulo e Ulpiano compartilhavam a mesma ideia sobre a concessão dessa tutela.

contrato não fora gratuito ("*quia non fuit gratuitum commodatum*"). Essa afirmação encerra a hipótese de haver dois contratos de comodato.

À primeira vista, a gratuidade é o elemento que diferenciaria o caso proposto de um possível enquadramento da situação em um contrato de comodato. A contrário senso, se o contrato não é gratuito, ele deve ser oneroso. Vê-se, então, o porquê se discutiu previamente sobre os contratos consensuais de compra e venda e locação como forma de tutelar o interesse das partes, bem como também se afirmou que o caso não se enquadraria em nenhum desses tipos contratuais[250]. Isso faz com que o excerto de Ulpiano se aproxime da ideia de contrato proposta por Aristão. Ademais, esse fragmento reforçaria a tese sustentada por J. PARICIO de que as convenções atípicas aristonianas só poderiam existir em contratos onerosos[251].

A expressão "*quia non fuit gratuitum*" é o salto lógico (necessário) que Ulpiano dá para usar o conceito de contrato aristoniano, porque o jurista severiano entende que o proveito oneroso recíproco entre as partes seja o fundamento econômico que faz nascer a "*causa*" aristoniana, sendo a "*res*" o próprio modelo negocial atípico. Em complementação, é curioso notar que ao considerar ambas as partes credoras e devedoras de obrigações idênticas, Ulpiano deliberadamente se esquiva do conceito labeoniano, porque a figura negocial deixa de corresponder a qualquer figura típica: a *locatio conductio* e a *emptio venditio* (onerosas), porque desconfigura os pressupostos definidores da *merces* ou do *pretium*; o *commodatum* (gratuito), porque considera outra natureza contratual (bilateral perfeito).

Outro ponto importante diz respeito à tentativa de aproximar essa convenção atípica de outros contratos típicos ("*an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione")*. Esse esforço não nos parece que é somente para justificar a concessão da tutela processual, já que a *actio praescriptis verbis* não dependia de qualquer correspondência com outra ação típica para que fosse concedida. Nesse caso, os contratos típicos (*emptio venditio, locatio conductio e comodato*) são mencionados, porque a regra do *Typenzwang* ainda era essencial para a ideia processual romano, assim, busca-

---

[250] Hipótese bastante aceita na *communis opinio* é que o *pretium* e a *merces* só poderiam ser adimplidas em *pecunia numerata* (cfr. C. LONGO, *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio-conductio'*, *cit. nota 123 supra*, pp. 105 e ss.)

[251] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 99

se a todo momento justificar a concessão subsidiária da *actio praescriptis verbis* ao se constatar a natureza onerosa da prestação ("*do ut des, ut opera faceret"*). Esse caminho lógico parece recorrer ao conceito de contrato aristoniano, o qual pressupõe uma "*causa*"[252] e um "*synallagma*", aonde a prestação recíproca e onerosa de uma relação negocial ainda desprovida de tutela oficial só poderia ser tutelada caso lhe fosse conferido *"status*" de contrato, que, estando desprovido de uma tutela típica, deveria se socorrer também em uma tutela atípica.

Ainda sobre a discussão das conveções atípicas, o caso dos bois dados para fruição recíproca é um exemplo bastante interessante, porque a tutela processual é conferida mesmo após o adimplemento das prestações por ambas as partes ("*et apud alterum bos periit*"). Isso rompe com a ideia propagada pela doutrina que a *agere praescriptis verbis* seria concedida, exclusivamente, para obrigar o cumprimento do *facere* ou para restituir a *datio*[253], porque nesse caso ela é concedida para perseguir outro interesse (reparação do dano). Ou ao menos assim teria sido assim para Ulpiano. Nesse ponto, a *agere praescriptis verbis* é usada no mesmo sentido do caso anterior *Ulp. 28 ad ed. D. 13, 6, 5, 12*, uma vez que a tutela atípica é concedida por sua capacidade de perseguir o melhor interesse para as partes em juízo, no caso o ressarcimento do dano. Contudo, neste caso existe, de fato, uma convenção atípica.

Por outro lado, a omissão que há sobre a causa do perecimento da coisa ("*apud alterum bos periit*") nos impede de tecer maiores elocubrações sobre os limites da responsabilidade civil adotada no caso proposto, mas imaginamos que exista um dever de guarda bastante elevado durante a fruição da coisa, que excede, inclusive, a responsabilidade esperada no contrato de compra e venda ou de locação[254]. A forma como o texto trata o perecimento da coisa difere bastante

---

[252] Cfr. T. DALLA MASSARA, *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.2* (Ulp. 4 ad ed.), *cit. nota 145 supra,* pp. 333 e ss.

[253] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, pp. 103 e ss.

[254] No silêncio da fonte primária, nos resta especular que haveria para as partes a obrigação de custodiar a coisa (*custodia praestarem*), de modo que fosse subentendido para os romanos uma responsabilidade que englobasse culpa, dolo e caso fortuito (cfr. sentido atribuído ao termo "custodiar" nas fontes romanas por F. PASTORI, *Il comodato in diritto romano*, *cit. nota 245 supra*, pp. 18 e ss.; mesmo entendimento de R. L. V. SAMPAIO, *Da responsabilidade objetiva do comodatário no direito romano*, *cit. nota 247 supra*, pp. 790 e ss.; Id., *Da responsabilidade do comodatário pelo caso fortuito ou de força maior. Acerca do princípio do sacrifício da coisa própria*, in *RFD 103* (2008), *passim*; P. J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, pp. 60 e ss.).

de outros casos. Por isso, não seria impróprio reconhecer neste caso a mesma regra sustentada por Ulpiano em *Ulp. 29 ad Sab. D. 50, 17, 23*[255]. Ou seja, trata-se de hipótese de perecimento da coisa por culpa ou dolo, excluído, portanto, os casos de força maior.

Nos distanciando do texto latino, poderíamos imaginar que Ulpiano tenha preferido o uso de uma *actio praescriptis verbis* a fim de evitar uma *actio de dolo* (fosse pelo caráter subsidiário da medida, fosse pelo resultado indesejado para a parte devedora). Se essa hipótese se mostrasse verdadeira, poderíamos imaginar que Ulpiano enquadrou o caso dos bois dados em fruição recíproca como uma convenção atípica justamente pensando em agravar a responsabilidade de uma das partes e, portanto, estaríamos diante de um caso de "culpa", que não teria proteção caso fosse concedida qualquer ação típica.

2.2.3. ***Locatio conductio* e *societas*: uma provável disputa jurisprudencial**

O fragmento *Ulp. 32 ad ed. D. 10, 3, 23*, **3**é mais um texto em que a *locatio conductio* é discutida em relação a outro contrato consensual, no caso a *societas*. Da mesma forma que os outros fragmentos agrupados nesse capítulo, se discute a *locatio conductio* a partir de uma questão processual. Contudo, esse fragmento se destaca dos demais, porque revela uma provável disputa jurisprudencial entre Ulpiano e Africano. Comecemos pelo fragmento *D. 10, 3, 23*, aonde Ulpiano passa expõe o seguinte:

Ulpianus 32 ad ed. Dig. 10.3.23. *Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio an vero communi dividundo. eadem quaestio est et si socius, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, pecus immisit et*	**Ulp. 32 ad ed. D. 10, 3, 23.** Se se acordou entre tu e teu sócio, que vós percebais o fruto por anos alternados, e não é permitido por teu sócio que tu percebesses o fruto no teu ano, deve ser examinado se existe *actio ex conducto* ou, na verdade, uma ação *communi dividundo*. É a mesma questão quando o sócio, que tenha

[255] *Ulp. 29 ad Sab., D. 50.17.23. Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et praecarium. Dolum et culpam, madatum, commodatum, venditam, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam.* [= (Ulp. 29 ad Sab., D. 50, 17, 23. Alguns contratos exigem responsabilidade até o limite do dolo, outros, dolo e culpa. Somente por dolo, o depósito e o precário. Por dolo e culpa, o mandato, o comodato, a venda, o penhor, a locação, assim como a dação de dote, a tutela e a gestão de negócios, para os quais se exige também a diligência.)].

effecit, ut futuri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumperentur. et puto magis communi dividundo iudicium quam ex conducto locum habere (quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?) aut certe actionem incerti civilem reddendam.	acordado que fruiria por anos alternados, soltou o gado e [o] fez para que os frutos do ano seguinte, aqueles que são necessários ao sócio perceber, fossem deteriorados. E, julgo que é melhor conceder a ação *communi dividundo* que a [ação] *ex conductum* (isto, de fato, é uma locação, quando não sobreveio uma *merces*?) ou, pelo menos, oferecer uma ação *incerti civilem*.

Neste fragmento[256], dois sócios ("*si convenerit inter te et socium tuum*") acordam que cada um deles perceberá os frutos (de um fundo rústico?) em anos alternados. Em seguida, um dos sócios destrói os frutos que poderiam ser recolhidos pelo outro sócio no ano seguinte. À vista dessa questão se discute se é preferível conceder ao sócio prejudicado uma *actio locati* ou um *iudicium communi dividundo*. Estabelecido o *ius controversum*, Ulpiano emite sua opinião, segundo a qual não seria possível conceder uma *actio locati*, porque não existiria nenhuma *merces*, pressuposto essencial da locação para ele, e consequentemente, afirma que deve ser concedido um *iudicium communi dividundo* ou uma *actio incerti civilis*.

A terminologia usada por Ulpiano faz crer que o jurista tenha tentado definir a *fattispecie* como um negócio típico tutelado pelo *ius civile*, uma vez que usa termos como "*socium*", "*locatio*", "*merces*" e "*iudicium incerti civilis*". Registra-se, pois, a preocupação de Ulpiano em garantir certa tipicidade contratual. Essa observação traz como consequência a predileção de Ulpiano em discutir o ressarcimento do sócio prejudicado com base no *ius civile*.

A discussão em torno da *locatio conductio* só existe em razão do acordo sobre a fruição dos frutos ("*fructum percipere*"), porque esse direito seria garantido obrigatoriamente pelo *synallagma* locatício (*merces – uti frui*). Entretanto, Ulpiano questiona se isso seria o suficiente para que existisse uma *locatio conductio*, uma vez que inexiste uma *merces* estabelecida entre as partes ("*quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?*"). Entendendo que não haveria formação do

[256] Havia suspeita de interpolação do trecho que menciona a *actio incerti civilis*, mas a doutrina moderna considera o texto genuíno (cfr. P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in *RISG 7* (1932), p. 43; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 237, n. 181).

synallagma locatício, o jurista é categórico ao afirmar que não se trata de uma *locatio conductio*.

A origem desse debate parece ter sido preservada em outro fragmento:

Africanus 8 quaest. Dig. 19.2.35.1. *Cum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium venient. deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? recte quidem notat, sed tamen etiam servi sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera perematur. quod ipsum simplicius ita quaeremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur.*

Afr. 8 quaest. D. 19, 2, 35, 1. Tivemos um fundo rústico em comum e acordou-se entre nós que por anos alternados [e] por um certo preço o alugássemos, tu, quando estava para terminar o teu ano, deterioraste deliberadamente o fruto do ano seguinte. Agirei contra ti por meio de duas ações, uma *ex conducto*, outra *ex locato*, [porque], de fato, o juízo da [ação] *ex locato* suportará minha própria parte, por outro lado, na ação *ex conducto* suportará unicamente a tua própria parte no juízo. Depois, então, anota-se: não é verdade que, pelo que dirá respeito à minha parte, tu estarás obrigado a responder a mim pelo dano por meio da [ação] *communi dividundo*? Na verdade, anota-se corretamente, mas, contudo, julgo que certamente o parecer de Sérvio seja verdadeiro, que, quando uma ou outra ação assegurasse a conservação da coisa, a outra seja extinta. Veremos [esta mesma disposição] simplesmente se se supõe que entre os dois, os quais tivessem cada qual fundos rústicos próprios, se tivesse acordado que tivessem um o do outro alugado, de modo que os frutos se compensassem em relação ao aluguel.

Nos fragmentos *Afr. 8 quaest. D. 19, 2, 33 e 35pr.-1*, Africano discute a aplicabilidade de uma *distinctio* serviana (em tema de locação de *insulae*)[257] na hipótese de locação de um fundo rústico. As que mais interessam estão contidas no framento D. 19, 2, 35, 1. Na primeira hipótese desse fragmento ("*cum fundum* –

[257] A distinção serviana se referia aos casos em que o *conductor* fosse impedido de exercer o *uti frui* por comportamente omissivo ou comissivo do *dominus* ou por culpa do *locator* (cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, p. 230-231).

perematur"), Africano faz alusão ao acordo entre co-proprietários de um fundo rústico, cujas prestações seriam a fruição por anos alternados para percepção dos frutos mediante pagamento de um *certum pretium* a outra parte. Caso uma das partes, propositalmente, impedisse a outra de perceber os frutos, Sérvio – dizia Africano – concederia duas ações: um *actio ex locato* para a parte cuja propriedade pertencesse ao autor e uma *actio ex conducto* para a porção restante. Em relação à parte cuja propriedade fosse do autor, Juliano[258] dizia que seria concedida também uma *actio communi dividundo*. Sobre a questão, Africano observa que ambas as afirmações são verdadeiras, porque se poderia agir tanto com as ações de locação quanto com a *actio communi dividundo*, mas a escolha de uma delas faria exaurir o direito de usar a outra[259]. Na segunda hipótese ("*quod ipsum – pensaretur*"), Africano considera a solução dada por seus antecessores para concluir que no caso no qual as partes, proprietárias de fundos rústicos vizinhos, acordassem na fruição recíproca dos respectivos fundos, os os frutos seriam comprensados como se fossem a *merces*.

Entre as duas hipóteses parece haver diferenças claras: (a) na primeira hipótese as partes são co-proprietárias do fundo rústico, enquando na segunda, elas são proprietárias de fundos diferentes; e (b) na primeira hipótese a quantia a ser paga a título de *merces* está definida em dinheiro (*certo pretio*), enquanto na segunda, as partes acordam a fruição recíproca como substituição ao pagamento da *merces* ("*ut fructus mercedis nomine pensaretur*")[260].

Sem dúvida alguma a solução de Africano é bem diferente daquela oferecida por Ulpiano. A segunda hipótese de Africano corresponde, para Ulpiano, ao caso dos bois dados em fruição recíproca (item 2.2.2), porque haveria uma identidade material (em ambos os casos as partes seriam proprietárias de *res* idêntica e a colocariam reciprocamente a disposição da outra para que houvesse

---

[258] A afirmação de Juliano não é contrária ao trecho anterior, na medida em sua opinião se restringe a parte em que o autor é proprietário, uma vez que não diz nada a respeito da *actio ex conducto* para a parte em que o proprietário seja a outra parte (cfr. J. A. C., THOMAS, *D. 19, 2, 35, 1*, in *BIDR 74* (1971), p. 86).

[259] A concorrência de ações locatícias e societárias também ocorre em *Paul. 22 ad ed. D. 4, 9, 6, 1*.

[260] Segundo R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 233-234, Africano teria ignorado o problema da natureza jurídica da *merces* entre os dois casos, porque essas eram *responsa* relativas a casos concretos, de maneira que o jurista não se preocupou em explicar todos os aspectos de cada *fattispecie*.

fruição de mandeira onerosa). Em ambos os casos tratar-se-ia de uma *res* e, por isso, os dois juristas discutem a questão sobre a perspectiva da *locatio conductio rei*. Dessa forma, parece bem claro haver uma disputa entre os jurisconsultos sobre a possibilidade de haver pagamento da *merces* de forma diferente de *pecunia numerata*. Essa disputa teria sido registrada, inclusive, em Inst. 3, 24, 2 ("*praeterea sicut vulgo quaerebatur*"). Então, será a partir da conclusão dessa questão que os juristas romanos decidirão sobre a aplicação ou não das regras da *locatio conductio*.

Como ponto de partida, resta claro no trecho final do fragmento *Afr. 8 quaest. D. 19, 2, 35, 1* ("*quod ipsum – pensaretur*"), que Africano entende que o escambo de "*res utendae fruendae*" seja compatível com o regime da *merces* e, portanto, concede ações locatícias para solucionar a questão. Por outro lado, Ulpiano discorda, porque entende que a *merces* só possa ser traduzida em *pecunia numerata*[261], por isso recorre ao conceito de contrato aristoniano (*causa* e *synallagma*), que permite a tutela de convenções atípicas, quando ele verifica o escambo de "*res utendae fruenda*". Por causa disso, Ulpiano nega a concessão de ações locatícias típicas, mas concede nos dois casos (*D. 10, 3, 23* e *D. 19, 5, 17, 3*) as ações atípicas, nesse caso uma *actio incerti civilis*.

Lembrando que Ulpiano conduz a solução do caso como se fosse uma *societas*, já que não considera a existência de uma *merces*. Caberia explicar o motivo que o levou a conceder uma *actio civilis* para resolver um conflito entre os sócios ao invés de uma *agere praescriptis verbis* – igual no caso dos bois.

Como fora observado anteriormente, a indicação de que a *fattispecie* proposta por Ulpiano seria fundada na tipicidade contratual do *ius civile*, já que foram pensados diversos *iudicia bonae fidei*[262], poderia indicar que a *actio incerti*

---

[261] Cfr M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, *cit. nota 135 supra,* p. 203: "*Das entspricht der von ihm [Ulpian] verfochtenen Ansicht, dass bei der 'locatio conductio' ner Geld als 'merces' in Betracht komme*" [= ("isso está de acordo com a opinião de Ulpiano, que defende que a '*locatio conductio*' tenha dinheiro como '*merces*')].

[262] A doutrina majoritária costuma confirmar a natureza de boa-fé da *actio communi dividundo* no período clássico (cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, *cit. nota 174 supra*, pp. 208 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in AA.VV., *Studi economici-giuridici*, v. 4, Cagliari, Università di Cagliari, 1912, pp. 133 e ss.). Em sentido contrário, M. KASER, *Römisches Privatrecht*, *cit. nota 43 supra*, p. 436 defende que ela seja uma "*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*"; também B. BIONDI, *Iudicia bona fidei*, in *AUPA 7* (1918), pp. 220 e ss.

civili ulpianeia tivesse uma *intentio incerta ex bona fide*. A *actio incerti civilis* foi introduzida por Aristão como uma ação civil para o adimplemento, concedida prioritariamente em relação à *actio in factum* e a *agere praescriptis verbis* labeoniana, em razão da necessidade de tutelar uma convenção atípica em que já tivesse sido cumprida uma prestação, quando fosse incerta qual a melhor ação civil para tutelá-la[263] (D. 2, 14, 7, 2; D. 19, 5, 16pr.; D. 19, 5, 8). E. BETTI[264], inclusive, defende existir identidade entre as duas ações desde a formação da *actio incerti civilis*, de modo que a expressão deveria ser interpretada como *agere praescriptis verbis*.

2.2.4. A *locatio conductio* e *depositum*: o caso do escravo e o *pistrinum*

As distinções entre *locatio conductio* e *depositum* seguem a mesma lógica usada em relação ao comodato, de maneira que a discriminação é feita com base na *merces*. Isso é diretamente verificável em dois fragmentos atribuídos a Ulpiano:

Ulpianus 30 ad ed. Dig. 16.3.1.8. *Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto.*	**Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 8.** Se roupas dadas ao dono do balneário para serem guardadas pereceram, se ele não recebeu *merces* pela guarda das roupas, ele responde pela ação de depósito e julgo que ele deve responder somente por dolo. Mas se ele recebeu [a *merces*], [responde pela ação] *ex conducto*.

Nesse primeiro fragmento a distinção fica bem clara, já que a lógica é a mesma utilizada para diferenciar a *locatio conductio* do *commodatum*. Se houver *merces* – entendida por Ulpiano como *pecunia numerata* – tratar-se-á de uma *locatio conductio*, não havendo, um *depositum*. A obrigação de custodiar a coisa influencia o grau de responsabilidade assumido pela parte, de modo que o depositário só responde por dolo ("*depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare*

[263] Cfr. L. ZHANG, *Contratti inonominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra,* p. 220
[264] Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, v. 1, Padova, CEDAM, 1942, p. 329

debere puto")[265], já no caso da *locatio conductio* (conforme fragmentos analisados anteriormente), a responsabilidade advém de culpa e dolo (pelo caráter comercial da relação).

Ulpianus 30 ad ed. Dig. 16.3.1.9. *Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est.*

Ulp. 30 ad ed. D. 16, 3, 1, 9. Se alguém jogou um escravo, que deve ser protegido, por ventura, em um *pistrinum* [lugar onde o trigo era triturado num almofariz por meio de um pilão], se, na verdade, existe entre [eles] uma *merces* em razão da custódia [do escravo], julgo que existe uma ação *ex conducto* contra o dono do moinho. Se, em verdade, eu aceitei uma *merces* em razão deste escravo que se aceitou no *pistrinum*, [o dono do moinho] pode agir contra mim com a [ação] *ex locato*. Isto se os serviços deste escravo eram compensados pela custódia, quase como se existisse entre eles um gênero de *locatio conductio*, mas, porque o dinheiro não é dado, é concedida uma ação *praescriptis verbis*. Se, em verdade, nada além de alimentos prestava, nem se acordou alguma coisa sobre os serviços [do escravo], a ação é de depósito.

No segundo fragmento, Ulpiano enuncia possíveis tipos negociais existentes entre o proprietário de um escravo (*servus*) e o dono de um *pistrinum*[266]. Se foi estabelecida uma *merces* em razão da custódia do escravo ou pelos serviços pretados pelo escravo ao *pistrinarius*, Ulpiano diz que se pode agir *ex locato* ou *ex conducto*; se foram previstos somente os alimentos para alimentar o escravo, então deverá ser usada uma *actio depositi*; se, ao invés disso, se acordou que haveria uma compensação das obras com a custódia, sem haver qualquer *pecunia*, não

[265] Cfr. A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 170 e ss.; J.-H. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, *cit. nota 245 supra*, p. 57.

[266] A doutrina sugere que a *fattispecie* tenha relação com um tipo de punição feita ao escravo (cfr. J.-H. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, *cit. nota 245 supra*, p. 58, que também defende haver uma interpolação na parte "*si vero mercedem... praescriptis verbis*"; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, *cit. nota 265 supra*, p. 170 e ss.; T. MAYER-MALY, *Locatio Conducti*, *cit. nota 45 supra*, p. 130 e ss.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 271, n. 38 reforça essa hipótese citando fontes literárias nas quais uma situação parecida é descrita (Plaut. *Most.* 16; *Poen.* 1.152; *Bacch.* 780; Ter. *Andr.* 199*; Phorm.* 249*;* Cíc*. De Orat.* 1, 46).

existirá uma *locatio conductio*, mas somente um negócio parecido com ela ("*quase genus locati et conducti*"), sendo possível a concessão de uma *actio praescriptis verbis*.

Os exemplos descritos nesse fragmento se assemelham com o fragmento anterior, uma vez que fazem a distinção com base na existência ou não de uma *merces*, por isso nos absteremos de analisá-los individualmente. Porém, em um deles ("*quod si operae... praescriptis verbis datur actio*") existe uma questão interessante, porque Ulpiano concede uma *actio praescriptis verbis* para solução do caso ao invés das ações típicas anteriormente aplicadas. De acordo com R. FIORI[267], Ulpiano nega a existência de uma *locatio* no negócio de compensação entre *operae-custodia*, porque, novamente, inexiste *pecunia*, mas a locação não é excluída por falta de um pagamento em dinheiro, mas sim pela inexistência absoluta de um pagamento. Em outras palavras, para o jurista italiano essa hipótese não foi enquadrada como *locatio conductio* por Ulpiano, porque inexistiria a *merces* em si – não se discute a natureza dela como *pecunia numerata*, mas a inexistência do sinalágma *merces – uti frui*. Esse argumento nos ajuda a explicar a inclusão de uma *actio praescriptis verbis* na solução dada por Ulpitano.

Tal como no caso dos bois dados em fruição recíproca, Ulpiano entende que o negócio seja oneroso, porque o serviço do escravo é tomado em benefício econômico de uma das partes, e por causa disso não pode conceder as ações típicas do depósito. Mas, diferentemente do outro caso, a fruição é em benefício de uma das partes em troca da *custodia* da *res*. Por outro lado, inexistindo a estipulação do pagamento (ou *merces*, de modo mais simplista), ele também se vê impedido de atribuir às partes as ações locatícias típicas. Dessa forma, Ulpiano recorre mais uma vez ao modelo aristoniano para definir a hipótese como convenção atípica ("*quasi genus locati et conducti*") por enxergar um negócio oneroso desprovido de vestes jurídicas ("*causa*"), mas capaz de vincular as partes obrigacionalmente ("*synallagma*") e, assim, conceder uma *actio praescritis verbis*.

Existiria, então, mais um indício de que Ulpiano só reconheceria uma convenção atípica quando fosse onerosa, bem como abandonaria o conceito labeoniano de contrato para se beneficiar do conceito de "*causa*" (inovado por Aristão).

---

[267] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 241, n. 197

Um último ponto que merece atenção na distinção entre *locatio conductio* e *depositum* é o seguinte. Para o leitor moderno causa surpresa a necessidade de Ulpiano diferenciar a *locatio conductio* do *depositum*, porque o sinalágma locatício (*merces – uti frui*) é bastante diferente da unilateralidade e gratuidade, características, do *depositum* no direito romano. Uma explicação possível é que a partir da jurisprudência tardo-republicana, período no qual houve a aceitação de contratos tradicionalmente gratuitos se tornassem onerosos, o depósito passou a admitir uma retribuição[268].

2.3. AS CONVENÇÕES ATÍPICAS EM GAIO E NAS INSTITUTAS DE JUSTINIANO: A *LOCATIO CONDUCTIO* E O CASO DO TINTUREIRO

O último bloco de fragmentos desse capítulo se refere à distinção entre *locatio conductio* e *mandatum*. Os fragmentos gaiano e justinianeu seguiram a mesma lógica aplicada por Ulpiano para esses contratos, ou seja, a *merces* novamente é o fundamento de diferenciação desses contratos. Dessa forma, não existe nada de diferente nesses fragmentos que possa alterar o que foi dito até agora. Essa diferenciação é feita com o exemplo de roupas dadas a um tintureiro[269] para que serviços fossem realizados:

Inst. 3, 26, 13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. et ut generaliter dixerimus: quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intellegitur. et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.*

Inst. 3, 26, 13. Em suma, cumpre saber que o *mandatum*, não sendo gratuito, constitui uma outra forma de negócio; assim, havendo pagamento de uma *merces*, se transforma em *locatio conductio*. E, para dizermos em geral, nos casos em que o negócio se contrai assumindo-se os deveres do *mandatum* ou do *depositum* gratuitamente, nesses mesmos casos, se intervém o pagamento de *merces*, entende-se ter-se contratado uma *locatio conductio*. Daí, se deres vestidos a um tintuteiro para lavá-los ou tratá-los ou a um alfaiate para

[268] E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, v. 2, t. 1, Padova, CEDAM, 1963, pp. 372 e 376

[269] Sobre a atividade comercial envolvendo esse caso vide P. J. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, pp. 55 e ss., aonde o autor britânico se preocupa em expor um quadro geral sobre os aspectos econômicos e social daqueles que exerciam essa atividade.

os remendar sem fixar nem prometer nenhuma *merces*, cabe a *actio mandati*.

***Gai. 3, 162**. In summa sciendum est, quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem, ueluti si fulloni polienda curandaue uestimenta dederim aut sarcinatori sarcienda.*

Gai. 3, 162. Em suma, cumpre saber que a ação é de mandato sempre que eu assumir um encargo a ser feito gratuitamente, que seria *locatio conductio* se se combinasse uma *merces*; por exemplo, se eu der roupas a um tintureiro para serem limpas e cuidadas ou a um alfaiate para serem serzidas.

Percebe-se que em ambos os casos, o elemento que discrimina os tipos negociais é justamente a existência ou não de uma quantia a ser previamente estipulada (*merces*). Sobre esses exemplos não temos mais nada a acrescentar. A preservação dessas soluções nessas obras indica em que medida o pensamento jurídico dos juristas anteriores se consolidou na jurisprudência romana[270], uma vez que passaram a fazer parte do material destinado ao ensino jurídico. Por isso, estes fragmentos também servem como referencial histórico para o debate das "convenções atípicas" na juriprudência tardia romana.

O caso das roupas dadas ao tintureiro se torna mais relevante nos seguintes fragmentos. Vejamos:

***Inst. 3, 24. De Locatione et Conductione.** Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit. nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur si merces constituta sit. et*

Inst. 3, 24. Sobre a *locatio et conductio.* A *locatio et conductio* se aproxima da compra e venda e se norteia pelas mesmas regras jurídicas. Pois, assim como a compra e venda se contrai desde que se conveio no preço, assim também se entende contraída a *locatio*

[270] Nesse sentido, V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma (anno 1948-1949)*, Napoli, Jovene, 1949, p. 102, n.1; e A. WATSON, *Contract of Mandate*, *cit. supra 63*, p. 106 defendem que o uso da expressão "*in summa sciedum est*" indicaria uma conclusão para uma discussão e, portanto, atestaria o resultado do debate feito por juristas antecedentes (concorda com eles R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 263). Em relação ao caso apresentado, M. SARGENTI, *In summa (Note esegetiche)*, in *AG 122* (1939), pp. 53 e ss., especialmente pp. 60-61 observa que o texto deve ser pós-clássico, porque o serviço de um *fullo* ou de um *sarcinator* não seria enquandrado em um mandato, uma vez que lhes faltava o apreço social necessário. Discordando dessa posição, grande parte da doutrina aceita a autenticidade do exemplo escolhido por Gaio (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, *op. cit.,* p. 102; e A. WATSON, *Contract of Mandate*, *cit. supra 63,* p. 78; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, *cit. nota 58 supra*, p. 421).

competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti. Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur.

et conductio se se estabeleceu a *merces*. E cabe ao *locator* a ação *ex locato* e ao *conductor*, a [*actio*] *ex conducto*. [1] E o que dissemos acima, quando o *pretium* é deixado ao arbítrio de outrem, se entenda como dito também da *locatio et conductio*, quando a *merces* se deixar à apreciação alheia. Por isso, quem der roupas a um tintureiro para lavá-las e tratá-las, ou a um alfaiate para consertá-las, sem fixar logo a *merces*, mas para a dar depois, ao convirem entre si, entende-se não se contrair propriamente *locatio et conductio*, mas se concede a este título, a ação *praescriptis verbis*.

O exemplo do fragmento *Inst. 3, 24* das Institutas de Justinano corresponde aos exemplos tradizos nos fragmentos gaianos em *Gai. 3, 143* e *Gai. 10 ad ed. prov. D. 19, 5, 22*:

Gai. 3, 143. *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, uelut quanti Titius aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. qua de causa si fulloni polienda curandaue, sarcinatori sarcienda uestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos conuenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

Gai. 3, 143. Pergunta-se se há *locatio et conductio* quando se deixa a *merces* ao arbítrio de terceiro; por exemplo, assim, por quanto Tício estimar. Por isso, se indaga se há *locatio et conductio* eu dando roupas a um tintureiro para serem limpas e cuidadas, ou a um alfaiate para serem serzidas, sem combinar desde logo a retribuição, comprometendo-me a dar, depois, tanto quanto combinarmos.

Gaius 10 ad ed. provinc. Dig. 19.5.22. *Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis*

Gai. 10 ad ed. provinc. D. 19, 5, 22. Se dei a ti roupas para serem limpas e remendadas, na verdade, esta obra gratuita que tu contemplas, a obrigação é de mandato, se verdadeiramente se dá ou se constitui uma *merces*, o negócio criado é uma *locatio conductionisque*. Mas se tu não assumiste esta obra gratuitamente, nem seja dado ou constituído imediamente uma *merces*, mas o negócio fosse criado com a intenção que se daria, depois, como *merces* o

nomine[271] *daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.*

que entre nós fosse estabelecido, considera-se como fosse dado uma *actio in factum* sobre o novo negócio, isto é, uma [ação] *praescriptis verbis*.

Resumidamente, esses fragmentos retomam o debate sobre a natureza jurídica parecida entre a *emptio venditio* e a *locatio conductio*, bem como mencionam a diferença entre a locação e o mandato. Entretanto, os fragmentos tratam de uma hipótese específica: a fixação de uma *merces a posteriori*, isto é, a estipulação de uma quantia ser paga após a conclusão do contrato, fosse ela estipulada por um terceiro, fosse pela parte contratante. Nesse caso, tanto Justiniano ("*non proprie locatio et conductio contrahi*"), quanto Gaio ("*placet quasi de novo negotio*"[272]) consideram que o negócio não seria uma *locatio conductio*, mas que seria concedida uma tutela atípica (*agere praescriptis verbis*).

Segundo R. FIORI[273], esse debate teria tido origem em uma disputa entre os Proculianos e os Sabinianos. Os Proculianos, seguindo a posição de Ofílio e primando pelo princípio do "*arbitrium boni viri*" de Próculo, sustentavam que o pagamento também fosse determinado (ou pelo menos determinável) sucessivamente à conclusão do contrato (por um terceiro ou pelas partes), admitindo, assim, a concessão das ações típicas. Por sua vez, os Sabianianos consideravam desprovido de qualquer vício o negócio no qual o pagamento fosse determinado por um terceiro; tutelável com a *actio in factum* o negócio em que as partes tivessem posteriormente estabelecido o pagamento; e imperfeito o negócio

[271] De acordo com R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 48, a expressão *mercedis nomine* possui diversos significados. Ora ela aparece para indicar um negócio jurídico próximo à *locatio conductio*, mas que não se confunde com ela, porque a *merces* não é previamente *data aut constituta* (*Gai. 10 ad. ed. prov. D. 19, 5, 22*); ora para indicar propriamente uma prestação da *locatio conductio*, de modo que se torna sinônimo de *merces* (*Gai. 6 ad l. XII tab. D. 22, 1, 19pr*; *Pap. 6 quaest. D. 12, 6, 55*) ou é usada para se distinguir da *merces* em dinheiro (*Afr. 8 quaest. D. 19, 2, 35, 1*; *Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 20, 6, 14*); mas também é utilizada para indicar um pagamento que o *conductor* deve não ao *locator*, mas diretamente ao adquirente da *res*, à título de preço (*Proc. 3 epist. D. 18, 1, 68pr*).

[272] Sobre hipóteses de possíveis interpolações dessa expressão remetemos T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, *cit. nota 45 supra*, pp. 86 e ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *cit. nota 12 supra*, pp. 220 e ss. Em contrapartida, concordamos com R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 247, n. 212, que nenhum desses autores nega a concessão de uma *actio in factum*, assim, mesmo se considerarmos interpolada a expressão, ainda subsistirá a concessão de uma tutela atípica.

[273] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, pp. 245 e ss.

em que a determinação do pagamento fosse feita pela outra parte (no sentido que neste caso seria concedida uma *actio in factum*).

2.4. **Conclusões preliminares**

A resposta conferida pela jurisprudência romana aos casos de atipicidade parece ser representada por dois momentos distintos, mas que não se sobrepõem e nem se derrogam no curso do tempo. Na solução mais antiga, quando, em uma convenção, uma das partes realizava a prestação de dar (*datio*) e a outra não cumpria o acordado (*datio* ou *facio*), a parte adimplente poderia exercitar uma *condictio* recuperatória daquilo que foi dado se não houvesse causa lícita para a outra parte reter, restando-lhe apenas a *actio de dolo* nos demais casos[274].

Esse regime processual conviveu, alternativamente, com a nova solução trazida por Labeão por meio da utilização da *actio praescriptis verbis*, de modo que a parte adimplente – agora considerada em sentido mais amplo, porque inclui não somente a *datio* – pudesse optar por exigir a contraprestação acordada ou recuperar aquilo que foi dado[275]. Importante lembrar o alerta que A. PERNICE[276] faz sobre o emprego da *agere praescriptis verbis* por Labeão: a atipicidade da tutela processual, representada pela concessão da *agere praescriptis verbis*, não se confunde com a atipicidade contratual, porque o emprego da *agere praescriptis verbis* não implica, necessariamente, na presença de uma convenção atípica[277]. Nesse sentido, a proposta de R. SANTORO[278] de conferir liberdade aos juristas

---

[274] Cfr. L. ZHANG, *Contratti inonominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra,* pp. 62-63

[275] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 99

[276] Cfr. A. PERNICE, Parerga III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen, in ZRG RA 9 (1888), pp. 252 e ss. apud R. FIORI, Proculo e l'agere praescriptis verbis, *cit. nota 133 supra*, p. 268: „wenn man das Wesen der actiones in factum civiles festzustellen versuchen will, so muss man das agere praescriptis verbis und den Synallagmabegriff genau von einander scheiden. Beiden decken sich ganz und gar nicht und haben in ihrem Ursprunge nichts mit einander gemein. Die Verkennung dieser einfachen Thatsache hat dazu geführt, dass man überall wo praescr. v. geklagt werden durfte, einen Innominatvertrag annahm, also auch da, wo eine Sache unter Abrede der Rückgewähr, zur Ansicht, zur Probe hingegeben war." [= (Quando se quer tentar constatar a natureza das actiones in factum civiles, se deve separar precisamente a agere praescriptis verbis e a ideia de synallagma um do outro. A falta de compreensão desse simples fato levou ao problema, que em todo lugar aonde se deveria conceder uma praescriptis verbis, admite-se um contrato inominado, também por isso, a meu ver, no caso aonde uma coisa foi entregue sob um acordo com condição potestativa)]".

[277] Cfr. R. FIORI, Proculo e l'agere praescriptis verbis, *cit. nota 133 supra*, p. 268

[278] Cfr. R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, p. 70: "alla possibilità di riconoscere che i giuristi classici abbiano operato liberi dalla preocupazione del rispetto del principio

clássicos de conduzir a ideia de contrato também às convenções atípicas não pode prosperar, porque sua teoria, fundada no consentimento das partes, não encontra guarida nas fontes. Entretanto, é inegável a contribuição do jurista italiano para a demonstração da "*classicità"* das tutelas atípicas[279], a qual explica a *agere praescriptis verbis* como *actio in factum*[280] na jurisprudência tardia. Contribuição essa que é fundamental para entender o limite do pensamento labeoniano e a inovação aristoniana.

Além disso, é difícil afirmar com toda certeza que a *actio praescriptis verbis* tenha sido recurso pretório para resolver os casos não solucionados pela *condictio* somente pelo fato que a *condictio* não ser conferida nos casos em que uma das partes se obrigava a um *facere* (*do ut facias* ou *facio ut facias*), mas nos parece que a *agere praescriptis verbis* tenha se tornado uma solução menos danosa ao devedor, bem como mais prática ao credor, de modo que ganhou notoriedade como meio processual ao longo da jurisprudência romana. Se nossa hipótese se confirma, por causa da generalização do uso da *actio praescriptis verbis*, o exercício da *actio de dolo* acabou sendo abandonado nos casos envolvendo a tipicidade contratual, em razão da regra de subsidiariedade[281].

Primeiramente, não havendo a possibilidade de a parte garantir sua pretensão por meio da *condictio* recuperatória, lhe restava somente se socorrer por meio de uma *actio de dolo*, a qual era uma ação pretória de caráter penal[282], cujo objetivo era receber uma quantidade pecuniária equivalente ao prejuízo sofrido,

---

della tipicità contrattuale" [= (sobre a possibilidade de reconhecer que os juristas clássicos operaram livres da preocupação em relação ao princípio da tipicidade contratual")]. A conclusão de R. SANTORO só é possível, porque ele considera a "vontade" como elemento do contrato, já que, assim, se torna justificável o emprego da agere praescriptis verbis para proteger a conventio labeoniana. Essa premissa decorre da tese de S. RICCOBONO (Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 (Paul. 3 'ad Plautium'), in AUPA 3-4 (1917); Id., Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte (Fr. Vatic. 71b und Seneca de beneficiis v. 19, 8), in Scritti in onore di Contardo Ferrini, v. 4, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1949, pp. 55 e ss.)

[279] Cfr. R. SANTORO, *Il contratto secondo Labeone*, *cit. nota 12 supra*, pp. 71 e ss.

[280] Segundo L. ZHANG, *Contratti inonominati nel diritto romano*, *cit. nota 178 supra*, p. 63 e pp. 211 e ss., a fusão entre *agere praescriptios verbis* e *actio in factum* ocorreu apenas no período justinianeu; para A. BURDESE, *Sul reconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *IURA 36* (1985), pp.14 e ss., a *actio civilis, in factum, incerti* ou *praescriptis verbis* seriam específicas para exigir a contraprestação da outra parte na jurisprudência clássica, enquanto as *in factum* pretorianas seriam fundadas numa *intentio* do *ius civile*, mas com objeto incerto; Mais radical, sem dúvida, é a prosposta de E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, *cit. nota 264*, I, pp. 329 e ss., que entende haver identidade entre as ações desde sua origem.

[281] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 100

[282] Cfr. P. VOCI, Azioni penali e azioni miste, in SDHI 64 (1998), pp. 1-46; P. LAMBRINI, 'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale, *cit. nota 131 supra*, pp. 226

desde que comprovado o dolo[283]. Sendo a comprovação do dolo, ônus do demandante, nos parece muito mais prática a solução conferida pela *agere praescriptis verbis*, que precisa constatar apenas o inadimplemento da contraprestação para conferir tutela jurídica. Ademais, a sentença condenatória da ação de dolo era mais prejudicial ao demandado, porque levava a pena de *infamia*.

Outro argumento que fortalece esse entendimento é que a *actio de dolo* era considerada uma ação subsidiária, já que só poderia ser concedida caso nenhuma outra ação pudesse ser exercida ("*si de his rebus alia actio non erit*")[284], como suscitado no fragmento *Pomp. 22 ad Sab. D. 19, 5, 16, 1, Ulp. 42 ad Sab. D. 4, 3, 34* e *Paul 5 quaest. D. 19, 5, 5, 2-3*. De todo modo, nos parece que a inclusão da *actio praescriptis verbis* dentre as soluções processuais reforçou a aplicação subsidiária da *actio de dolo* nos casos em que não pudesse haver *condictio* (porque a prestação não seria fundada no *dare*), mas fosse possível a concessão de outra ação.

Talvez tenha sido esse o cenário que propiciou a elevação da *agere praescriptis verbis* como importante "ferramenta processual" por Labeão, a quem não é atribuída a sua invenção, mas que com absoluta certeza exerceu papel decisivo para a popularização do uso dela. A flexibilidade de tutelar os negócios típicos por meio da *agere praescriptis verbis* aliada ao crescente desenvolvimento comercial e territorial do Império Romano (que, consequemente, trouxe complexidade aos modelos negociais existentes) possibilitaram a inovação de Aristão.

Sustentado pelo fragmento *Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 7*, nos parece plausível que o conceito aristoniano de contrato, sob os auspícios da ideia de "*causa*", inove sensivelmente o conceito de contrato romano, proporcionando uma maior

---

[283] No mesmo sentido: J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 100

[284] *Si de his rebus alia actio non erit:* D. 4, 3, 1, 1; D. 4, 3, 1, 4; D. 4, 3, 7, 7. A origem clássica e o caráter subsidiário da *actio de dolo*, inclusive, foi tema de debate entre B. ALBANESE e A. GUARINO (cfr. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell´"actio de dolo"*, in *AUPA 28* (1961), pp. 173 e ss.; A. GUARINO, *Recensione di B. ALBANESE, La sussidiarietà dell´actio de dolo*, *in AUPA 28* (1961), pp. 173-321; B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell´"actio de dolo"*, in *Labeo 9* (1963), pp. 42 e ss). Os autores italianos buscavam explicar o princípio da subsidiariedade através do método histórico, aonde os principais pontos de debate se fundam: a) na jurisprudência clássica se vê a restrição da *actio de dolo* somente aos casos em que inexistisse qualquer outra remédio eficaz em favor da vítima, bem como a concessão da *actio de dolo* também para os casos em que houvesse dúvida sobre a existência de outro modo de tutela processual; b) a subsidiariedade não se explica sobre o plano sistemático, mas sobre o plano histórico, uma vez que surge da expansão do conceito de *damnum* e limitação do conceito de *furtum*.

abstração dos pressupostos (jurídico-negociais) para que fosse possível tutelar processualmente as convenções atípicas[285]. Nesse sentido, a "*causa*" é o pressuposto conceitual que permite o surgimento das convenções atípicas na jurisprudência romana, sendo a *agere praescriptis verbis* labeoniana determinante para o desenvolvimento da lógica aristoniana.

Independentemente da solução calcada no esquema *condictio*/*actio de dolo* ou na *agere praescriptis verbis*, é inegável a proteção conferida às convenções atípicas, a partir de Aristão. Nesses casos, mesmo não preenchido os requisitos do *Typenzwang*, que garantiria às partes proteção processual contra o descumprimento da contraparte, a jurisprudência romana reconhece que existe a necessidade de mediação entre as partes e, consequentemente, confere tutela jurídica atípica ao credor. Essa constatação é surpreendente, uma vez que as convenções atípicas ficaram à margem das classificações de fonte das obrigações gaiana e justinianéia, as quais mantiveram o antigo princípio da tipicidade edital dos contratos[286].

Em ambos os sistemas, o Direito intervém somente no momento que surge a obrigação de adimplir as prestações do modo acordado[287], o que, afinal, sugere ser a verdadeira intenção da jurisprudência romana. Desse modo, a partir de Aristão, era conferida aos romanos grande liberdade de determinação do conteúdo de um contrato, apesar dos eventuais limites jurídico e morais que esse conteúdo estivesse sujeito[288]. Entretanto, como as exegeses demonstram isso não significa uma ruptura no pensamento jurídico romano, uma vez que a aceitação de figuras atípicas continuava sendo exceção à regra do *Typenzwang*. Dessa forma, resta confirmada nossa suspeita que a atipicidade como categorial contratual sequer foi pensada no direito romano, apesar de algumas figuras, casuisticamente, terem sido aceitas.

---

[285] No mesmo sentido T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, *cit. nota 14 supra*, pp. 10 e ss.
[286] Cfr. J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, *cit. nota 18 supra*, p. 113
[287] Cfr. A. HIRATA, I contratti innominati e il considetto 'Lebensrettungsvertrag', *cit. nota 130 supra,* pp. 218-219
[288] Cfr. A. HIRATA, I contratti innominati e il considetto 'Lebensrettungsvertrag', *cit. nota 130 supra*, p. 220

3. UTRUM EMPTIO ET VENDITIO AN LOCATIO ET CONDUCTIO CONTRAHATUR?

Merecido destaque deve ser dado à distinção do tipo contratual nos casos envolvendo a *locatio conductio* e a *emptio venditio*, porque essa questão é suscitada a todo momento nas fontes primárias. No capítulo anterior esse tema foi abordado nos fragmentos: *Ulp. 32 ad ed. D. 19, 5, 20pr.* e *Gai. 3, 146* (em relação aos contratos sob condição); *Iav. 5 ex post. Lab. D. 18, 1, 79* (natureza jurídica da *merces*/*pretium*); *Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 18, 1, 80, 3* (tipicidade contratual); e, finalmente, *Inst. 3, 24 pr-2* (mera menção ao problema da distinção). Ficou claro que ambos os contratos consensuais possuem uma relação sinalagmáticas entre as partes bastante parecida, principalmente quando analisamos a *merces* e o *pretium* cumprindo a mesma função. A diferença mais óbvia, então, seria a fruição (mediante restituição) exigida na *locatio conductio*, enquanto na *emptio venditio* as coisas seriam entregues com o objetivo de se transferir propriedade.

Entretanto, consideramos que existem mais dois casos que devam ser abordados separadamente, um em razão da quantidade de fragmentos sobre eles ao longo da jurisprudência romana, o outro em razão da excepcionalidade da solução dada.

O primeiro caso é o debate sobre a propriedade da coisa se ela tivesse sido fabricada por terceiro (*locatio conductio operis*). O debate acerca desse assunto é revisitado ao longo de toda a experiência jurisprudencial romana, começando por um texto atribuído a Quinto Múcio Scaevola e encerrando somente nas Institutas de Justiniano. Dessa forma, preferimos dedicar um capítulo apartado ao assunto, mas isso não significa que os resultados obtidos anteriormente estejam derrogados.

O segundo caso, e também o mais controvertido, é a distinção entre *locatio conductio in perpetuum* e a *emptio venditio*, que resultou no período justinianeu na consagração da enfiteuse romana como marco para o fim da discussão sobre a *fattispecie*. Nesse caso, buscar-se-á discutir a tipicidade contratual em relação a *fattispecie*, mas tendo consciência que a questão tenha sido resolvida de modo bastante incomum: a disputa foi encerrada pela "promulgação" de uma lei.

3.1. **O TIPO CONTRATUAL EM RAZÃO DA FABRICAÇÃO DE COISA**

Como dissemos, tema bastante visitado durante toda a jurisprudência romana, o caso da contratação de artesão para a fabricação de objeto para o comitente é analisado por Quinto Múcio Scaevola (*Pomp. 9 ad Q. Muc. D. 34, 2, 34pr*), em período que corresponde à jurisprudência tardo-republicana (por volta de 95 a.C.), por Masurio Sabino (*Pomp. 9 ad Sab. D. 18, 1, 20*), Caio Cássio Longino (*Gai. 3, 147*; *Gai. 2 rer. cott. D. 19, 2, 2, 1; Inst. 3, 24 [4]*) e Javoleno Prisco (*Iav. 11 epist. D. 18, 1, 65*), durante a jurisprudência do principado (por volta de 20 d. C. a 90 d. C.), bem como é revisitado pelos juristas tardo-clássicos, como Sexto Pompônio (*Pomp. 9 ad Q. Muc. D34, 2, 34pr; Pomp. 9 ad Sab. D. 18, 1, 20*), Gaio (*Gai. 3, 147; Gai. 2 rer. cott. D. 19, 2, 2, 1*) e Júlio Paulo (*Paul. 34 ad ed. D. 19, 2, 22, 2*), repercutindo, inclusive, nas Institutas de Justiniano (*Inst. 3, 24 [4]*) [289].

Como sugere a grande quantidade de fragmentos sobre o tema, a questão da fabricação de objetos para o comitente desfrutou de diversas respostas ao longo da jurisprudência romana, seja em razão dos diversos exemplos analisados ao longo do tempo (por exemplo, o caso em que haveria ou não a entrega da matéria-prima pelo comitente, ou o pagamento de *merces* ou *pretium*), seja por causa da mudança de entendimento entre os juristas[290]. Ademais, no âmago desses exemplos buscava-se também definir se havia uma *locatio conductio* ou um outro tipo contratual. A doutrina romanista moderna, inspirada pela tradição pandectista[291], se refere ao caso como *locatio conductio (operis) irregularis*[292], porque haveria a transferência de propriedade da coisa dada pelo *locator* ao

---

[289] Cfr. A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, *cit. nota 53 supra*, pp. 314 e ss.

[290] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 192 e ss., especialmente pp. 200-201, houve mudança em relação ao tratamento dispensado à *locatio conductio* durante a jurisprudência tardo-republicana e a jurisprudência do primeiro principado por causa da disputa entre Proculianos e Sabinianos caucada na identidade da coisa. Os argumentos dessa disputa serão abordados, mas analisaremos o pensamento de cada um dos juristas individualmente, evitando, assim, classificá-los em escolas, porque entendemos que isso demandaria a análise de todos os fragmentos de cada um dos juristas afim de que pudéssemos, de fato, confirmar esse alinhamento dogmática. Portanto, nos limitaremos a agrupá-los ao final desse capítulo conforme a solução dada por cada um deles.

[291] Explicando a origem da expressão e citando os autores pandectista, A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, p. 191, n. 1

[292] Cfr. N. BENKE, *Zum Eigentumswerwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, *cit. nota 17 supra*, pp. 156 e ss.; J. A. C. THOMAS, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in *ZSS 81* (1964), pp. 109 e ss.

conductor a fim de que ele realize sobre ela uma *opus*, mas por haver uma suposta incompatibilidade entre a *locatio conductio* e a transferência de *dominium* passou-se a considerá-la "irregular"[293].

Dessa forma, a submissão desse grupo de fragmentos ao método exegético é relevante para o que propomos, já que os resultados indicarão o conteúdo decisório usado pelos juristas romanos para caracterizar os elementos fundamentais da *locatio conducti*, seja em relação aos seus elementos constitutivos como contrato consensual (*merces – uti frui*), seja em relação à lógica jurídica aplicada que a diferencia de outras figuras jurídicas. Para facilitar a análise exegética dos fragmentos clássicos, optamos por analisá-los por ordem cronológica, mesmo que em algum deles possa haver comentários de juristas de épocas diferentes, o que, na medida do possível, será alertado para que não haja desconexão entre os argumentos defendidos.

3.1.1. A jurisprudência tardo-republicana

Talvez o fragmento que resuma o debate seja o *Pomp. 9 ad Q. Muc. D. 34, 2, 34pr*, então comecemos por ele:

Pomp. 9 ad Q. Muc. D.34.2.34pr. *scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. Pomponius: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo*	**Pomp. 9 ad Q. Muc. D. 34, 2, 34 pr.** Quinto Múcio escreve que, se um *paterfamilias* tivesse legado à sua esposa todo o seu ouro, não seria devido à mulher o ouro que (o *paterfamilias*) tivesse dado a um ourives para fazer (um serviço) ou que a ele é devido, se a ele [*paterfamilias*] não fosse repesado pelo ourives. Pompônio (escreve que): isto é em parte verdadeiro, em parte falso. De fato, em relação ao que é devido a ele, sem dúvida, por exemplo, se tiver sido estipulado libras de ouro, este ouro que (ele) tivesse dado a ele [ourives] por estipulação não pertence à esposa, além

[293] Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, *cit. nota 7 supra*, *passim*, a irregularidade como categoria contratual não consta em nenhuma fonte romana (exceto um *scolio* de Estefano em Bas. 13, 2, 26, 1, onde é dito "*depositum est impurum*").

auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nihilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem.

disso, visto que (o ouro) não seja [usado] no trabalho dele: seguramente, ele [*paterfamilias*] delegou [ao ourives a tarefa de fazer alguma coisa, em virtude de uma estipulação, de modo] que o ouro fosse próprio [do ourives], [assim] não caberia qualquer ação [à esposa]. A propósito do ourives é falso, se (o *paterfamilias*) tivesse dado o ouro para que (o ourives) fizesse alguma coisa para ele [*paterfamilias*] com aquele ouro [entregue ao ourives]: de fato, então, (ele) fixa um preço com o ourives que seja o ouro, entretanto, o *dominium* não modificou, (o ouro) permanece daquele que (o) deu e, tanto que, parece (existir) uma quantia a ser paga ao ourives em razão do trabalho que vai ser realizado: pelo que nos é levado (a decidir) que [o ouro] seja devido à esposa. Se ele deu o ouro ao ourives, mas, por outro lado, não para que fosse feito algum objeto pequeno daquele ouro [entregue ao ourives], então, adota-se outra opinião visto que o *dominium* daquele ouro [é transferido] ao ourives (de fato parece [existir] (um outro contrato) da mesma forma que se tivesse feito uma permuta), e este ouro não deverá ser passado à esposa.

Preliminarmente, é necessário organizar o debate proposto por Pompônio no fragmento *D. 34, 2, 34pr*: discute-se, basicamente, no âmbito de uma *quaestio* se o *aurum* entregue ao ourives pelo *paterfamilias* deveria fazer parte do patrimônio legado à esposa ou não[294]. A discussão, pois, é examinada do ponto de vista do legado, já que realmente importa saber se o ouro será propriedade do

[294] Provavelmente tratar-se-ia de um legado *per damnationem* em razão do uso da expressão "*mulieri non debetur*", porque o verbo "*deberi*" está ligado em outros fragmentos a essa modalidade de legado *Gai. 2, 205*; *Ep. Gai. 2, 5, 5*; *D. 30, 16, 1*; *D. 30, 35*; *D. 30, 104pr*; *D. 30, 106*; *D. 30, 122, 1*; *D. 32, 100pr*; D. 33, 1, 7*; D. 34, 4, 3pr*; *D.35, 1, 19,1* (cfr. N. BENKE, Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis', *cit. nota 17 supra*, pp. 161 e ss e 189 ; A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, p. 195). Porém, outros autores defendem que tratar-se-ia de um legado *per vindicationem* (T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, *cit. nota 45 supra*, p. 38). Considerando a discussão, entendemos que a modalidade de legado não tem relevância para a definição da *fattispecie* e, por isso, podemos deixá-la de lado (no mesmo sentido L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, *cit. nota 109 supra*, p. 66, n. 3).

ourives ou da esposa legatária. Não existe qualquer menção expressa sobre o negócio acordado entre o ourives e o *paterfamilias*. Assim, a questão do tipo contratual é ponto fulcral ao problema, porque em nenhum momento sabe-se exatamente qual é a relação jurídica estabelecida entre o *paterfamilias* e o ourives. Como veremos a seguir, a *locatio conductio* é colocada no centro da discussão, tanto na afirmação de Quinto Múcio quanto de Pompônio.

Inicialmente, Pompônio atribui à Quinto Múcio a resposta de que o ouro não é devido à mulher, porque o ouro ou é dado para que o ourives faça alguma coisa ou que a ele é devido ("*quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei deberetur*").

Por sua vez, a partir do comentário muciano, Pompônio afirma que essa solução é em parte verdadeira, mas em parte falsa. Em relação ao que é devido ao *paterfamilias* (*"quod ei deberetur*"), a explicação de Quinto Múcio seria correta, porque a quantidade de ouro devida a ele pelo ourives, por exemplo, *ex stipulatu*, não fazia parte daquele ouro que fora legado a ela (*"quod suum esset*"). Entretanto, em relação ao *aurum faciundum* a explicação do jurista republicano é falsa, porque não houve transferência do ouro ao ourives e a coisa continua com o ourives. Nesse caso, seria devida uma *merces* ao ourives em razão do trabalho e a coisa deveria ser restituída à esposa. Entretanto, Pompônio sugere que se o ouro dado ao ourives não fosse para que ele o usasse no objeto manufaturado, mas tão somente para que o serviço fosse realizado com ouro do próprio ourives, então, o *dominium* do ouro seria transferido ao ourives e não seria devido à esposa. Portanto, tratar-se-ia de um contrato que parece uma permuta ("*quasi permutationem fecisse videatur*").

O comentário de Pompônio à resposta de Quinto Múcio amplia significativamente a importância da *locatio conductio* no fragmento. Na passagem atribuída à Quinto Múcio, o ouro dado ao ourives pelo *paterfamilias* está diretamente ligado à expressão "*faciundum dedisset*", que, por sua vez, sugere ser ele o correspondente pago pelo serviço do ourives (*merces*), não havendo qualquer menção ao material usado pelo ourives para confecção do objeto – de fato, não parece haver preocupação de Quinto Múcio nesse sentido, seja porque não importa para o resultado do caso se o *paterfamilias* deu o ouro como matéria-prima e como quantia paga pelo serviço, seja porque já estivesse subentendido que só poderia haver o contrato se houvesse a transferência de *dominium* do ouro e o pagamento

da *merces*[295]. Com isso, não restaria dúvidas a Pompônio de que o ouro devido como contraprestação de um serviço contratado pelo *paterfamilias* não deveria ser restituído à esposa como parte do legado. Entretanto, sob essa perspectiva, pareceria redundante as duas hipóteses suscitadas por Quinto Múcio, se nada mais houvesse a ser dito, já que ambas tratam do ouro sob a mesma perspectiva, isto é, o ouro devido e o ouro dado ao ourives para pagar o serviço realizado.

Para organizar melhor essas questões, iniciaremos pela análise do excerto muciano ("*si aurum suum... mulieri non debetur*") e depois passaremos a análise do excerto pomponiano ("*hoc ex parte... non transibit ad uxorem*").

Análise da responsio muciana. O trecho atribuído à Quinto Múcio[296] não desperta problemas interpretativos em relação à parte inicial e final ("*si aurum suum omne pater famílias uxori suae legasset*" e "*mulieri non debetur*"), uma vez que não há hipótese em que o ouro entregue ao ourives faça parte do legado deixado pelo *parterfamilias* à viúva segundo o jurista republicano. Assim, de acordo com as questões preliminarmente expostas acima, os aprofundamentos necessários devem ser feitos a partir do texto central do fragmento ("*id aurum, quod aurifici faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset*"), o qual demanda: a qualificação da relação jurídica entre o *paterfamilias* e o *aurifex* e da situação jurídica do *aurum* de acordo com a resposta muciana[297] ("*aurum faciundum datum*" e "*aurum debitum*").

Sobre a qualificação da relação jurídica, alguns autores questionam se existiria uma menção exclusiva à *locatio conductio* ou se haveria menção a outros tipos contratuais na hipótese muciana, por causa da expressão "*faciundum dedisset*" ao invés de "*faciundum locare*" ou outras expressões mais consolidadas

---

[295] Essa é a tese proposta por R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 52 e ss.

[296] Que é aceito como uma citação literal pela doutrina romanista (cfr. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, *cit. nota 109 supra*, p. 65; e A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio-conductio 'irregularis'*, *cit. nota 17 supra* , p.195. Muitos autores retiram do texto a expressão "*aut quod ei deberetur*", porque ela está mal articulada entre as duas outras orações (cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, *cit. nota 5 supra*, p. 104; T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, *cit. nota 45 supra*, *passim*). A razão para essa desconexão entre as frases talvez fosse por causa de uma abreviação feita por Pompônio (A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, p. 196).

[297] Concordamos, portanto, com a abordagem feita por R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, pp. 52-57

na jurisprudência romana. Segundo L. AMIRANTE[298] e C. LONGO[299], existiria uma *locatio conductio* e um *mutuum*; já para A. METRO[300], uma *permutatio*.

Contudo, essas teses não se sustentam pelas mesmas razões pelas quais estão fundadas as críticas que fazem à existência de uma *locatio conductio*. Sobretudo, sobre o aspecto terminológico do uso do verbo "*dare*" ao invés de "*locare*". Esse uso não nos parece ser suficiente para desqualificar o negócio jurídico como uma única *locatio conductio*, por que a relação entre o "*dare*" e a *locatio conductio* pode ser constatada em outros textos do Digesto, em situações parecidas[301] ou em outras situações em que seja inequívoca a existência de uma locação[302]. Ademais, o fato de não existir nenhuma menção sequer a *aurum* ou *argentum locare* nas fontes jurídicas esmorece de vez o argumento em sentido contrário[303].

Em relação a uma possível diferença de qualificação jurídica do "*aurum faciundum datum*" e o "*aurum debitum*", N. BENKE[304] afirma que tanto um quanto o outro estão sujeitos à uma locação, sendo que a diferença entre eles é a natureza física dos materiais entregues ao ourives pelo *paterfamilias*. O *aurum faciundum datum* faz alusão aos objetos de ouro dados para que se cubra as despesas materiais ("*Goldgegenstände*"), sem que nascesse para o ourives nenhuma obrigação de utilizar seu próprio ouro no serviço, mas podendo ser usado outro ouro de mesmo valor. Já o *aurum debitum* seria o ouro em grão ("*Goldkörner*") dado

---

[298] Cfr. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, *cit. nota 109 supra*, pp. 198 e ss.
[299] Cfr. C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR* 18 (1906), pp. 136-139
[300] Cfr. A. METRO, Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio conductio 'irregularis', *cit. nota 17 supra*, pp. 197-199
[301] *Gai. 3, 147: "si meum aurum ei dedero"; Gai. 2 rer. cott. D. 19, 2, 2, 1:* "*si ego aurum dedero*"; *Alf. 5 Dig. a Paul. epit. D. 19, 2, 31: "cum argentum pusulatum fabro daretur*"
[302] *Pomp. 9 ad Sab. D. 18, 1, 20:* "*dare aream*"; *Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 27:* "*calicem diatretum faciendum dare*"; *Ulp. 32 ad ed. D. 19, 2, 13, 5:* "*gemma includendam aut insculpendam dare*"
[303] No mesmo sentido, R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio', *cit. nota 8 supra*, p. 53
[304] Cfr. N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, *cit. nota 17 supra*, pp. 171 e ss: "*Damit zeichnet sich ab, dass Quintus Mucius 'id aurum, quod aurifici faciundum dedisset' schon mit der Übergabe dem Goldschmied zurechnet. Der Erwerb dürfte also mit einer Darlehensübereignung vergleichbar sein. Dies setzt voraus, das Gold als vertretbare Sache hinzugeben; dabei sind prinzipiell zwei Arten von Fungibilität denkbar: Entweswe wird das Gold so übertragen, wie es allgemein als Rohstoff im Handel vorkommt (etwa in Form kleiner Goldkörner), oder der 'aurifex' empfängt vom 'locator' Goldgegenstände, mit denen er seinen Materialaufwand beim vereinbasrten 'aurum faciundum' decken kann, ohne dass die Verwendung anderen Goldes ausgeschlossen wird; der 'aurifex' erhält dadurch eine Austauschbefugnis hinsichtlich der überlassenen Goldsachen, wie sie Pomponius in seiner letzen Variante beschreibt. Im ersten Beispiel scheint es angebracht, von Vertretbarkeit aufgrund der äusseren Beschaffenheit des Goldes zu sprechen, während das Einräumen einer Austauschbefugnis eine wirtschaftliche Vertretbarkeit von unveränder identifizierbaren Goldgegenständen schafft"*.

para que fossem diretamente usados no objeto, assim, a frase "*si ab aurifice ei repensum non esset*" indicaria a possibilidade de o ouro poder ser repesado no caso em que o objeto final tivesse um peso menor que o ouro entregue pelo *paterfamilias*. Dessa forma, o autor afirma existir dois tipos de fungibilidade ("zwei Artes von Fungibilität"), uma em sentido econômico, a qual possibilita ao *artifex* trocar o "*Goldgegenstände*" por outro ouro; e outra, em relação à forma física do ouro, que transforma o "*Goldkörner*" em um objeto e, por isso, deve ser repesado ao final para que seja feita eventual compensação[305].

Seguindo outro caminho, L. AMIRANTE[306] – por sustentar a existência de um sinalagma "*dare-reddere*" (de uma *res locata*) comum à *locatio conductio*, de forma que a *res locata* deva corresponder à *res* restituída – atribui ao jurista republicano, Quinto Múcio, um ponto de vista materialista, no qual o "*aurum faciundum dedisset*" e o "*aurum debitum*" não seria a *res locata*, uma vez que não poderiam ser objeto do *praestare* sem que perdesse suas características originais. O ouro dado a um ourives para que lhe faça anéis, não seria considerado *res locata* e, pois, poderia passar ao *dominium* do ourives. Esse argumento seria reforçado em *D. 19, 2, 31*[307], no qual outro jurista republicano, Públio Alfeno Varro, observa

---

[305] Porém, não nos parece ter sido essa a preocupação de Quinto Múcio, porque os dois tipos de fungibilidade nem de longe podem ser atestados no fragmento ou em outros textos jurídicos, bem como sua diferenciação não traz qualquer novidade na solução do problema, já que ambos seriam transferidos, de uma forma ou outra, ao patrimônio do ourives e acabariam coincidindo na solução muciana (no mesmo sentido R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, pp. 54-55).

[306] Cfr. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, *cit. nota 109 supra*, pp. 65 e ss.

[307] *Alfenus 5 Dig. a Paulo epit. Dig. 19.2.31. In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex* superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil alius eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. *quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.* [= Alf. 5. Dig. a Paul. Epit. D. 19, 2, 31. Depois de misturarem muitos cereais na embarcação de Saufeio, ele restituiu os cereais em comum somente a um deles [comerciantes] e a embarcação pereceu: a questão é se os outros (comerciantes) podem intentar

que existiriam dois gêneros de coisas que poderiam ser objeto da *locatio conductio* ("*duo genera rerum locatarum*"). O objeto do *reddere* poderia ser o *idem*, ratificando o ponto de vista sustentado por Quinto Múcio, ou, também, um *idem genus*, isto é, coisa de mesmo gênero. Nesse sentido, se insere o componente da fungibilidade ao esquema da locação outrora proposto por Quinto Múcio. Com isso, a *actio ex locato* teria uma dupla função: tutelar a matéria (*condictio*) e o serviço do ourives (*actio ex conducto*); e, assim, permite dar praticidade à solução muciana[308]. O tema volta a ser enfrentado, quando Labeão expõe sua definição de *opus locatum conductum* como *ex opere facto corpus aliquod perfectum* (*Paul. 2 ad ed. D. 50, 16, 5, 1*). Nela existe a menção a um *opus* que ainda não existe. Consequentemente, Labeão estaria negando a materialidade da *res locata* no momento do *reddere*, como proposta por Quinto Múcio, mas não o *idem genus* proposto por Alfeno. Dessa forma, L. AMIRANTE conclui que a *locatio conductio operis*, na jurisprudência mais antiga era fundada em um *reddere* dos materiais dados ao artífice, mas a partir de Labeão se teria observado uma restituição do resultado do trabalho, isto é, um *opus* ideal que não existiria no momento de fazimento do contrato.

---

uma ação *oneris aversi* contra o marinheiro [Saufeio] em razão da sua própria parte dos cereais. Respondeu(-se) que existiriam dois gêneros de coisas dadas em locação, que ou o mesmo objeto é entregue [na restituição] (como quando roupas são dadas em locação ao pisoeiro para serem consertadas) ou coisa de mesmo gênero [são restituídas] (como quando prata refinada é dada ao artífice para que sejam feitos utensílios de cozinha ou ouro, para anéis): no primeiro exemplo a coisa permanece [sendo] do proprietário, no exemplo seguinte a coisa passa a ser um crédito, mesmo direito existe no depósito: se, pois, alguém tivesse deixado em depósito *pecuniam numeratam*, que não se transmitisse nem cerrada, nem selada, mas se contasse, nada [mais] seria devido à outra parte que tivesse deixado em depósito, senão que se pagasse igual quantidade de dinheiro. Conforme essas observações, parece que o trigo fora de Saufeio e o deu corretamente. Se o trigo de cada um [dos comerciantes] tivesse sido separado por tábuas ou cestas de vime ou em outras cubas, de modo que se pudesse distinguir qual (trigo) seria de cada um (dos comerciantes), não poderia nos ter sido restituído por uma permuta, mas, então, aquele cujo trigo tivesse sido entregue poderia reclamar em juízo que o marinheiro [Saufeio] solvesse a dívida. Por causa disso, se desaprovava as ações *oneris aversi*: porque ou as mercadorias, as quais seriam confiadas ao marinheiro, seriam de tal gênero que imediatamente fossem feitas dele [marinheiro] e o comerciante passaria a ter um crédito, e [nesse caso] a carga não pareceria ser furtada, porque era do marinheiro; ou a mesma coisa, que tivesse sido entregue, deveria ser restituída, [assim] ao locador caberia a ação de furto [e], por causa disso a [ação] *oneris aversi* seria um processo supérfluo. Mas, se (o trigo) tivesse sido dado para que pudesse saldar uma dívida com coisa semelhante [de mesmo gênero], o locatário responderia somente por culpa (é fato que se contratasse por causa de ambos, responderia por culpa), nem de modo algum haveria culpa porque ele restituiu a somente um dos comerciantes os cereais, já que seria necessário que ele [o trigo] fosse restituído primeiramente a alguém, embora o deixasse em uma condição melhor do que os outro.]

[308] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, p. 4, n. 9

R. FIORI[309], interpretando que a frase "*si ab aurifice ei repensum non esset*" refere-se tanto ao "*aurum faciundum datum*" quanto ao "*aurum debitum*", sustenta que o ouro dado para que o *aurifex* realizasse um serviço (hipótese do "*aurum faciundum datum*") deveria ser pesado no momento da dação e repesado (para eventual compensação, portanto, *repensum*) ao final do serviço; já na hipótese do "*aurum debitum*", a frase "*si ab aurifice ei repensum non esset*" significa que o ouro dado pelo *paterfamilias* ao ourives em virtude do contrato de locação em que o *facere* do artesão já tenha sido realizado e o objeto produzido tenha sido entregue, mas que não se exauriu ainda toda a restituição do ouro não utilizado, porque ainda não foi feita a repesagem. Consequentemente, em ambos os casos, sendo transferido, mas ainda não restituído, o ouro não está no patrimônio do *paterfamilias*, mas sim, do ourives (haveria somente um direito a esse crédito que não faria parte do legado). Por isso, ele afirma haver a passagem do *dominium* neste caso de *locatio conductio*, mas sem defender que o jurista republicano tenha aceitado essa solução em todos os casos de locação.

Com argumento parecido, A. METRO[310] simplifica o debate ao dizer que, segundo Quinto Múcio, o ouro dado pelo testador (*paterfamilias*) ao ourives para que prestasse um serviço ou o ouro devido ao testador deveriam ser excluídos do legado. Ao nosso ver, essa explicação é a mais confiável, porque as demais adicionam elementos que não podem ser atestados em outro textos atribuídos a Quinto Múcio. Dessa forma, fica constatado somente que o jurista republicano tenha admitido que o ouro dado pelo *paterfamilias* a um ourives, independentemente da razão, seria transferido ao ourives e, portanto, não faria parte do legado destinado à esposa.

Sem dúvida, essa constatação remete ao fragmento *Alf. 5 Dig. a Paul. epit. D. 19, 2, 31*[311], aonde Alfeno[312], outro jurista tardo-republicano, afirma textualmente que existiriam dois gêneros de coisas dadas em locação ("*rerum locatarum duo genera esse*"): o "*idem redderetur*" cuja propriedade não se transfere ao *conductor* e o "*eiusdem generis redderetur*" cuja propriedade se transfere ao

---

[309] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, *cit. nota 8 supra*, especialmente pp. 56-57
[310] Cfr. A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, p. 197
[311] Vide nota 18 supra.
[312] Sobre a atribuição dessa solução a Alfeno vide N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, *cit. nota 17 supra*, pp. 208 e ss.; A. METRO, Locazione e acquisto della proprietà, *cit. nota 17 supra*, p. 206.

conductor e resta ao *locator* um direito de crédito ("*ex posteriore in creditum iri*"). Para explicar cada uma dessas categorias, ele recorre justamente ao caso do tintureiro (item 2.3) e ao caso da fabricação de coisa. Dessa forma, nos parece bastante provável que esse também tenha sido o pensamento de Quinto Múcio no fragmento D. 34, 2, 34pr. Ou seja, haveria transferência de propriedade do ouro dado ao ourives – que se tornaria um direito de crédito do *paterfamilias* contra o ourives – e, assim, esse ouro não faria parte do legado deixado à esposa.

O comentário pomponiano. O comentário de Pompônio[313] traz novos elementos ao debate a partir da afirmação "*hoc ex parte verum est, ex parte falsum*", de modo que ele divide a sua resposta em três hipóteses: a primeira em relação ao "*quod ei deberetur*", a segunda, ao "*ut ex eo auro aliquid sibi faceret... mercedem praestaturus pro opera aurifici videtur*" e a terceira, ao "*ex eo auro fieret aliquod corpusculum, sed alio quatenus dominium transit eius ad aurificem*".

Primeiramente, ele afirma que Quinto Múcio está correto em relação ao ouro dado pelo *paterfamilias* ao ourives em virtude de uma *stipulatio*, porque nesse caso o ouro não seria computado ao *suum* do *paterfamilias* (por ainda ser uma expectativa de direito) e, consequentemente, não seria devido à esposa. Quanto a isso não parece haver problema. Entretanto, ao citar a *stipulatio*, Pompônio parece querer negar a existência de uma *locatio conductio* no segundo exemplo de Quinto Múcio ("*aurum debitum*").

De acordo com R. FIORI[314], Pompônio exemplifica o caso do "*aurum debitum*" com uma *stipulatio*, porque, diferentemente de Quinto Múcio, não entende ser possível a transferência do *dominium* por meio de uma *locatio conductio*. Desse modo, para descaracterizar o entendimento da jurisprudência tardo-republicana, ele nega a existência de uma locação ao mesmo tempo que reinterpreta o "*quod ei deberetur*" como se fosse outra relação jurídica em que pudesse haver essa transferência.

---

[313] A autenticidade desse trecho é bastante discutida na doutrina, sendo frequentemente aceita a tese de emendas justinianeiras (cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, Litotipo, 1924, pp.181 e ss.; U. BRASIELLO*, L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, *cit. nota 38 supra*, pp. 568 e ss.). Em sentido contrário, N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, *cit. nota 17 supra*, p. 189 considera o texto genuíno ("*D. 34, 2, 34 kann als unverfälscht überlieferter Text aus Pomponius*").

[314] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 60-61

Ademais, invertendo o exemplo apresentado no fragmento, Pompônio concordaria com Quinto Múcio, caso o ouro entregue fosse para pagar o serviço de ourivesaria que resultou em objeto com ouro do próprio artesão, isto é, o ouro não deveria ser dado à esposa. Nota-se, então, a transferência de *dominium* do ouro dado em pagamento ao ourives. Curioso notar que nessa hipótese ele rechaça a ideia de haver uma *locatio conductio* entre as partes. Em outras palavras, entregando ouro para receber ouro transformado, independentemente do esforço dispendido pelo ourives (serviço), Pompônio enxerga um negócio jurídico atípico, o qual ele aproxima de uma permuta ao invés de uma *locatio conductio* ("*quasi permutationem fecisse videatur*"). Ao nosso ver, diante desse fato, devemos supor que Pompônio seja partidário da ideia de que a *merces* não poderia ser dada sob outra forma que não *pecunia* ou, por uma derivação disso, que a *locatio conductio* não poderia existir quando o objeto da locação fosse o mesmo da *merces*.

Porém, o ouro seria devido à esposa quando é dado para que algum objeto seja feito pelo ourives e Pompônio reconhece haver o pagamento de uma *merces* em razão do serviço do artífice (e, consequentemente, a existência de uma *locatio conductio*). Para ele, nessa situação, não haveria transferência de *dominium* do ouro ("*dominium tamen non mutavit*"), ao mesmo tempo em que uma *merces* deveria ser paga pelo serviço ("*videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici*"). Infelizmente, Pompônio não deixa claro se o pagamento do serviço poderia ser feito com o próprio ouro dado pelo *paterfamilias*, o que legitima as indagações anteriores.

Segundo N. BENKE[315], Pompônio chega a conclusões diferentes (reputa existir no segundo caso uma *locatio conductio* e no terceiro uma *permutatio* atípica), porque ele entende haver características físicas diferentes do *aurum* daquilo pensando por Quinto Múcio. Enquanto Quinto Múcio teria individualizado o ouro somente quanto à quantidade, Pompônio teria considerado objetos de ouro individualizados ou em quantidade separadas e determináveis[316]. Como no excerto

[315] Cfr. N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis"*, *cit. nota 17 supra*, p. 177 e ss.

[316] A proposta de N. BENKE distancia-se dos elementos apresentados no fragmento, bem como não encontra suporte em outros textos jurídicos do período analisado, por isso, é difícil imaginar que a diferença física do ouro tenha dado azo ao debate entre os dois juristas romanos (nesse sentido, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 59). Preferimos, então, a solução de A. METRO, que discute justamente o que nos parece ser, de fato, mais relevante: a estrutura jurídica que dá suporte à transferência do *dominium* no enxerto muciano e na resposta pomponiana.

muciano, a tese proposta por N. BENKE não pode ser atestada nas fontes restrita ao pensamento muciano.

Pensamento diverso tem A. METRO[317], uma vez que as soluções dos dois juristas romanos seriam diversas, porque Quinto Múcio não recorre à *locatio conductio* no caso do "*aurum faciundum datum*" e, consequentemente, conclui que é possível haver a transferência do *dominium*, o que, por sua vez, seria impossível à Pompônio, já que entende tratar-se de uma locação. No mesmo sentido deste autor, mas sustentando que tanto Quinto Múcio quanto Pompônio estavam se referindo à *locatio conductio* em seus exemplos, R. FIORI defende que seria possível a transferência de *dominium* em um contrato de locação de acordo com a jurisprudência tardo-republicana, o que teria sido negada pela jurisprudência do principado[318]. Por isso, Pompônio se esforça em adaptar a resposta muciana.

A identidade da coisa. De fato, o fragmento *Pomp. 9 ad Q. Muc. D. 34, 2, 34 pr.* é complicadíssimo para justificar definitivamente qualquer tese sobre a função do ouro na relação cliente-ourives, porque não está claro se os exemplos pensados por Quinto Múcio foram os mesmos utilizados por Pompônio, o que influenciaria na percepção dos autores modernos sobre a relevância (material ou econômica atribuída ao ouro no fragmento). Entretanto, existe um indício que Pompônio discordasse da solução muciana, uma vez que desconsideraria haver uma "*locatio conductio operis*" no caso em que considera haver uma transferência de *dominium* (defendendo que existisse uma "*quasi permutationem*"). A razão para isso seria a divergência entre eles sobre a transferência de propriedade feita internamente a uma *locatio conductio operis* em razão de uma suposta *specificatio* da *res*. O único consenso que parece haver entre os autores é que existe um caso de *specificatio* consequência inerente a atividade desenvolvida pelo ourives.

Dessa forma, entendemos oportuno expor rapidamente como a *specificatio* teria influenciado a jurisprudência romana antes de avançarmos para os demais textos.

---

[317] Cfr. A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio conductio 'irregularis'*, *cit. nota 17 supra*, p. 198 e ss.
[318] Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 60

Segundo M. BRETONE[319], existe *specificatio* sempre que existe transformação das coisas, que pode ocorrer por intervenção humana ou por causas naturais. Contudo, o direito se preocupa apenas quando essa transformação influencia na propriedade da coisa. Para esclarecer essa afirmação, ele utiliza justamente o caso do artesão. Se o artesão transforma coisa sua, não surge nenhum conflito de interesse, porque artesão e proprietário são a mesma pessoa. Contudo, quando ele se utiliza de uma coisa de outrem como matéria e não possui nenhum tipo de acordo com o proprietário se impõe um dilema jurídico; a quem pertence a nova coisa, ao artesão que produziu a coisa em sua nova forma ou ao proprietário que forneceu a matéria-prima sem querer uma nova coisa? A solução dada pela jurisprudência do Principado foi a seguinte: se a coisa produzida pudesse ser reconduzida de novo ao estado de matéria, o proprietário da matéria seria também proprietário da coisa (Sabino e Cássio); mas se essa recondução não for possível, a nova coisa será propriedade do artesão (Nerva e Próculo)[320]. Para M. BRETONE, a razão dessa divergência na jurisprudência romana seria a influência da concepção aristotélica e estoica sobre os conceitos de "forma", "matéria" e "substância"[321].

A explicação da jurisprudência romana com base na filosofia estoica não é nova para a doutrina romanista, a qual indica Panécio e Posidônio como introdutores dessa corrente filosófica grega em Roma, que, por sua vez, desde logo, tornou-se a filosofia da elite romana e, consequentemente, conquistando adeptos dentre os jurisconsultos romanos (especialmente, Quinto Múcio Scaevola, Marciano, Rutílio Rufo e Ulpiano). Contudo, certos exageros tecnicistas que

---

[319] Cfr. M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma, Laterza, 1998, pp. 81 e ss.

[320] Cfr. A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual de direito romano*, *cit. nota 3 supra*, pp. 269-270; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, *cit. nota 319 supra*, pp. 82. Diversos trabalhos se dedicaram a agrupar os juristas romanos entre a escola proculiana e sabiniana de acordo com as soluções dadas por eles em determinados casos. Por exemplo, G. L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, Giuffrè, 1981 *passim* defende que os Proculianos teriam seguido o modelo de *ius civile* dos *veteres*, motivo pelo qual havia uma predileção pela analogia, enquanto os Sabinianos reelaboraram o direito de modo mais autônomo e desprendido dos modelos tradicionais; já para M.-G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, Milano, Cisalpino, 1982, pp. 369 e ss. busca explicar a diferença entre as supostas escolas em razão da metodologia adotada por elas. Por outro lado, muitos autores têm superado a importância dada pela disputa entre essas escolas, redimensionando o debate para a figura individualizada de cada jurista (cfr. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, *cit. nota 12 supra*, especialmente p. 106, n. 121)

[321] Cfr. Cfr. M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, *cit. nota 319 supra*, pp. 73 e ss.

buscam explicar os limites da influência estoica no pensamento jurídico romano restaram superados[322].

Perceba-se que a *specificatio* foi tratada até agora nos casos em que o especificador não mantinha qualquer relação jurídica com o proprietário da matéria. Assim sendo, o caso da fabricação de coisa teria sido o caso mais recorrente na jurisprudência romana desse fenômeno que uniu a *specificatio* e um tipo contratual. Preferimos adotar uma posição mais conservadora sobre o assunto e não abordar o aspecto filosófico atrelado ao tema da *specificatio*, nem tampouco submeter a análise a uma disputa entre as Escolas Proculianas e Sabinianas, mas tão somente buscar compreendê-la em relação à *locatio conductio operis* em que haja interesse do proprietário em transformar a matéria em nova coisa. Isto é, não tentaremos aqui justificar a transformação da coisa sob o ponto de vista de uma ou de outra corrente filosófica (ou metodológica), apenas constatar a lógica adotada por cada jurista de dissertou sobre o tema.

3.1.2. A jurisprudência do Principado (Sabino, Cássio e Javoleno):

Pomponius 9 ad sab. Dig. 18.1.20. *Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.*

Pomp. 9 ad Sab. D. 18, 1, 20. Sabino respondeu que, se queremos que alguma coisa nos seja feita, como, por exemplo, uma estátua ou um vaso ou alguma roupa, de modo que não déssemos nada além de dinheiro, parece ser uma compra, nem pode ser qualquer *locatio*, se não é dado o próprio material para quem aquilo fez. Diferentemente, por outro lado, se desse um espaço, onde tu construíste uma casa, porque naquele momento a essência parte de mim.

Neste fragmento[323], Pompônio remete a uma opinião de Sabino sobre a distinção entre *locatio conductio* e *emptio venditio*. Segundo ele, se o contratante

[322] Cfr. M. REALE, *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico*, *cit. nota 23 supra*, p. 210 e ss. No mesmo sentido, R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, *cit. nota 14 supra*, I, p. 187

[323] As análises mais recentes consideram apenas as palavras "*etiam*" e "*seu vestem*" interpoladas (Cfr. R. MARTINI, *"Mercennarius". Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, in

desse apenas *pecunia* para que algo fosse feito para ele, então haveria uma *emptio venditio*; se desse *pecunia* e a matéria-prima, haveria *locatio conductio*.

Aparentemente, Sabino excluía a possibilidade de existir uma *locatio conductio operis* nos casos em que uma parte tivesse dado a outra uma coisa diversa daquela que deveria ter dado para a elaboração do objeto ("*ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret*")[324]. Isto é, Sabino não admitia o pagamento da *locatio* com coisa diversa de *pecunia*, nem tampouco admitia a existência de uma *locatio* se a parte não concedesse a matéria-prima para elaboração do objeto do contrato. Sobre esses dois critérios operava a distinção do tipo contratual para Sabino.

Nesse sentido, o excerto pomponiano do fragmento anterior (*Pomp. 9 ad Q. Muc. D. 34, 2, 34pr*) começa a fazer mais sentido, porque explicaria a tentativa de Pompônio descaracterizar o exemplo muciano como uma *locatio operis* e também o impede de assumir a relação como uma *emptio venditio*, porque a matéria-prima fora dada pelo *paterfamilias*. Assim, só lhe resta atribuir uma outra relação negocial, a qual, para Pompônio, se aproximaria de uma *permutatio*. Nesse sentido, Pompônio estaria se aproximando do pensamento sabiniano.

Outro fragmento sobre o período do começo do Principado é:

Gai. 3, 147. *Item quaeritur, si cum aurifice mihi conuenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet uerbi gratia denarios CC, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem uenditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et uenditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, conuenit locationem conductionem contrahi.*	**Gai 3, 147.** Do mesmo modo é perguntado se (eu) tivesse acordado com um ourives para que ele fizesse para mim anéis feitos com seu próprio ouro de determinado peso e formato e [ele] aceitasse, por exemplo, duzentos denários, seria contratada uma compra e venda ou uma *locatio et conductio* [?]. Cássio [Longino] diz que, na verdade, os materiais são contratados por meio da compra e venda, por outro lado, os serviços são contratados por meio da *locatio et conductio*; mas agrada à maior parte [dos juristas], ser contratado

Quaderni di "Studi Senesi", Milano, Giuffrè, 1958, p. 20, n. 1; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 191, n. 27)

[324] Sobre a relação entre o caso do ourives e do tintureiro remetemos J. P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought*, *cit. nota 8 supra*, p. 71, n. 50.

[somente] uma compra e venda. Mas, se (eu) désse a ele meu próprio ouro como quantia paga por uma mercadoria em razão do trabalho convém ser contratada uma *locatio conductio*.

Neste fragmento[325], Gaio apresenta novamente o caso da fabricação de anéis por um ourives nos seguintes termos[326]: o contratante paga duzentos denários ao ourives para que ele lhe faça anéis com o próprio ouro. Isto é, o ourives seria o proprietário da matéria-prima. Nesse caso, segundo Gaio, Cássio existiriam dois contratos: uma *emptio venditio* da matéria-prima (ouro) e uma *locatio conductio* do serviço prestado (*opera*). Entretanto, a doutrina majoritária ("*plerisque placuit*") entende que exista apenas uma *emptio venditio* para todo o negócio, exceto se a matéria-prima fosse dada pelo contratante, porque nesse caso seria uma *locatio conductio*. Ponto importante da discussão é que ela é essencialmente material, já que Gaio não atribui importância ao perfil processual para resolver a questão[327]. Ademais, a base desse fragmento é utilizada também pelos compiladores justinianeus em Inst. 3, 24[328].

---

[325] Atualmente a doutrina considera genuína toda a passagem do fragmento (nesse sentido: A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, pp. 200 e ss.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 207; B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3,147*, in *Rivista di Diritto Romano 3* (2003), p. 7 e n. 20)

[326] O conteúdo desse fragmento se repete em *Gaius 2 rer. cott. Dig. 19.2.2.1. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.* [= (Gai. 2 rer. cott. D. 19, 2, 2, 1. De tal forma, a compra e venda parece ter alguma familiaridade com a *locatio et conductio*, que em alguns [momentos] costuma-se perguntar se é uma compra e venda ou uma *locatio et conductio*. Eis que, se combinar com um ourives, para que ele faça anéis de certo peso e forma para mim, [que] seja a partir de seu próprio ouro, e aceitasse, por exemplo, trezentos [denários], seria uma compra e venda ou uma *locatio et conductio*? Se admite existir [nesse caso] somente um negócio e a maioria [entende] ser uma compra e venda, mas se eu tivesse dado o ouro em razão da quantia a ser paga pela obra, não há dúvida que seja uma *locatio et conductio*.)]

[327] Cfr. B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3,147*, *cit. nota 325 supra*, p. 2

[328] *Inst. 3, 24. Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? et Cassius ait, materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit, tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit. [5] Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.* [= (Inst. 3, 24. [4] Também se discute, se Tício

A tradução da resposta de Cássio encobre um problema do texto original. O texto gaiano refere-se a uma *locatio operarum* a distinção propostapor Cássio. Por outro lado, o fragmento *Inst. 3, 24* se refere a mesma ideia atribuída a Cássio, mas dessa vez sob a forma de uma *locatio operis*. Por essa razão, estaríamos diante de duas hipóteses: ou houve um erro durante a cópia do texto gaiano presente na versão Veronese ou, de fato, Cássio teria considerado a mão-de-obra do ourives ao invés do resultado do serviço[329]. Como se está tratando da hipótese na qual o ourives é proprietário da matéria-prima, essa confusão não acarretaria grandes problemas, uma vez que a transferência de propriedade parte, indubitavelmente e exclusivamente, do ourives para o cliente.

Cássio é o único jurista que desdobra o negócio em dois contratos justamente por causa da individualização que faz em relação a *specificatio*. Nisso concorda com os outros juristas (Pompônio e Sabino). Sobre a transferência de *dominium*, entende que só possa ocorrer internamente a uma *emptio venditio*; sobre o pagamento de *pecunia* para prestação de um serviço, a entende como *merces* e, consequentemente, que exista uma *locatio conductio operis*. A resposta cassiana foi considerada uma tentativa de conciliar a questão, mas como demonstrado no texto gaiano, ela se mostrou isolada.

Em relação à solução aceita majoritariamente pela jurisprudência romana, segundo S. LONGO[330], em razão do elevado valor da *matéria* (ouro) em relação à *opera* realizada pelo *artifex* (fabricação de anéis), os *plerique* decidiram que o valor do serviço fosse absorvido ao critério de transferência de *dominium*, porque quem tivesse recebido os anéis não poderia restituir ao ourives o material dos quais eles mesmos eram compostos (ouro bruto). Dessa forma, todo o negócio foi considerado uma *emptio venditio*. De certo modo, a autora italiana propõe uma

---

conveio com um ourives que lhe fizesse este, com o seu próprio ouro, anéis de certo peso e forma; e recebesse, por exemplo, dez denários de ouro, trata-se da contratação de uma compra e venda ou uma *locatio et conductio*? Cássio [Longino] diz que, quanto à matéria, ser contratada uma compra e venda; mas quanto ao serviço, uma *locatio et conductio*. Mas agrada [à maior parte dos juristas] ser contratada somente uma compra e venda. Mas se Tício der o seu ouro convindo no pagamento do trabalho, não resta dúvida que é uma *locatio et conductio*. [5] O *conductor* deve fazer tudo conforme a cláusula do contrato de *conductionis*; e se houver no contrato alguma omissão, deve prestar o trabalho conforme ao bem e à equidade. Quem deu ou prometeu pagamento pelo uso de roupas, de prata ou de animal dele se exige um cuidado tal como o empregaria nas suas coisas um diligentíssimo *paterfamilias*; e se a empregar, mas perder a coisa por algum caso fortuito, não fica obrigado a restituí-la)].

[329] Cfr. A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, p. 201, n. 35

[330] S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146*, *cit. nota 216 supra*, p. 495, n. 99

interpretação parecida com aquela que foi feita em *Iav. 5 ex post. Lab. D. 18, 1, 79*[331]. Entretanto, apesar de se sustentar juridicamente, entendemos que ela não poderia ser adotada do ponto de vista da *specificatio*, porque ela independe do aspecto econômico da *res* transformada. E nos parece que é sob esse argumento que se decidiu em relação a tipicidade contratual no caso do ourives.

Outro fragmento que suscita esse debate é *Iav. 11 epist. D. 18, 1, 65*[332]:

Iavolenus 11 epist. Dig. 18.1.65. *Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres: utrum emptio sit an locatio? respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit, emptionem puto esse, non conductionem: totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet.*	**Iav. 11 epist. D. 18, 1, 65.** Acordamos que tu darias a mim um certo número de telhas por certo preço, o que tu fizeste: uma venda ou uma *locatio*? Respondeu-se que, se se acordou que eu oferecesse [o material do] meu próprio fundo rústico para tu fazer as telhas, julgo que é venda, não *conductio*. Tantas vezes, de fato, é *conductio* de alguma coisa, quanto o material, de que algo é realizado, continua no mesmo estado [original]. Todas as vezes que, verdadeiramente, [a matéria] não só é modificada, mas é alienada, deve ser entendida como venda mais que *locatio*.

Neste fragmento, apesar de não se referir ao caso do ourives (*locatio conductio operis*), Javoleno parece seguir uma lógica diversa daquela compartilhada por seus contemporâneos. Ele afirma que haveria uma *emptio venditio* ao invés de uma *locatio conductio*, no caso em que o contratante acordasse o fazimento de telhas com matéria-prima própria. Na contramão dos textos anteriores, Javoleno termina dizendo "*quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet*", dando a entender que traria a mesma solução no caso do ourives.

---

[331] Ver item 2.3

[332] Assim como, A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, p. 201, n. 38, que viu conexão entre os exemplos dados, também seguimos seu conselho na medida em que o fragmento *Iav. 11 epist. D. 18, 1, 65* deva ser analisado com muitas reservas para que seja possível contrapô-lo aos demais textos sobre a fabricação de coisas.

Segundo A. METRO[333], a resposta de Javoleno poderia ser um testemunho da extensão do esquema empregado na *locatio conductio rei* aos casos em que uma coisa fosse entregue para que sobre ela fosse realizada alguma atividade. Assim, para existir uma *locatio conductio* seria necessário que a coisa entregue fosse restituída na sua identidade (depois de realizada a atividade sobre ela). Esses casos, pois, representariam uma promiscuidade entre a *locatio conductio rei* e a *operis*. Entretanto, o mesmo autor admite que o fragmento poderia ser entendido tanto como uma prova de um processo evolutivo, quanto uma solução isolada de Javoleno.

3.1.3. **A solução pauliana (*Paul. 34 ad ed. D. 19, 2, 22, 2*)**

Paulus 34 ad ed. Dig. 19.2.22.2. *Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.*	**Paul. 34 ad ed. D. 19, 2, 22, 2.** Quando alugo a construção de uma casa, a fim de que o *conductor* faça todas as coisas à suas próprias expensas, [ele] transfere a mim a, na verdade, a propriedade de todas [as coisas] e, entretanto, existe *locatio*. Na verdade, o profissional aluga sua própria atividade, isto é, a necessidade de fazer [obrigação de fazer].

No fragmento *Paul. 34 ad ed. D. 19, 2, 22, 2*, Paulo pressupõe a existência de uma locação em uma *insula aedificanda*, na qual o *conductor* realiza a obra a suas expensas e a propriedade dos materiais passa ao *locator*.

Primeiramente, cumpre ressaltar que por muito tempo a doutrina interpretava o fragmento pauliano exclusivamente como extensão da *fattispecie* explicitada por Sabino em D. 18, 1, 20[334]. Dessa forma, partia-se da premissa que a propriedade do fundo rústico pertenceria ao *locator*[335]. A conveniência dessa

[333] Cfr. A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, p. 201, n. 38
[334] Segundo R. FIORI, *La definizioni della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 221 e n. 121 essa tendência foi formulada nas Basílicas e usada até a Pandectista.
[335] Dentre os autores mais recentes que adotaram essa premissa, os mais proeminentes são T. MAYER-MALY, *Locatio Conductio*, *cit. nota 45 supra*, p. 75; U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, *cit. nota 38 supra*, *passim*; B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3,147*, *cit. nota 325 supra*, pp. 9-12, especialmente n. 28.

interpretação era clara, a resposta pauliana se enquadraria perfeitamente na hipótese sabiana e, consequentemente, seria possível afirmar que ele era partidário da ideia de que era necessário ao contratante ser proprietário da coisa para que chegasse a conclusão de haver uma *locatio conductio*.

Entretanto, recentemente, alguns autores passaram a confrontar essa premissa[336]. Eles passaram a interpretar o fragmento *D. 19, 2, 22, 2* em seu contexto original, isto é, no Livro 34 *ad edictum*. Com isso, o pensamento pauliano passou a ser explicado em duas partes.

Na primeira (fr. 518 O. LENEL = *D. 19, 2, 20pr* e *2; 22pr.*)[337], ele afirma que a compra e venda e a locação podem ser condicionadas (*D. 19, 2, 20pr*) e demonstra isso em seguida com um exemplo de compra e venda condicionada de um fundo rústico, que é passa a ser considerada uma locação porque o preço não fora pago (*D. 19, 2, 21*). Diante dessa explicação Paulo explica que o *conductor* é obrigado *ex locato*, mas o *locator* não é obrigado *ex conducto*, mas somente *ex empto*[338]. Ou seja, se não houve o pagamento do preço a *res* não será adquirida e, portanto, o contrato será de locação. A solução pauliana se aproxima daquela dada por Javoleno em *D. 18, 1, 79* (item 2.1.2.2), na medida em que ele busca enquadrar a *fattispecie* em um único tipo contratual, superando, inclusive, alguns detalhes.

Na segunda parte (fr. 519 O. LENEL = *D. 19, 2, 22, 1-2*)[339], ele rompe com a lógica anterior e interpreta existir uma *locatio conductio* ao invés de uma *emptio venditio*, porque existe "*faciendum aliquid dare*".

---

[336] Cfr. L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, *cit. nota 109 supra*, p. 98, n. 68; P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, *cit. nota 46 supra*, p. 105, n. 318; R. FIORI, *La definizioni della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 221

[337] *Paul. 34 ad ed. Dig. 19.2.20pr. Sicut emptio ita et locatio sub condicione fieri potest. (...) [2] Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat. (...) [22pr.] Item si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio* [= (Paul. 34 ad ed. D. 19,2,20pr. Assim como a venda, assim também a *locatio* pode ser feita sob condição. (...) [2] Por vezes, o *locator* não é obrigado, [e] o *conductor* é obrigado, do mesmo modo que o vendedor aluga um fundo rústico até o momento em que ele solvesse o preço a ele [*locator*] (...) [22pr.] Da mesma forma, se não pago o preço [, no caso anterior], a coisa seja feita em não comprada, então caberá a ação *ex locato*)].

[338] Nesse sentido também M. TALAMANCA, *s. v. Vendita*, in *ED 46* (1993), p. 318; R. FIORI, *La definizioni della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene, 1999, p. 222

[339] *Paul. 34 ad ed. Dig. 19.2.22.1. Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est.* [= (Paul. 34 ad ed. D. 19,2,22,1. Sempre que se dá algo para fazer, existe locação)].

U. BRASIELLO[340] defende que nesse caso Paulo tenha recuperado a *media sententia* de Cássio (*emptio materiae* e *locatio operarum*), mas o fragmento se refere apenas à hipótese da *locatio operarum*. Entretanto, essa intepretação está muito além dos dizeres paulianos. Porém, não parece tão absurdo que Paulo tenha se inspirado na solução proposta por Quinto Múcio e Alfeno[341].

Essa opinião se justifica pelo paralelo que Paulo cria entre a transferência de propriedade e a escolha do tipo locatício. O trecho final ("*locat... faciendi necessitate*") deixa subentendido que Paulo supõe a existência de uma *locatio conductio* mesmo que verificada a passagem de propriedade dos materiais. De fato, Paulo se mostra partidário da ideia que o *artifex* não fornece somente uma *res*, mas também um serviço. Esse último elemento não pode ser ignorado ou absorvido (como por acessão) pela *materia*, porque constitui, na visão pauliana, a raiz da obrigação do *artifex*.

3.1.4. **Conclusões preliminares**

Como ficou claro pela exegese desses fragmentos, a jurisprudência tardo-republicana (Quinto Múcio e Alfeno) não enxergavam qualquer problema na transferência de propriedade internamente à *locatio conductio*. O tipo contratual locatício sequer fora questionado sob essa perspectiva pelos juristas republicanos. Por causa disso, também não enfrentaram qualquer problema para tentar distingui-la da *emptio venditio*. De acordo com R. FIORI[342], o conteúdo econômico-social dos dois contratos estava suficientemente caracterizados para que essa questão sequer fosse suscitada.

Em um momento posterior, no início do Principado, em razão de um debate jurisprudencial sobre a *specificatio*, a solução tardo-republicana foi revisada e se abriu para um novo tipo de debate: definir o tipo contratual com base na transferência de propriedade da *res*.

A existência desse debate é comprovada nos fragmentos *Gai. 3, 147* e *Inst. 3, 24*. De um lado, os seguidores da doutrina tradicional, atribuíram a

---

[340] Cfr. U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, *cit. nota 38 supra*, pp. 573 e ss.; acompanhado por B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3,147*, *cit. nota 325 supra*, p. 11.
[341] Nesse sentido, R. FIORI, *La definizioni della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 223.
[342] Cfr. R. FIORI, *La definizioni della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 226

propriedade do objeto manufaturado ao artesão, de modo que a propriedade da matéria-prima era irrelevante para a solução da questão, porque existiria ao menos uma passagem de propriedade entre o cliente e o artesão. Nesse caso, não haveria problema em abarcar todo o negócio jurídico como uma *locatio conductio*. Os partidários de uma solução calcada na propriedade da matéria-prima, se viram do outro lado do debate, uma vez que entendiam ser necessário que a matéria-prima fosse do cliente para que o negócio fosse estruturado por uma *locatio conductio*. Caso não fosse, em razão da transferência de propriedade o negócio seria estruturado por uma *emptio venditio*, ignorando-se a prestação do serviço. Cássio tentou mediar as duas posições e propôs uma terceira via: conduzir a relação que transfere o *dominium* da *matéria* ao contrato de compra e venda; e conduzir ao esquema locatício o serviço prestado. Contudo, essa tentativa conciliatória restou isolada na jurisprudência romana.

Com base nisso, o problema das possíveis relações entre cliente e ourives pode ser resumido em três *fattispecie*[343]. A primeira na qual o ourives fornece ao cliente seja a matéria-prima, seja a obra; a segunda na qual o cliente fornece uma quantidade de ouro ao ourives para que ele o use para fazer uma coisa (em relação a esse serviço fica estabelecida uma *merces* devida ao artesão); e, finalmente, a terceira na qual o ourives se obriga a realizar uma coisa para o cliente, fornecendo a matéria-prima, enquanto o cliente dá ao ourives uma quantidade de ouro.

Ademais, do ponto de vista terminológico U. SANTARELLI[344] é certeiro ao apontar o problema da qualificação "irregular" de determinados contratos típicos: a capacidade da vontade de autoqualificar-se. Em um exemplo bastante elucidativo, o autor demonstra seu ponto: "*se do a mutuo delle monete percè si siano restituite proprio quelle monete lì, si trata di um mutuo irregolare; se, invece, do in comodato perchè mi sia reso (non la stessa cosa nella sua specialità, ma) il 'tantundem' (l'equivalente, cioè,) allora si trata di um comodato irregolare*". Perceba que essa não parece ser a lógica romana, que tipifica o contrato por meio do *contrahere*, isto é, no momento de definição recíproca as obrigações, pouco

[343] Cfr. A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, *cit. nota 17 supra*, pp. 199 e ss.
[344] Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, *cit. nota 7 supra*, pp. 139 e ss.

importando a vontade das partes, mas o que de fato será restituído. Será comodato se houver o dever de restituir a mesma coisa ou será mútuo se o dever for de restituir o *tantundem*. Nesse sentido, recorrer a uma tipificação diversa daquela esperada pelo *contrahere* depende da elevação desse "novo" contrato ao *status* de irregular, porque deixa-se de lado a próprio *fattispecie* analisada para que dê lugar a um modelo interpretativo capaz de superar os limites do próprio tipo contratual.

Considerando isso, nos parece que a classificação desses casos em uma *locatio conductio "irregularis"* é injustificável, uma vez que essa irregularidade sequer foi percebida pela jurisprudência romana. A discussão sobre a possibilidade de transferência de propriedade na *locatio conductio* só existiu porque envolvia uma discussão anterior sobre a *specificatio*. Desse modo, não existiu um problema sobre tipo contratual, mas sobre quais premissas usar para defini-lo.

3.2. ***LOCATIO CONDUCTIO IN PERPETUUM* E A SOLUÇÃO JUSTINIANÉIA**

Em meio ao vasto tema que é o "*ager publicus*"[345], um caso se destaca em relação à definição do tipo contratual, o fragmento *Gai. 3, 145*:

---

[345] Uma análise aprofundada sobre a intrincada estrutura do *ager publicus* é feita por M. WEBER, *Römische Agrargeschichte*, Stuttart, Ferdinand Enke Verlag, 1981, [trad. pt.] E. BRANDÃO, História Agrária Romana, São Paulo, Martins Fontes, 1994, pp. 11 e ss. especialmente pp. 99-175; E. DE RUGGIERO, *Ager publicus-privatus*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. 1, t.2, Milano, L. Vallardi, 1892, pp. 592 e ss.; A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, G. Giappichelli, 1952, *passim*; S. LONGO, *Gai. 3.145 e la 'locatio in perpetuum' degli agri vertigales municipum*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris 78* (2012), pp. 257 e ss. Dentre as diversas formas de uso e concessão do *ager publicus populi Romani* durante o período republicano, aquela que se destaca para os nossos objetivos é a *locationes censoriae*, com a qual os censores concediam a fruição de lotes público a cidadãos romanos em troca de um valor periódico chamado *vectigal* (ou, alternativamente, parte da produção do fundo rústico). Por isso, esses fundos rústicos também eram conhecidos pelas alcunhas de *ager censorius* ou *ager vectigalis (populi Romani)* – termo esse que é reconhecido também como sinônimo de *ager emphyteuticarius* (cfr. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, *cit. nota 2 supra*, pp. 357 e ss.), entretanto, os termos são utilizados, na maioria das vezes, em fontes não jurídicas, o que deve ser visto com ressalvas. A imprecisão no uso dos termos não deve ser confundida com aquela proposta por Gaio, uma vez que a concessão censória era limitada no tempo (quinquenal) (cfr. S. LONGO, *Gai. 3.145 e la 'locatio in perpetuum' degli agri vertigales municipum*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris 78* (2012), p. 261). Ademais, o fragmento *Paul. 21 ad ed. D. 6, 3, 1pr* define os *agri "vectigales"* como *"in perpetuum locantur"*, relegando outras formas ao "*agri 'non vectigales'*", de modo a fazer uma diferenciação entre as figuras. Dessa forma, a *locatio censoria* não se confunde com a *locatio agri vectigales municipum*, nem tampouco esta última pode ser enquadrada no regime de direito público, uma vez que nos parece certo que se está discutindo a questão nos termos dos contratos consensuais, o que seria indício suficiente do caráter privado da relação (no mesmo sentido, G. PUGLIESE, *"Locatio-conductio"*, in *Derecho romano de obligaciones: homenaje al professor José Murga Gener*, Madrid, Centro de estudios Ramon Areces, 1994, p. 600, n. 10; S. LONGO, *Gai. 3.145 e la 'locatio in perpetuum' degli agri vertigales municipum*, op. cit., p. 268). Outro indício que reforça o caráter privatista da relação pensada por Gaio é o lugar de colocação do fragmento, o qual está entre dois

Gai. 3, 145. *Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.*	**Gai. 3, 145.** A compra e venda e a *locatio et conductio* parecem ter tal afinidade, que em certos casos se é levado a perguntar se há venda ou locação; por exemplo, quando se aluga uma coisa a título perpétuo, como os prédios municipais, que locados com a cláusula "enquanto o aluguel for prestado", não se podem tirar nem ao locatário nem ao seu herdeiro. A opinião dominante, porém, é tratar-se de locação.

Neste fragmento, Gaio diz haver certa dificuldade em definir se uma *fattispecie* negocial é *emptio venditio* ou *locatio conductio*, principalmente se estiver envolvida uma locação perpétua de coisa (*res in perpetuum locata sit*). Para ilustrar seu exemplo, cita o caso dos prédios municipais (*praediis municipum*) locados com a determinação que o contrato continuará existindo enquanto for pago o *vectigal*, podendo ser, inclusive, transmitido aos herdeiros. Sem muitas explicações dos porquês, ele afirma ser a posição dominante (*magis placuit*) que tratar-se-ia de uma *locatio conductio*[346].

Apesar das inúmeras questões que podem ser extraídas deste fragmento, como, qual o âmbito da relação negocial (público, privada ou público-privada)? seria possível atribuir ao *vectigal* as características de *merces*? existiria transmissão de propriedade? haveria mudanças na relação negocial após a transmissão ao herdeiro?, por ora nos concentraremos no problema suscitado por Gaio (*utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio*), porque dele decorrem todas as outras questões.

Já registramos que a discussão sobre a tipicidade contratual nos casos envolvendo a *locatio conductio* e a *emptio venditio* se pautou por dois grandes

---

outros fragmentos que discutem a aproximação entre *locatio conductio* e *emptio venditio* em uma clara intenção de tratar tudo no âmbito dos contratos consensuais na esfera privada.

[346] Segundo F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmática nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in *SDHI 30* (1964), p. 9, n. 14 e p. 17, n. 36, a disputa descrita por Gaio não seria mais atual ao seu tempo.

motivos: a natureza jurídica da *merces* e a possibilidade de transferência de propriedade por meio de uma locação.

A princípio, o problema parece ser consequência de uma característica estranha aos outros modelos negociais da *locatio conductio*, isto é, a prestação *in perpetuum* do *vectigal* colidiria com o dever de restituir a coisa. Ademais, o fragmento faz transparecer que o pagamento perpétuo de um valor correspectivo à concessão de uso do imóvel público seria para os juristas romanos uma celeuma, já que a expressão "*magis placuit*" nos permite deduzir que existiam juristas que discordassem dessa solução. Além disso, a perpetuidade da relação sugere que tratar-se-ia de um tipo específico de transferência de propriedade[347].

Segundo F. GALLO[348], a expressão "*locatio in perpetuum*" deve ser lida como "*locazione perpetua a cui accedeva uma clausola resolutiva sottoposta alla condizione del mancato pagamento del 'vectigal'*". Dessa definição podemos extrair algumas informações importantes. A primeira e mais óbvia e que o tipo contratual é uma locação. A segunda é que o *vectigal* é equiparado à *merces*. A terceira é que a perpetuidade da relação é condicionada ao pagamento periódico da quantia fixada à título de *vectigal*. Dessa forma, o jurista italiano enxerga no *vectigal* o elemento jurídico escolhido pelos *prudentes* para distinguir a *locatio in perpetuum* de uma *emptio* (*in perpetuum*). A explicação para isso era que o rateio de pagamento do *pretium* teria sido algo muito distante da realidade romana, cuja predileção sempre foi pelo pagamento total em uma única parcela[349].

A proposta de F. GALLO é plausível, na medida em que aceita a *merces* como a forma de pagamento periódico de uma quantia certa como sendo preferível em relação ao *pretium*. Mas, entendemos que a questão da transferência de propriedade também permeia a questão. No trecho "*neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur*" existe uma menção direta ao direito do herdeiro em continuar no fundo rústico, o que demonstra uma transmissibilidade desse direito. Ao nosso ver, isso só seria possível, se houvesse a transferência de propriedade por meio da *locatio conductio (rei)*. Além disso, são direitos do *vectigalista*: (a) a

---

[347] Cfr. R. FIORI, *La definizioni della 'locatio conductio', cit. nota 8 supra*, p. 215, n. 102.
[348] Cfr. F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmática nella 'locatio' degli 'agri vectigales', cit. nota 346 supra*, p. 28
[349] Cfr. F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager vectigalis*, v. 1, Faenza, Stabilimento Grafico Fratelli Lega, 1938, pp. 28 e ss.

possessio[350]; (b) perceber os frutos[351]; (c) ceder seu direito em usufruto[352]; (d) hipotecar o fundo rústico[353]; (e) fruir das ações *arborum furtim caesarum*[354], *aquae pluviae arcendae*[355], *communi dividundo*[356] e *finium regundorum*[357], bem como da *publiciana in rem actio*[358].

Todos esses direitos do *vectigalista* demonstram o motivo de existir uma disputa sobre a escolha do tipo contratual. Muitos deles se sobrepõem tanto ao tipo locatício quanto o tipo da compra e venda. Sem dúvida, essa natureza *sui generis* permitiu que esse contrato experimentasse uma evolução bastante singular. Ela pode ser constatada no fragmento *Inst. 3, 24*:

Inst. 3, 24. *Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit*

Inst. 3, 24. [3] E é tamanha a intimidade que têm entre si a compra e venda com a *locatio et conductio*, que em alguns casos surge de ordinário a questão de se saber se o contrato é de compra e venda ou de *locatio et conductio*. Por exemplo, a respeito dos prédios dados a certas pessoas para deles fruírem perpetuamente, isto é, enquanto por isso pagarem ao proprietário o foro ou a renda, não é lícito tomá-los nem ao próprio *conductor*, nem ao seu herdeiro, nem a quem o *conductor* ou o seu herdeiro tiver vendido, doado, dado a título de dote ou alienado de qualquer outro modo. Mas como os antigos duvidavam sobre a espécie desse contrato, considerando-o uns como *locatio* e outros como venda, foi baixada a lei Zenoniana que determinou a natureza própria ao contrato de enfiteuse, que não propende nem para a locação nem para a venda, mas deve se fundar em convenções próprias. E se se fizer algum pacto desses, vale

[350] D. 2, 8, 15, 1
[351] D. 22, 1, 25, 1
[352] D. 7, 4, 1pr
[353] D. 13, 7, 16, 2; D. 20, 1, 31
[354] D. 47, 7, 5, 2
[355] D. 39, 3, 23, 1
[356] D. 10, 2, 9 e 10
[357] D. 10, 1, 4, 9
[358] D. 6, 2, 12, 2

pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur.	como se fosse um contrato natural; e se nada se pactuar sobre os riscos da coisa, então, perecendo ela totalmente, redunda no proprietário o risco respectivo; perecendo parcialmente, tal dano o sofre o enfiteuta. Deste direito usamos.

A passagem preservada pelos compiladores justinianeus confirmam a disputa que Gaio mencionara em *Gai. 3, 145*. Ademais, registra-se a "promulgação" da Lei Zenoniana, que tinha por objetivo conferir um tratamento específico ao tema e trouxe consigo o contrato de enfiteuse, que tinha regras totalmente diferentes da locação e da compra e venda. Segundo S. O. CASCIO[359], a *locatio in perpetuum* teria sido um contrato agrário perpétuo típico que se fundiu com o contrato de enfiteuse do direito grego.

Dessa forma, a *locatio in perpetuum* é mais uma prova da flexibilidade do sistema contratual romano (não significa dizer que as mudanças ocorreram na mesma dinâmica moderna), que encontrou em uma figura *sui generis* a resposta para uma disputa sobre tipicidade contratual.

[359] S. O. CASCIO, *Studi sull'enfiteuse*, in *AUPA 22* (1951), p. 16. Recomendamos a obra também para aqueles que se interessam pela origem greco-romana da enfiteuse.

4. CONCLUSÃO

De acordo com os resultados obtidos nos capítulos que compõe essa tese, se conclui que a *locatio conductio* não é somente uma figura contratual capaz de articular inúmeros interesses negociais envolvendo *personae* e *res* à título oneroso, em razão de um tipo contratual aberto às complexidas sociais e comerciais exigidas pela sociedade romana. Os capítulos **Erro! Fonte de referência não encontrada.** e **Erro! Fonte de referência não encontrada.** demonstram que a *locatio conductio* é também o melhor exemplo da existência de um sistema contratual alternativo àquele rígido conceito de tipicidade contratual (*Typenzwang*), que não foi capaz de elevar a atipicidade ao conceito de categoria contratual como conhecemos modernamente.

Apesar de não ser incluído entre fonte de obrigação por não ter sido em nenhum momento tratada como uma categoria contratual, foi possível constatar que tipicidade processual e material não eram conceitos tão rígidos assim, mas possivelmente resultado do processo formular que passou a exigir a identidade entre elas, porque o pretor decidia sobre a concessão da tutela processual quando estivesse em questão relações estranhas ao *ius civile* tradicional. Diante desse cenário, nos parece bastante plausível que as teses sobre a origem pretória (peregrina ou urbana) dos *bonae fidei iudicia* devam considerar que o trabalho pretório foi de internalização das regras socialmente praticadas e aceitas no mundo romano com a consequente inscrição formular das ações correspondentes (como exigência do pensamento jurídico romano). Ter consciência da origem formular dos contratos consensuais é importante também para entender que esses contratos também foram por algum tempo desconhecidos da jurisprudência romana, o que não lhes impediu de existir, sendo a tipificação a saída lógica para a concessão de tutela processual. Da mesma forma, a compreensão desse fato nos permite compreender a “oficialização” de relações negociais praticadas corriqueiramente.

Porém, de forma alguma essa identidade formal adquirida pela *locatio conductio* foi obstáculo para sua utilização como reflexo do crescimento e desenvolvimento econômico romano, sendo usada em diferentes contextos e para ser veste jurídica de diversos modelos negociais. Ao perceber o problema gerado por tamanho formalismo exigido pelo processo formular, os juristas romanos

(sobretudo Labeão) encontraram na *agere praescriptis verbis* o caminho para flexibilizar a própria regra da tipicidade. Inegável contribuição foi aquela atribuída a Labeão, que ainda se mantendo fiel a regra de tipicidade material, conseguiu tutelar por meio da *agere praescriptis verbis*, relações jurídicas que corriam o risco de não garantirem o *id quod interest* de uma das partes. Interessante notar que Labeão rompe parcialmente o paradigma do *Typenzwang*, uma vez que ainda é imprescindível para ele que haja a tipicidade contratual, mas flexibiliza a tutela processual. Dessa forma, essa tutela atípica não foi usada somente para solucionar casos materialmente atípicos, mas também aqueles casos em que a ação típica seria mais prejudicial ao interesse do autor da ação. Por esse motivo, elas foram preservadas, posteriormente, nas obras justinianeias.

Consciente da inovação trazida através do pensamento labeoniano, Aristão expande consideravelmente a utilização a tutela atípica e vai além. Seu conceito de "*causa*" é a abstração de uma regra que permitiu as partes protegerem os mais variados interesses, por meio de convenções atípicas.

A comparação entre o Capítulo 2 e 3, nos permite concluir também que a tipicidade contratual era discutida em dois planos diferentes, mas que conviveram em relativa harmonia na jurisprudência romana. Se por um lado, a *locatio conductio* era confrontada com outros contratos típicos a fim de se estabelecer seu conteúdo jurídico (*merces – uti frui*), tendo a *emptio venditio* como o exemplo mais recorrente e importante; de outro lado, os casos envolvendo a *locatio conductio* serviram frenquemente para a jurisprudência romana superar o paradigma da tipicidade. Essas duas preocupações externadas pelos *prudentes* ao longo de toda jurisprudência clássica demonstram também uma dinâmica contratual totalmente desconsiderada pela literatura, que pretende estudá-la como se fosse um ponto fixo na História.

Por fim, verificou-se uma discussão sobre a possibilidade de transferir a propriedade da coisa internamente na *locatio conductio*. No caso mais curioso, que merece uma abordagem mais profunda da doutrina romanista, se verificou que a própria atividade legislativa do imperador foi forma de solucionar embates doutrinários envolvendo a *locatio conductio*, como pudemos verificar nos fragmentos que analisaram a *locatio conductio* e a enfiteuse (item 3.2).

5. BIBLIOGRAFIA

ADAMS, Bertrand, *Haben die Römer 'depositum irregulare' und Darlehen unterschieden?*, in *SDHI 27* (962), pp. 360-371

ALBANESE, Bernardo, *Ancora in tema di sussidiarietà dell´"actio de dolo"*, in *Labeo 9* (1963), pp. 42-56

_____, *La sussidiarietà dell´actio de dolo*, in *AUPA 28* (1961), pp. 173-321

ALBUQUERQUE, Pedro de, *O contrato de empreitada nas 'Siete Partidas'*, in *Estudos em homenagem ao Professor Miranda*, v. 6, Coimbra, Ed. Coimbra, 2012, pp. 10.595-10.622

AMIRANTE, Luigi, *Locazione*, in *NNDI 9* (1963)

_____, Ricerche in tema di locazione, in BIDR 62 (1959)

ANTHON, Charles, SMITH, William, *A new classical dictionary of Greek and Roman biography, mithology and geography*, New York, Harper & Brothers Publishers, 1884

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma (anno 1948-1949)*, Napoli, Jovene, 1949

_____, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1984

_____, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1921

_____, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in AA.VV., *Studi economici-giuridici*, v. 4, Cagliari, Università di Cagliari, 1912, pp. 75-144

ARTNER, Michael, *Agere praescriptis verbis: atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002

BECHMANN, August, *Der Kauf nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, v. 1, Erlangen, Andreas Deichert, 1876

_____, *Der Kauf nach gemeinem Recht. System des Kaufs nach gemeinem Recht*, v. 2, Erlangen, A. Deichert, 1884

BECK, Alexander, *Zur Entstehung des römischen Mietvertrages*, in *Festschrift Hans Lewald*, Basel, Herbing U. Lichtenhan, 1953, pp. 3-13

BENEMOND, Fernanda Hennenberg, *Contratos 'build to suit'*, Almedina, Coimbra, 2013

BENKE, Nikolaus, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis"*, in *ZSS* 104 (1987), pp. 156-237

BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953

BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, v. 2, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911

BETTI, Emilio, *Istituzioni di diritto romano*, v. 1 e 2 (t. 1), Padova, CEDAM, 1942-1963

_____, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la considetta atipicità del diritto ordieno*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, v. 1, Napoli, Morano Editore, 1966, pp. 7-37

_____, *Sul valore dogmático della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR 1-6* (1916), pp. 3-96

BIONDI, Biondo, *Iudicia bonae fidei*, in *AUPA 7* (1918), pp. 3-280

BISCARDI, Arnaldo, *"Quod graeci synallagma vocant"*, in *Labeo 29* (1983), pp. 127-139

_____, *Nozione classica ed origini dell'auctoramentum*, in Studi in onore di Pietro de Francisci, v. 4, Roma, 1956, pp. 107-129

BONFANTE, Pietro, *Il contratto e la causa del contratto*, in AA.VV., *Scritti giuridici varii*, v. 3, Torino, Editrice Torinense, 1926, pp. 125-134

BONIFACIO, Franco, *Ricerche sul deposito irregolare in Diritto Romano*, in *BIDR 50* (1948), pp. 80-152

BRASIELLO, Ugo, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *RISG 2* (1927)

BRETONE, Mario, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma, Laterza, 1998

BROGGINI, Gerardo, *Iudex arbiterve. Prolegonema zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, Böhlau Verlag, 1957

BURDESE, Alberto, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI 51* (1985), pp. 458-477

_____, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 63-92

_____, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *AA.VV., Diritto Romano e Terzo Millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, *Atti*

del Convegno Internazionale di Diritto Romano di Companello 2000, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 87-108

_____, *In margine ai contratti innominati*, in *BIDR 88* (1985), pp. 397-412

_____, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, UTET, 2000

_____, *Recenti prospettive in tema di contratti,* in *Labeo 38* (1992), pp. 200-220

_____, *Studi sull'ager publicus*, Torino, G. Giappichelli, 1952

_____, *Sul concetto di contrato e i contratti innominatti in Labeone*, in *AA.VV., Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, Cisalpino La Goliardica,*1988*

_____o, *Sul reconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *IURA 36* (1985), pp. 14-69

_____, *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *AA.VV. Atti del Convegno sulla problematica contrattuale in Diritto Romano (Milano, 1995)*, Milano, LED, 1998, pp. 17-34

CANNATA, Carlo Augusto, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del 2. Congresso Internazionale Aristec* (Palermo, 1995), Torino, G. Giappichelli, 1997, pp. 35-61

_____, *L'actio civilis in factum*, in *IURA 57* (2008-2009), pp. 9-48

CARDILLI, Riccardo, *'Bona fides' tra storia e sistema*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 2010

CARRO, Valeria, *I gladiatori e il loro regime giuridico: traditio gladiatorum*, in *XXIII Convegno Internazionale Mestieri e professioni della tarda antichità (Spello 22-24 giugno),* 2017, pp. 1-29

CASCIO, Salvatore Orlando, *Studi sull'enfiteuse*, in *AUPA 22* (1951), pp. 3-568

CATALANO, Pierangelo, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, v. 2, Napoli, Jovene, 2001, pp.95-117

COCHIS, Benedetta, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3,147*, in *Rivista di Diritto Romano 3* (2003), pp. 1-16

COPPA-ZUCCARI, Pasquale, *Il deposito irregolare*, Modena, Soc. Tip. Modenesem, 1901

CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano, CORREIA, Alexandre Augusto de Castro, *Manual de Direito Romano. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, v. 2, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955

CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Sedrega, 1969

COSTA, Emilio, *Il diritto romano privato nelle commedie di Plauto (rist. anast. 1890)*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1968

_____, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, Bocca, 1915

COSTANZA, Maria, *Il contratto atipico*, Milano, Giuffrè, 1981

CRISTALDI, Salvatore Antonio, *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in *Index* 39 (2011), pp. 491-523

CRUZ E TUCCI, José Rogério, AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Lições de História do Processo Civil Romano*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2013

CURSI, Maria Floriana, FIORI, Roberto, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR 105* (2011), pp. 145-184

DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, CEDAM, 2004

_____, *Ancora sul valore del richiamo al 'synallagma' in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di Remo Martini*, v. 1, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 827-853

_____, *Come nasce un'ideia: la causa del contratto*, in *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law 2* (2013), pp. 353-384

_____, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Seminario Complutenses de Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística 22* (2009), pp. 251-292

_____, *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.2* (Ulp. 4 ad ed.): L'elaborazione del concetto di causa del contratto, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006, pp. 280-335

DE BERNARDI, Matteo, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra 'dolus' e 'bona fides' nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano* (Milano 7-9 aprile 1987, Cisalpino-Goliardica), v. 2, Milano, Cisalpino La Goliardica, 1990, pp. 129-171

DE FRACISCI, Pietro, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, v. 1, Pavia, Mattei & C., 1913

_____, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, v. 2, Mattei & C., Pavia, 1916

DE LIGT, Luuk, *Studies in Legal and Agrarian History II: Tenancy under the Republic*, in *Athenaeum 88* (2000), pp. 377-391

DE MARTINO, Francesco, *Lex Rhodia*, in *Rivista del diritto della navigazione 3* (1937), pp. 335 -347

DE NEEVE, Pieter Willem, *Colonus. Private farm-tenancy in Roman Italy during the Republic and Early Principate*, Amsterdam, J. C. Gieben, 1984

DE RUGGIERO, *Ettore*, *Ager publicus-privatus*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. 1, t.2, Milano, L. Vallardi, 1892

DEGENKOLB, Heinrich, *Platzrecht und Miethe. Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie*, Berlim, C. G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung, 1867

DI PAOLA, Santi, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, in *BIDR 49-50* (1947), pp. 277-331

DILIBERTO, Oliviero, *Ricerche sull'auctoramentum e sulla condizione giuridica degli auctorati*, Milano, Giuffrè, 1981

D'ORS, Álvaro, *El Contrato catoniano sobre el rebaño de ovejas (Cat. Agr. 150)*, in *BIDR 91* (1988)

_____, et al., *El Digesto de Justiniano (versión castellana)*, t.1-3, Pamplona, Aranzadi, 1968-75

DU PLESSIS, Paul J., *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27BCE- 284CE*, Leiden-Boston, Brill, 2012

_____, *Subletting and the Roman law of letting and hiring Interpreting C. 4, 65, 6*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 52 (2005), pp. 135-146

_____, *The hereditability of 'locatio conductio'*, in *Beyond Dogmatics: Law and Society in the Roman World*, Edimburgo, 2007, pp. 139-153

_____, *The Roman Concept of 'lex contractus'*, in *Roman Legal Tradition 3* (2006), pp. 79-94

ERNOUT, Alfred, MEILLET, Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4ª ed., Paris, C. Klincksieck, 1967

FACCO, Javier Humberto, *'Oportere ex fide bona'. Uma construciòn decisiva de la jurisprudencia romana*, in *Revista de Derecho Privado 24*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 17-41

FALCHI, Gian Luigi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, Giuffrè, 1981

FARIA, Ernesto et al., *Dicionário escolar latino-português*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Artes Gráficas Gomes de Souza S/A, 1962

FINAZZI, Giovanni, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'. Azione pretoria ed azione civile*, v. 1, Napoli, Jovene, 1999

FIORI, Roberto, *'Contrahere' e 'solvere obligationem' in Quinto Mucio*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 1.995-1.974

_____, *'Contrahere' in Labeone*, in *Carmina Iuris. Mélanges em l'honneur de Michel Humbert*, Paris, De Boccard, 2012, pp. 311-331

_____, *Bona Fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte prima)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, v. 2, Napoli, Jovene, 2006, pp. 127-228

_____, *Bona Fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, v. 4, Napoli, Jovene, 2011, pp. 97-242

_____, *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, in *Rivista del diritto della navigazione 49 (1)* (2010), pp. 149-176

_____, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, v.1, Napoli, Jovene, 2003, pp. 169-238

_____, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene, 1999

_____, *Proculo e l'agere praescriptis verbis*, in *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen, V&R Unipress, 2014, pp. 257-268

_____, *Recenzione.* A. TRISCIUOGLIO, *'Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare'. Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana eaugustea*, in *IURA 49* (1998), pp. 194-207

FREZZA, Paolo, *Actio communi dividundo*, in *RISG 7* (1932), pp. 3-142

FRIER, Bruce W., *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, Princeton University Press, 1980

GALLO, Filippo, '*Agere praescriptis verbis' e editto alla luce di testimonianze celsine*, in *Labeo* 44 (1998), pp. 7-25

_____, *Disciplina giuridica e costruzione dogmática nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in *SDHI 30* (1964), pp. 1-49

_____, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problemática contrattuale*, v. 1, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1988

_____, Synallagma e conventio nel contrato. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne, v. 1, Torino, G. Giappichelli, 1992

_____, *Synallagma e conventio nel contratto Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano*, v. 2, Torino, G. Giappichelli, 1995

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso Luis, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. 1-3, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889

GRÖSCHLER, Peter, Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin, Ducker & Humblot, 2002

GUARINO, Antonio, *Catone giureconsulto*, in *Iusculum iuris*, Napoli, 1985

_____, *I gladiatores e l'"auctoramentum"*, in *Labeo 29* (1983), pp. 7-24

_____, *Il leasing dei gladiatori*, in *Index13* (1985), pp. 461-465

_____, *La multiforme 'locatio-conductio'*, in *IURA 50* (1999), pp. 1-5

_____, *La sussidiarietà dell´"actio de dolo"*, in *Labeo 8* (1962), pp. 271-278

_____, *Letture di R. SANTORO, Il contratto secondo Labeone, in AUPA 37 (1983), pp. 5-289*, in *Labeo 28* (1983), pp. 327-330

_____, *Punti di vista. 'Magister' e 'gubernator navis'*, in Labeo 11 (1965), pp. 36-42

_____, *Recensione di B. ALBANESE, La sussidiarietà dell´actio de dolo*, *in AUPA 28* (1961), pp. 173-321, in *Pagine di Diritto Romano 6*, Napoli, Jovene, 1995, pp. 281-290

_____, *Spartaco professore?*, in *Labeo 26* (1980), pp. 325-327

_____, *Spartaco. Analisi di un mito*, Napoli, Liguori, 1979

HIRATA, Alessandro, *I contratti innominati e il considetto 'Lebensrettungsvertrag' nel diritto romano*, in Studia Warmińskie 51 (2014), pp. 217-224 [= *Der sogennante Lebensrettungvertrag im klassischen römischen Recht*, in *RFD 108* (2013), pp. 145-153]

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Qualificação jurídica de acordo operacional. Contrato atípico complexo com fortes elementos dos contratos de 'know how' e de*

mandato com administração, in *Revista Forense*, v. 101, n. 380, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 239-255

KASER, Max, *Das Altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschuchte der Römer*, Göttigen, Vandenhöck und Ruprecht, 1949

_____, *Römisches Privatrecht*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung [trad. pt] RODRIGUES, Samuel, HÄMMERLE, Ferdinand, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999

_____, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen (Philologisch-Historische Klasse)*, 2ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1969, pp. 50-78

KAUFMANN, Horst, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staalicher Vermögensverwaltung*, Graz-Köln, Böhlau, 1964

KNIEP, Ferdinand, *Gai institutionum commentarius tertius (§§ 88-225). Obligationenrecht. Text mit Erklärung und Anhängen*, v. 3, p. 2, Jena, Gustav Fischer Verlag, 1917

KNÜTEL, Rolf, *Die Haftunf für Hilfspersonen im römischen Recht*, in *ZSS 100* (1983), pp. 340-443

KRANJC, Janez, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in *ZSS* 106 (1989), pp. 434-468

LAMBRINI, Paola, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Seminario Complutenses de Derecho Romano 20-21* (2009), pp. 225-249

_____, *Recezione R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, in *Archivio Giuridico 221* (2001), pp. 119-131

LANFRANCHI, Fabio, *Studi sull'ager vectigalis*, v. 1, Faenza, Stabilimento Grafico Fratelli Lega, 1938

LENEL, Otto, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª ed., Leipzig, Bernhard Tauschnitz, 1927

LEVY, Ernst, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Gesamelte Schriften II*, Köln-Kraz, Böhlau, 1963, pp. 261-286 [= *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufsrechts*, in *Symbolae friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, B. Tauchnitz, 1931, pp. 108-142]

LIDDELL, Henry G., SCOTT, Robert, JONES, Henry Stuart, MCKENZIE, Roderick, *A Greek-English Lexicon with a revised supplement*, Oxford, Claredon Press, 1940

LOMBARDI, Luigi, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, Giuffrè, 1961

LONGO, Carlo, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR* 18 (1906)

_____, *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio-conductio'*, in *Études de droit romain dédiées à Mélanges Paul Frédéric Girard*, t. 2, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1942, pp. 105-117

LONGO, Sara, *Gai. 3.145 e la 'locatio in perpetuum' degli agri vertigales municipum*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris 78* (2012), pp. 255-322

_____, *L'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3, 146*, in *Studi in onore di Antonio Metro*, v. 3, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 470-507

MADEIRA, Hélcio Maciel França, *A 'advocatio' no Direito Romano [dissertação de mestrado]*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, s. p., 1996

_____, *Digesto de Justiniano (liber primus)*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2002

MARCHI, Eduardo C. Silveira, *Da compra-e-venda sujeita a pesagem, contagem e medição e o problema dos riscos da coisa vendida ('periculum rei venditae')*, in *RFD 105* (2010), pp. 81-107

MARTÍNEZ, José Antonio Vela, *El contrato de 'locatio conductio'. Notas sobre su recepción em ele derecho castellano medieval, con especial referencia al Código de 'Las Partidas'*, in *Revista de Derecho UNED 11* (2012), pp. 601-634

MARTINI, Remo, *"Mercennarius". Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, in *Quaderni di "Studi Senesi*", Milano, Giuffrè, 1958

MASI, Antonio, *Locazione (storia)*, in *ED 24* (1974)

MAYER-MALY, Theo, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956

_____, *Tipicità e unita della 'locatio-conductio'*, in *Labeo 5* (1959), pp. 390-397

MELILLO*, Generoso, 'Contrahere', 'pacisci', 'transigere'. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, 2ª ed., Napoli, Liguori, 1994

METRO, Antonio, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966

_____*, La sublocazione dell'opus faciendum*, in *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversarie*, v. 1, Amsterdam, Gieben J. C., 1995, pp. 339-347

_____, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. 'locatio-conductio irregularis'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano 7* (1995), pp. 191-216

MICHEL, Jacques-Henri, La g*ratuité en droit romain*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1962

MOMMSEN, Theodor, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in *ZSS 6* (1885)

MOMMSEN, Theodor, KRUEGER, Paul, *Corpus iuris civilis*, v. 1-2, Berlin, Weidmann, 1872-89 (reimpressão de 1954)

MONCAYO, Socorro Rodríguez, *'Locatio conductio', uma institución unitaria com múltiple función económico-social*, in *Letras jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana 15* (2007), pp. 177-188

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007

NELSON, Hein L. W., MANTHE, Ulrich, *Gai Institutiones III (88-181). Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, Dunkler & Humboldt, 1999

ORESTANO, Riccardo, *Azzone (o Azzo dei porci)*, in NNDI 2 (1957)

_____, *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, v. 1, Torino, Giappichelli, 1968

PALMA, Antonio, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla 'causa contractus'*, in *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, Napoli, Satura, 2013, pp. 7-28

PARÍCIO Javier, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, in *Seminario en homenaje a Raimondo Santoro*, Palermo, Salerno Arti Grafiche, 2010

_____, *Genesi e natura dei 'bona fidei iudicia'*, in *Atti del Convegno di Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di Arnaldo Biscardi*, Siena, 2001, pp. 207-214

_____, *Una observación sobre Gai. 3.*146, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, v. 2, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, 1988, pp. 991-994

PARKER, A, *Classical Antiquity: the maritime dimension*, in *Antiquity 64* (1990), pp. 335-346

PASTORI, Franco, *Il comodato in diritto romano*, Milano, Cisalpino, 1995

PENTA, Margherita, *La causa come elemento negoziale nel diritto romano*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e dele Finanze* 3 (Marzo, 2006), pp. 1-15

PÉREZ VIVÓ, Alberto, *Un antecedente historico del contrato de sociedad: las sociedades agrarias de Caton*, in *Anales de la Universidad de Alicante – Facultad de Derecho* 1 (1982)

PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit (Halle, 1873)*, v.1 (reimpr.), Aalen, Max Niemeyer, 1963

_____, *Parerga*, in *ZRG 9* (1888), pp. 195-260

PEROZZI, Silio, *Le obbligazioni romane*, in AA.VV., *Scritti giuridici*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 311-439

_____, *Istituzioni di Diritto Romano*, v. 2, Roma, Athenaeum, 1928

PINNA PARPAGLIA, Paolo, *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1983

PRICHARD, A. M., *Sale and Hire*, in *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, Oxford, Claredon Press, 1959, pp. 1-8

PUGLIESE, Giovanni, *"Locatio-conductio"*, in *Derecho romano de obligaciones: homenaje al professor José Murga Gener*, Madrid, Centro de estudios Ramon Areces, 1994, pp. 597-610

REALE, Miguel, *Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico. Ensáio de interpretação à luz da teoria tridimensional do direito*, in *RFD 49* (1954), pp.190-220

RICCOBONO, Salvatore, *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte (Fr. Vatic. 71b und Seneca de beneficiis v. 19, 8)*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, v. 4, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1949, pp. 55-63

_____, *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, v. 1, Milano, Fratelli Treves Editori, 1930, pp. 123-171

RODRÍGUEZ-DÍAZ, Emma, *De la noción de contrato al 'pactum displicentiae' en derecho romano*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1998

ROLING, Marco, *Nauta et negotiator. Multidisciplinar onderzoek naar regionale verschillen in de organisatie van maritieme handel in de Romeise tijd*, [Master Archeologie – Numismatiek], Amsterdam, Vrije Universiteit Amsterdam, 2008, s.p. [https://www.marcoroling.nl/content/ MRoling1336991MasterNumismatiek.pdf]

ROTELLI, Giuseppe, *Ricerca di um criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in *BIDR* 75 (1972)

s/a, *Thesaurus Linguae Latinae. Editus iussu et auctoritate consilii ab academiis societatibusque diversarum nationum electi*, v. 7 (*intestabilis-lyxipyretos*), Leipzig, Teubner, 1956-1979

SAMPAIO, Rodrigo de Lima Vaz, *Da responsabilidade do comodatário pelo caso fortuito ou de força maior. Acerca do princípio do sacrifício da coisa própria*, in *RFD 103* (2008), pp. 1.027-1.074

_____, *Da responsabilidade objetiva do comodatário no direito romano*, in *RFD 104* (2009), pp. 769-838

_____, *Direito Marítimo Romano. A disciplina jurídica do alijamento* [tese de doutorado], Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s.p., 2013

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La cláusula ex fide bona y su influencia en el quantum respondeatur como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33*, in *Revista de Derecho Privado (enero-junio de 2015) 28*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 47-77

SANFILIPPO, Cesare, *Gli 'auctorati'*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 191-192

SANTARELLI, Umberto, *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1972

_____, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del Diritto*, Torino, G. Giappichellli, 1984

SANTORO, Raimondo, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onori di Cesare Sanfilippo*, v. 4, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 681-717

_____, *Il contratto secondo Labeone, in AUPA 37 (1983), pp. 5-289*

_____, *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del 2. Congresso Internazionale Aristec* (Palermo, 1995), Turim, G. Giappichelli, 1997, pp. 85-130

_____, *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del 2. Congresso Internazionale Aristec* (Palermo, 1995), Turim, G. Giappichelli, 1997, pp. 85-130

SARGENTI, Manlio, *In summa (Note esegetiche)*, in *AG 122* (1939), pp. 53-86

_____, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI 72* (2006), pp. 229-307

_____, *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in *Causa e contratto nella prospectiva storico-comparatistica. Atti del 2. Congresso Internazionale Aristec* (Palermo, 1995), Turim, G. Giappichelli, 1997, pp. 145-149

_____, *Labeone e la nascita dell'ideia di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA 38* (1987), pp. 25-71

_____, *Osservazioni sulla responsabilità dell'excercitor navis in dirito romano*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 551-580

SCACCHETTI, Maria Grazia, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, Milano, Cisalpino, 1982, pp. 369-404

SCHERILLO, Gaetano, *Locazione e precario,* in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze Lettere e Arti 52* (1929)

SCHIAVONE, Aldo, *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero antico*, Roma, Laterza, 1987

_____, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, Jovene, 1971

SCHULZ, Fritz, *History of roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946

_____, *Prinzipien des römischen Rechts*, [trad. it.] ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, *I principii del diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1946

SERRAO, Feliciano, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di um'economia -mondo*, Pisa, Pacini, 1989

TALAMANCA, Mario, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di Diritto Romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina' (Copanello, 1988)*, Napoli, 1990, pp.35-108

_____, *La tipicità del sistema contratuale romano*, in *RFD 86* (1991), pp. 44-64

_____, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4, 3, 9, 3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1993, pp.195-238

_____, *s. v. Vendita (diritto romano)*, in *ED 45* (1993)

TEMIN, Peter A., *Market Economy in the Early Roman Empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001

THOMAS, J. A. C., *D. 19, 2, 35, 1*, in *BIDR 74* (1971), pp. 83-88

_____, *Gaius and the gladiators*, in *Estudios de Derecho Romano. Homenaje a Carlos Sanchez del Rio y Peguero*, Zaragoza, Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, 1967, pp. 151-156

_____, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in *ZSS 81* (1964), pp. 109-133

TORRENT, Armando, *La polemica sobre la tricotomia 'res', 'operae', 'opus' y los origenes de la 'locatio conductio'*, *in* Rivista Internazionale On Line Teoria e Storia del Diritto Privato, v. 4, Napoli, G. Giappichelli, 2011

TRISCIUOGLIO, Andrea, *'Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare'. Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana eaugustea*, in *Memorie del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Torino* (Série V, Memória VII), Jovene, Napoli, 1998

VACCA, Letizia, *Diritto giurisprudenziale romano e tradizione romanistica*, in *Ius Aniquum 20* (2007), n. p.

VARVARO, Mario, *Ricerche sulla "praescriptio"*, Torino, Giappichelli, 2008

VIGNALI, Giovanni, *Corpo del diritto*, v.1-9, Napoli, Morelli, 1856-62

VILLAÇA, Álvaro Azevedo, *Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações*, in *RT 89* (2000), pp. 115-134

_____, *Contratos inominados ou atípicos*, São Paulo, Ed. J. Bushatsky, 1975

_____, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, São Paulo, Ed. Atlas, 2009

VOCI, Pasquale, *Azioni penali e azioni miste*, in SDHI 64 (1998), pp. 1-46

WALDE, Alois, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, Carl Winter, 1982

WATSON, Alan, '*Actio de dolo' and 'actiones in factum'*, in *ZSS 78* (1961), pp. 392-402

_____, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961

_____, *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961

_____, *The Digest of Justinian*, v. 1-4, Philadelphia, University of Pensylvania Press, 1998

_____, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1965

WEBER, Max, *Römische Agrargeschichte*, Stuttart, Ferdinand Enke Verlag, 1981, [trad. pt.] E. BRANDÃO, História Agrária Romana, São Paulo, Martins Fontes, 1994

WIEACKER, Franz, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *ZSS 80* (1963), pp. 1-41

WLASSAK, Moriz, *Praescriptio und bedingter Prozess*, in *ZSS 33* (1912), pp. 81-159

YARON, Reuven, *Im Dickicht der Locatio-Conductio*, in *Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Berlin-Heidelberg, Springer Verlag, 2005, pp. 205-217

ZANDRINO, Lucia, *Profili del latino giuridico: fedeltà del tradure e limiti dei calchi*, Torino, G. Giappichelli, 2011

ZHANG, Lihong, *Contratti inonominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeoni e di Aristone*, Milano, Giuffrè, 2007

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, Oxford University Press, 1996