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

R931I 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).R931I 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 Assinatura Assinatura _____ Prof.(a)_______
Julgamento _____ Instituição_____Assinatura _____ Prof.(a) Instituição Assinatura Prof.(a)_____ Instituição_____

Prof.(a) Instituição Assinatura

Assinatura _____

Julgamento _____

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.	INTROD	UÇÃO	6
	1.1. APC	ONTAMENTO DAS PREMISSAS	10
	1.2. BRE	EVE RESUMO DO DEBATE HISTÓRICO-JURÍDICO NA DOUTRINA ROMANIST	Α
	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 'LOCA	TIO CONDUCTIO' E A CONVENÇÃO ATÍPICA: TUTELA PROCESSUAL E	
		CONTRATUAL	40
		UTELA ATÍPICA EM LABEÃO NOS CASOS ENVOLVENDO A <i>LOCATIO</i>	EΛ
	2.1.1.	A dúvida entre modelos negociais na locação marítima	
		A condição e a regra de tipicidade processual segundo Labeão	
		Locatio aut aliud genus contractus: o pensamento labeoniano no fragmento D.	
	1, 80, 3		10,
		ONVENÇÃO ATÍPICA EM ULPIANO NOS CASOS ENVOLVENDO A <i>LOCATIO</i>	
		10	85
	2.2.1.	Locatio condutio e commodatum: um problema discutido desde os veteres	
	2.2.2.	(Continuação) Locatio conductio e commodatum: o caso dos bois dados para	
	fruição re	ecíproca 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. Con	ICLUSÕES PRELIMINARES	. 105
3.	UTRUM	EMPTIO ET VENDITIO AN LOCATIO ET CONDUCTIO CONTRAHATUR?	. 109
	3.1. OT	IPO CONTRATUAL EM RAZÃO DA FABRICAÇÃO DE COISA	. 110
	3.1.1.	A jurisprudência tardo-republicana	
	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. LO	CATIO CONDUCTIO IN PERPETUUM E A SOLUÇÃO JUSTINIANÉIA	. 132
4.	CONCLU	JSÃO	. 137
5.	BIBLIOG	SRAFIA	. 139

ÍNDICE DE ABREVIAÇÕES

BSPT

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

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

Rivista di Diritto Romano. Periodico di storia del diritto

RDR = 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 lustinianus

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 lustiniani

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 português², 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)*, 3^a 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, 2^a 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 intenção³. 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".

_

Torino, G. Giappichelli, 2011, pp. 2 e ss. e p. 29

Society, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953; H. G. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10^a ed., Graz, Akademische, 1958) ³ No mesmo sentido, L. ZANDRINO, *Profili del latino giuridico: fedeltà del tradure e limiti dei calchi*,

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 atípicos⁴ (artigo 425), as quais então intimamente relacionadas entre si. Apesar das modificações e transformações histórico-sociais⁵, 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 obrigacionais⁶. 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 <i>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 5°, 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 contratual⁷, 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 modernos⁸, 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 transporte⁹; 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 romano¹⁰. 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 concreto¹¹. 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

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 romana¹². 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; ld., 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; ld., Recenti prospettive in tema di contratti, in Labeo 38 (1992), pp. 200-220; ld., Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati, in IURA 36 (1985), pp. 14-69; ld., 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; ld., La tipicità del sistema contratuale romano, in RFD 86 (1991), pp. 44-64; ld., 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 típicos¹³, tem se mostrado insuficiente, na medida em que as contradições internas do "sistema" artificialmente criado vão surgindo¹⁴. 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 irregular¹⁵, o depósito irregular¹⁶ e a locação irregular¹⁷. 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, II 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 (<u>isto é</u>: 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, II 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 explicações¹⁹. 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 discutir²⁰, 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*, 5^a 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 consensual²¹. 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 honorário²², 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 local²³. 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 romanas²⁴. 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 juristas²⁶ com objetivo de resolver casos²⁷.

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 abordado²⁹. 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 romanogermânica. Assim, por derivar de uma "abstração casuística", o conteúdo normativo do direito romano pode se originar de um número infinito de casos-tipo³⁰, 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 contrato³¹. 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-contrato³². 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 casos³³, 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 alteradas³⁴. 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, II problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica, *cit. nota 14 supra*, I, p. 178.

³² Cfr. R. FIORI, Le forme 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 caso³⁵. 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 &}quot;I casi, proposti nelle opere giurisprudenziali come tipici, in quanto in relazione ad essi i qiureconsulti 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 soluão 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 locação³⁷, 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 comum³⁸.

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; ld., *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 termos⁴⁰, 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; CJ 4, 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, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 28, 2; D. 19, 2, 29-30pr; D. 19, 2, 30, 2-3; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 28, 2; D. 19, 2, 29-30pr; D. 19, 2, 30, 2-3; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 29-30pr; D. 19, 2, 30, 2-3; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 28, 2; D. 19, 2, 29-30pr; D. 19, 2, 30, 2-3; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 26; D. 19, 2, 25pr-2; D. 19, 2, 25 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, 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 jurídica⁴⁴.

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, 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, 4, 9pr-3; D. 39, 4, 10, 2; D. 41, 2, 10pr-2; D. 41, 2, 10, 2; 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, 3; D. 43, 24, 11, 12; D. 43, 34, 15, 1; D. 43, 34, 14, 17; 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. 44, 7, 2pr; D. 44, 7, 55; D. 44, 7, 25; D. 44, 7, 25; 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 È 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 Tábuas⁴⁵.

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 romano⁴⁶, 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 concretizadas⁴⁷, 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 préconsensual).

De acordo com R. FIORI⁴⁸, embora existam outros trechos que utilizam os termos locativos com conteúdo jurídico⁴⁹, 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, tratandose 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 catonianos⁵³. Nesse sentido, R.

1

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 indiretas⁵⁵. 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 consensual⁵⁶.

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 contratual⁵⁷, 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 consensual⁵⁸. 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. MOMMSEN⁵⁹, 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 magistrados⁶⁰.

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 Verres⁶¹ 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

⁵⁸Cfr. 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 PLESSIS⁶² 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. WATSON⁶³ 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 públicas⁶⁴.

Outros autores, debruçando-se sob a locação dos fundos rústicos⁶⁵, se distanciaram da teoria proposta por T. MOMMSEN e encontraram o fundamento da relação locatícia no *precarium*⁶⁶, enquanto outras relações locatícias teriam suas

_

modalidades (operis e operarum).

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; ld. *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

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 real⁶⁸, 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* primitiva⁷⁰.

Em 1915, E. COSTA⁷¹, 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 patronato⁷² (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. BECK⁷⁴ 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. KAUFMANN⁷⁷ 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 contrato⁷⁸.

Recentemente, L. DE LIGT⁷⁹, retomando uma antiga hipótese proposta por M. KASER⁸⁰, 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 romana⁸¹. 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 lus. 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 fidei82 em trabalho de Quinto Múcio Scaevola, conforme citação encontrada na obra ciceroniana Officiis 2.17.70. Desde então. assumiu desenvolvimento com o direito pretoriano⁸³ 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 consensual⁸⁴.

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 peregrina⁸⁵ ou urbana⁸⁶ 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* ancestral⁸⁷ 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 construción 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. BROGGINI⁸⁸, 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 aeguum 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 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, *ludex 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 oficial⁸⁹.

Também se afastando da justificativa tradicional, L. LOMBARDI⁹⁰ 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 corrente⁹¹. 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 bona92 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 acordo⁹⁴.

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 processuais⁹⁵. 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 equiparadas⁹⁶.

Nesse sentido, concordamos com J. PARICIO⁹⁷ 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-fé⁹⁸. 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 pretoriana⁹⁹. 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. COSTA¹⁰¹, 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-MALY¹⁰² 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-RUIZ¹⁰³, 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 estranheza¹⁰⁵. 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-la¹⁰⁶. 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 oneroso¹⁰⁷.

Desenvolvendo os breves argumentos suscitados por V. ARANGIO-RUIZ em seu manual, U. BRASIELLO¹⁰⁸ e L. AMIRANTE¹⁰⁹ 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. KAUFMANN¹¹⁰ 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 jurídicosociologica 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. FRIER¹¹¹, 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 NEEVE¹¹² 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 PARPAGLIA¹¹³ 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 marcante¹¹⁴. 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 cultivo¹¹⁵.

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" 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. FIORI¹¹⁷ 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. FIORI¹¹⁸ 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 luris. 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 quantia¹²³. 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

-

105 e ss.

122 Em opisição está P. LAMBRINI, Recezione R. FIORI, La definizione della 'locatio conductio'.

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.

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 equilibrio 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 equilibrio 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.

romanos tivessem conhecimento de uma distinção entre as várias hipóteses¹²⁴ locatícias e, assim, não renunciaram a um tratamento apartado das três figuras, considerando-as imprescindíveis para a correta inteligência do regime contratual da locação romana¹²⁵.

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 PLESSIS¹26 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; ld. *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.

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 economicigiuridici, 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

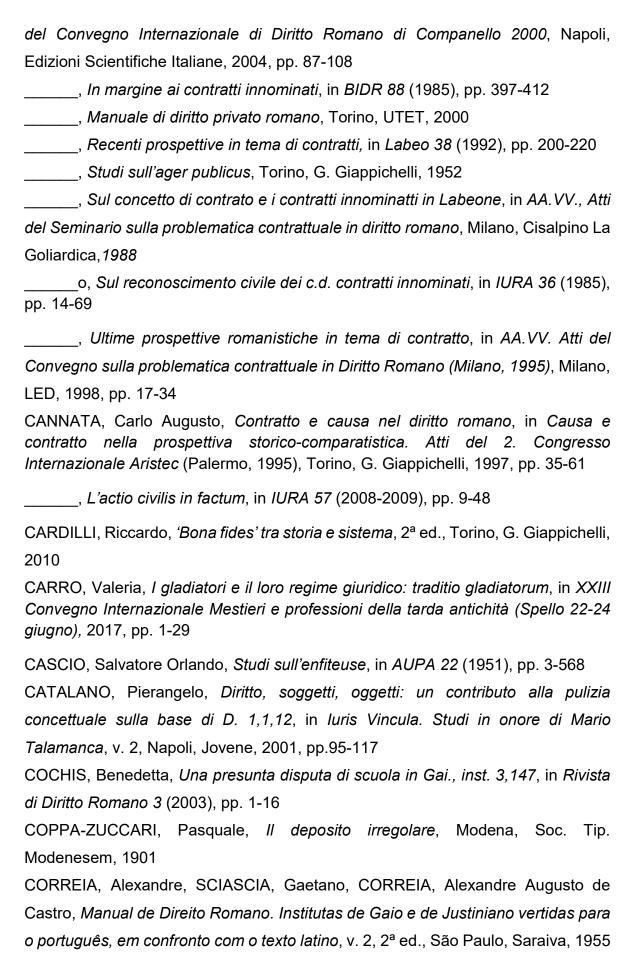
BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953 BESELER, Gerhard, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, v. 2, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1911 BETTI, Emilio, Istituzioni di diritto romano, v. 1 e 2 (t. 1), Padova, CEDAM, 1942-1963 , 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, *ludex 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.

, Il contratto romano tra forma, consenso e causa, in AA.VV., Diritto Romano

e Terzo Millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea, Atti

Murga Gener, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 63-92



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 construción 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 luris. 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
<i>eaugustea</i> , in <i>IURA 49</i> (1998), pp. 194-207
FREZZA, Paolo, <i>Actio communi dividundo</i> , in <i>RISG 7</i> (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
, <i>Il leasing dei gladiatori</i> , in <i>Index13</i> (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
, <i>Punti di vista. 'Magister'</i> e <i>'gubernator navis</i> ', in Labeo 11 (1965), pp. 36-
, 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
, <i>Spartaco. Analisi di un mit</i> o, Napoli, Liguori, 1979
HIRATA, Alessandro, <i>I contratti innominati e il considetto 'Lebensrettungsvertrag' nel diritto romano</i> , in Studia Warmińskie 51 (2014), pp. 217-224 [= <i>Der sogennante Lebensrettungvertrag im klassischen römischen Recht</i> , in <i>RFD 108</i> (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 lus. 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), 2^a 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*, 3^a 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, Giuffre, 1961
LONGO, Carlo, Appunti sul deposito irregolare, in BIDR 18 (1906)
, Sulla natura della 'merces' nella 'locatio-conductio', in Études de droi
romain dédiées à Mélanges Paul Frédéric Girard, t. 2, Paris, Librairie Arthu
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
<i>mestrado</i>], Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, s. p. 1996
, <i>Digesto de Justiniano (liber primus</i>), 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 RFL
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, <i>Locazione (storia)</i> , in <i>ED 24</i> (1974)
MAYER-MALY, Theo, Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischer
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 de 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 gratuité 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 forca 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. Giappichelli, 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
<i>Proculiani</i> , in <i>Studi in onore di Arnaldo Biscardi</i> , 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, <i>History of roman Legal Science</i> , Oxford, Clarendon Press, 1946
, Prinzipien des römischen Rechts, [trad. it.] ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, I
principii del diritto romano, Firenze, Sansoni, 1946
SERRAO, Feliciano, <i>Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di um'economia -mondo</i> , 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., <i>Market Economy in the Early Roman Empire</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2001

THOMAS, J. A. C., <i>D. 19, 2, 35, 1</i> , in <i>BIDR 74</i> (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, <i>La polemica sobre la tricotomia 'res', 'operae', 'opus' y los</i> 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 <i>Memorie del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Torino</i> (Série V,
Memória VII), Jovene, Napoli, 1998
VACCA, Letizia, Diritto giurisprudenziale romano e tradizione romanistica, in lus
<i>Aniquum 20</i> (2007), n. p.
VARVARO, Mario, <i>Ricerche sulla "praescriptio"</i> , Torino, Giappichelli, 2008
VIGNALI, Giovanni, <i>Corpo del diritto</i> , v.1-9, Napoli, Morelli, 1856-62 VILLAÇA, Álvaro Azevedo, <i>Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas</i> <i>prestaçõe</i> s, in <i>RT</i> 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, <i>Lateinisches etymologisches Wörterbuch</i> , Heidelberg, Carl Winter, 1982
WATSON, Alan, ' <i>Actio de dolo' and 'actiones in factum'</i> , in <i>ZSS 78</i> (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 , <i>The Digest of Justinian</i> , 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