

BEATRIZ HERNANDES SILVA

A lex commissoria na compra e venda no Direito Romano

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Alessandro Hirata

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

BEATRIZ HERNANDES SILVA

***A lex commissoria* na compra e venda no Direito Romano**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Romano e Sistemas Jurídicas Contemporâneos, sob a orientação do Prof. Titular Alessandro Hirata.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

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

Silva, Beatriz Hernandes

A lex commissoria na compra e venda no Direito Romano ; Beatriz Hernandes Silva ; orientador Alessandro Hirata -- São Paulo, 2023.

197

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Lex commissoria. 2. Compra e Venda. 3. Direito Romano. 4. Cláusula resolutiva. 5. Condição . I. Hirata, Alessandro, orient. II. Título.

Nome: SILVA, Beatriz Hernandes

Título: *A lex commissoria* na compra e venda no Direito Romano

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Agradecimentos

Agradeço a todos os amigos e familiares que estiveram comigo no maior desafio acadêmico por mim vivenciado: escrever a dissertação de mestrado em meio a uma pandemia mundial, com bibliotecas fechadas e restrição de circulação de pessoas.

Diante desse cenário, os amigos se tornam essenciais para a troca de experiências, de angústias e de materiais jurídicos. Por isso, agradeço ao Laudevino dos Santos Neto por compartilhar virtualmente as obras da Universidade de Sassari, bem como ao Gabriel Costa e a Ana Paula Palacini, companheiros desta jornada acadêmica.

Agradeço a minha mãe pela presença inabalável, pela paciência e dedicação em todos esses anos. À Danielle e ao Rodrigo, pela esperança renovada. À Helena, por me fazer acreditar no futuro. Ao Francisco, companheiro de vida, pelo apoio incondicional.

Agradeço ao Professor Alessandro Hirata pelos ensinamentos, não apenas jurídicos, pela generosidade de sempre e exemplo acadêmico.

Agradeço aos funcionários da Faculdade de Direito do Largo São Francisco que tornaram possível a execução desse trabalho.

Agradeço ao Gabinete 2416, na pessoa do Exmo. Desembargador Percival Nogueira, pelo incentivo à pesquisa e pela confiança depositada.

Obrigada.

Ao meu pai

Resumo

SILVA, Beatriz Hernandes. *A lex commissoria na compra e venda no Direito Romano*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Diante do entendimento de que a experiência romana não havia desenvolvido o conceito de condição resolutiva, para as hipóteses em que se desejava fazer cessar os efeitos de um ato, quando verificado um evento futuro e incerto, era acrescida a estrutura aos negócios *sub condicione*.

Por meio deles, havia um negócio jurídico puro e acrescia-se a ele uma convenção, mediante a qual se pretendia a resolução do negócio principal – era a *lex commissoria*. Se o evento estabelecido na condição ocorria, o pacto de resolução produzia o seu resultado e provocava a cessação dos efeitos jurídicos do ato principal.

Logo, a condição (inadimplemento) se apresentava apenas como um pressuposto para que o vendedor exercesse a faculdade prevista na cláusula contratual celebrada: a de resolver o negócio jurídico celebrado, com efeitos *ex tunc* e restituição dos frutos percebidos pelo comprador *pendente condicione* ou a cobrança do valor inadimplido pelo comprador.

A importância da *lex commissoria* ensejou a sua manutenção ao longo do desenvolvimento histórico, tendo sido prevista tanto no Código Civil de 1916 como no Código Civil de 2002.

Palavras-Chave: Compra e venda; *Lege dicta*; *Lex commissoria*; Resolução Contratual.

Abstract

SILVA, Beatriz Hernandes. *A lex commissoria na compra e venda no Direito Romano*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

In view of the understanding that the Roman experience had not developed the concept of resolutive condition, for cases in which the effects of an act were desired to cease, when a future and uncertain event was verified, the structure was added to the sub conditioned contracts.

Through them, there was a pure legal contract and a convention was added to it, through which the resolution of the main act was intended – it was the *lex commissoria*. If the event established in the condition occurred, the resolution agreement produced its result and caused the cessation of the legal effects of the main act.

Therefore, the condition (default) was presented only as a presupposition for the seller to exercise the faculty provided for in the contractual clause entered into: that of resolving the legal transaction entered into, with *ex tunc* effects and restitution of the fruits perceived by the buyer pending condition or executing of the amount defaulted by the buyer.

The importance of the *lex commissoria* gave rise to its maintenance throughout the historical development, having been foreseen both in the Civil Code of 1916 and in the Civil Code of 2002.

Keywords: *Contract of sale; Lege dicta; Lex commissoria; Contractual resolutions.*

Siglas e Abreviações das Fontes Secundárias

AHDE	<i>Anuario de Historia del Derecho Español;</i>
BIRD	<i>Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano – Vitorio Scialoja</i>
ED	<i>Enciclopedia del Diritto</i>
RFD	<i>Revista de Direito da Faculdade de Direito da USP</i>
RIDA	<i>Revue Internationale des Droits de l’ Antiquié</i>
RIDROM	<i>Ricercatrice di Diritto Romano</i>

Abreviações das Fontes Primárias

C.	<i>Código de Justiniano;</i>
C. Th.	<i>Código de Teodósio;</i>
D.	<i>Digesto;</i>
Gai.	<i>Instituições de Gaio;</i>
I.	<i>Instituições de Justiniano</i>

ÍNDICE

Introdução	14
2. O contrato no Direito Romano	19
2.1 O contrato como fonte das obrigações em Gaio	19
2.2 Etimologia de <i>contractus</i> e os seus elementos conformadores	23
2.3 O papel da <i>conventio</i> nos contratos segundo a experiência romana	26
2.4 A interpretação da <i>voluntas</i> nos negócios jurídicos bilaterais e o consenso como elemento unificador dos contratos	34
2.5 <i>Conventio</i> e <i>contractus</i>	38
2.5.1 A manifestação de vontade como fonte produtora de efeitos jurídicos	42
2.6 O papel da vontade na interpretação dos contratos	49
3. Considerações preliminares sobre o contrato de compra e venda em Roma	52
3.1 A compra e venda real	54
3.2 Elementos do contrato de compra e venda e os requisitos de validade	56
4. Elementos da compra e venda	58
4.1 Consenso	58
4.2 <i>Merx</i>	60
4.3 <i>Pretium</i>	61
5. As cláusulas contratuais típicas adicionadas aos negócios jurídicos bilaterais	63
6. <i>Conditio</i>	67
6.1 A <i>conditio</i> e a manifestação de vontade	71
6.2 O desenvolvimento histórico da <i>conditio</i>	74
6.3 Espécies anômalas da <i>conditio</i>	78
6.4 O contrato condicional	79
7. <i>Lege Dicta</i>	83
7.1 Pacto de melhor comprador (<i>In diem addictio</i>)	83
7.1.1 Elementos configuradores do tipo	86
7.2 Venda a contento (<i>Pactum Displicentiae</i>)	88
7.3 Venda à prova ou sujeita à degustação (<i>emptio ad gustum</i>)	90

8. Da <i>lex commissoria</i> ..	94
8.1. Elementos conformadores da <i>lex commissoria</i> ..	97
8.2. A <i>emptio condicionalis</i> e o pacto adjeto acrescido à compra e venda pura ..	98
8.3 As diferenças entre a <i>emptio condicionalis</i> e a <i>emptio pura quae sub condicione resolvitur</i> : a adoção do pacto adjeto pela experiência romana ..	101
8.4 A existência da condição resolutiva no Direito Romano: negócio jurídico <i>ad condicionem</i> ..	107
8.5 A “ <i>emptio pura sub quae condicione resolvitur</i> ”: o pacto de resolução suspensivamente condicionado acrescido à compra e venda pura ..	119
9. Os efeitos contratuais operados pela <i>lex commissoria</i> ..	121
9.1 Regime jurídico enquanto pendente a condição ..	129
9.2 A titularidade dos frutos percebidos na <i>emptio condicionalis</i> e na <i>emptio pura quae sub condicione resolvitur</i> ..	133
9.3 As opções do vendedor no caso do inadimplemento: resolução contratual, execução do valor inadimplido e as ações correspondentes ..	144
9.3.1 A restituição dos frutos e as ações cabíveis ..	147
9.3.2 Ações cabíveis para a restituição da <i>res</i> objeto da prestação ..	151
10. A condição no Código Civil Brasileiro ..	156
10.1 A condição como manifestação de vontade das partes ..	158
11. A resolução contratual no Código Civil de 2002 ..	161
11.1 A cláusula resolutiva e a condição resolutiva no ordenamento jurídico brasileiro ..	163
11.2 Antecedentes da cláusula resolutiva no ordenamento jurídico brasileiro ..	164
11.3 A resolução legal prevista no artigo 475 do Código Civil de 2002.....	166
11.4 A resolução convencional prevista no artigo 474 do Código Civil de 2002 ..	169
11.5 A cláusula resolutiva no compromisso de compra e venda: posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ..	171

11.5.1 A teoria do adimplemento substancial aplicada à cláusula resolutive: requisitos para aplicação	176
12. A identificação, pela doutrina brasileira, da cláusula resolutive como condição	177
12.1 O registro da compra e venda com pacto comissório	180
13. Conclusões	181
13. 1 A evolução histórica da <i>condicio</i> e a diferença em relação à <i>lex commissoria</i>	181
13.2. Análise comparativa entre a <i>lex commissoria</i> e a resolução dos contratos no Código Civil de 2002	184
14. Referências bibliográficas	187...

I. INTRODUÇÃO¹

Dentre tantos institutos jurídicos de origem Romana importantes para o desenvolvimento do Direito Contemporâneo², reconhece-se que o contrato foi objeto de aprofundado estudo, o que se denota tanto das fontes jurídicas quanto das fontes não jurídicas ou literárias³.

Apesar de os juristas clássicos não terem desenvolvido uma teoria sistemática⁴ do que na atualidade se denomina teoria contratual⁵, limitando-se a discutir os tipos singulares de contrato⁶, sabe-se que a perspectiva sobre as fontes das obrigações, e, em particular sobre o contrato, que serviu de base à tradição europeia, foi primordialmente

¹ Os trabalhos acadêmicos, de maneira geral, optam pela adoção das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT –, que disciplinam o modo de referenciar as obras citadas durante o trabalho. Todavia, de acordo com E. MARCHI (E. C. S. MARCHI, *Guia de Metodologia Jurídica*, 2 ed., São Paulo, 2009, p. 163) este método não seria o mais adequado para as ciências humanas, que, diferente de outras áreas de conhecimento, por vezes necessita de uma técnica de referência mais adequada aos seus objetivos. Desta forma, a metodologia quanto às referências das obras citadas neste trabalho seguiu a orientação enunciada por E. MARCHI, que, em estudo sobre o tema, adota a referência franco-italiana como a mais indicada os trabalhos jurídicos. Isso porque, segundo o autor é importante que se tenha como modelo, uma relevante obra jurídica que seja de conteúdo e organização irretocáveis, como acontece, no Brasil, com as obras de F. C. PONTES DE MIRANDA. Ademais, foram evitadas as expressões latinas *ibid*, *idem* e *ibidem* para retomar obras já citadas, mas que diferem ou não quanto à página. A fim de facilitar a consulta às fontes utilizadas, isenta de qualquer possível complicação visual, os títulos e subtítulos das obras não foram grafadas em negrito, mas em itálico. De igual forma, optou-se pela grafia em itálico das palavras e expressões de origem latina, para evitar o uso em negrito ou ainda o uso de aspas, recursos estes empregados apenas nos raros casos de citação direta às notas de rodapé e na utilização de expressões ou palavras jurídicas ditadas por eminentes estudiosos.

² O Direito Romano é apontado como o berço da tradição jurídica do Ocidente, e, com ele, o direito se desprende da mera utilização prática para começar a ser pensado como uma ciência (“*ius*”). Com isso, o direito romano não se extinguiu com a queda da sociedade que o desenvolveu, pois, por muito tempo continuou como direito vigente em vários países, sendo utilizado, inclusive, como base para o desenvolvimento dos sistemas jurídicos, tal como ocorreu no Brasil.

³ Neste sentido, observa-se que o verbo *contrahere* era utilizado não apenas para se referir ao ato de celebrar negócio jurídico, mas detinha outras aplicações, conforme se verifica de textos não jurídicos. Da mesma forma, B.B. QUEIROZ DE MORAES (*Plauto e a ‘in diem addictio’*, in *Revista General de Derecho Romano*, 14, (2010), ao tratar da *in diem addictio* observa que o uso de tal cláusula (*lex*) também era reconhecida em fontes literárias.

⁴ Esse entendimento não é uníssono, pois S. RICCOBONO (*Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 285) discorda da ideia segundo a qual os romanos teriam criado grupos e figuras jurídicas singulares, defendendo o entendimento de que a *conventio*, em matéria contratual, foi responsável pela criação de uma ideia geral dos contratos, por se tratar de elemento presente em todos os negócios jurídicos bilaterais.

⁵ Conforme explica J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 471 “o direito romano somente conheceu os contratos obrigatórios que geram obrigações e não acolheu – pelo menos até o tempo de Justiniano – o princípio existente no direito moderno, de que todo acordo de vontade lícito, ainda que não se molde a um dos tipos contratuais descritos em lei, pode produzir relações jurídicas obrigacionais”.

⁶ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 445

oferecida pelo *Corpus Iuris Civilis*, tanto nas Institutas de Justiniano (I. 3, 135 e seguintes), como no Digesto (D. 44.7.1 e seguintes)⁷.

Apesar de hoje haver a delimitação das bases de uma teoria contratual sólida, o Código Civil brasileiro não contém artigo que defina o conceito de contrato⁸. Entretanto, a teoria que o circunda, com relação à sua existência, validade e eficácia se embasa nas construções romanas afetas ao tema.

Dentre os contratos, o de compra e venda é considerado o negócio jurídico de maior relevância⁹, cuja importância, inclusive, apenas aumentou com o passar dos séculos, sendo empregado como instrumento para a realização de transações econômicas.

Assim, reconhecido o esforço dos juristas romanos no estudo dos contratos¹⁰, que deixou, inclusive, traço profundo no pensamento jurídico contemporâneo¹¹, deve-se considerar que um dos contratos mais importantes¹² para a economia e a sociedade não apenas romana é a compra e venda (*emptio et venditio*)¹³.

Apesar de na contemporaneidade serem múltiplas as cláusulas contratuais passíveis de serem adotadas pelas partes contratantes¹⁴, muitas cláusulas até hoje vigentes foram criadas durante a experiência Romana.

⁷ J. PARICIO, *De la justicia y el derecho – Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, Laxes, 2002, p. 82.

⁸ Cf. A. HIRATA; B. H. SILVA, O contrato como desigualdade: o estudo dos contratos não paritários e apontamentos sobre o direito de arrependimento no código de defesa do consumidor, in *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, v. 6, (2020).

⁹ Segundo F. WIEACKER, (*Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 1) as mudanças evolutivas no direito contratual romano e seus dogmas foram particularmente evidentes no caso da compra e venda, considerado o mais importante contrato *iudicia bona fidei*.

¹⁰ M. SARGENTI, *Labeon: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA*, 38, (1987), p. 25.

¹¹ D. J. FONSECA NETO, *Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p.4.

¹² P. BIRKS, *The Roman Law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 66.

¹³ Em virtude da importância do contrato de compra e venda, não apenas para a técnica jurídica, mas também para a realidade fática, vários temas referentes à sua estrutura são estudados, a fim de se compreender o desenvolvimento das relações negociais.

¹⁴ Exemplo são as cláusulas denominadas acidentais dos negócios jurídicos, que foram objeto de elaboração ampla e profunda, devido à sua grande difusão na prática. A denominação acidental decorre do fato de que não são essenciais à existência do negócio jurídico, mas são inseridas por decisão exclusiva das partes contratantes. Nesse sentido, inclusive, é exemplo a cláusula que limita a eventual responsabilidade de um contratante no caso de inadimplemento contratual. De acordo com B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 76/77), os manuais de direito romano classificam a condição em duas espécies: suspensiva e resolutiva, a depender do início da produção dos efeitos típicos do negócio jurídico condicionado. Entretanto, tal classificação é moderna, de modo que os romanos apenas conheceram a condição suspensiva, sob o termo *condicio*. Para o autor, a condição resolutiva era substituída, em Roma,

Dentre as várias cláusulas que podem modificar os efeitos do contrato de compra e venda, a jurisprudência romana destacou três (*lege dicta*), quais sejam, a *in diem addictio*¹⁵, a *lex commissoria* e o *pactum displicentiae*.

Tais cláusulas contratuais interferem na eficácia do negócio jurídico, que passa a ser condicionada à realização de uma contingência: (i) a de que o vendedor não receba uma melhor oferta (*in diem addictio*), (ii) a de que o preço seja completamente adimplido dentro de um determinado prazo (*lex commissoria*) e (iii) a de que o comprador esteja satisfeito com a coisa após o decurso do período de teste (*pactum displicentiae*)¹⁶¹⁷.

As mencionadas cláusulas sobreviveram ao longo do tempo, e, ainda hoje, podem ser observadas nos negócios jurídicos contemporâneos.

Tal atualidade pode ser verificada principalmente na *lex commissoria*, objeto deste trabalho, pois, se antes era adotada como via de exceção, apenas nos contratos de compra e venda a depender da expressa manifestação das partes¹⁸, tornou-se regra intrínseca dos negócios jurídicos¹⁹.

A consensualidade da compra e venda é entendida como o seu elemento essencial, que ensejou, desde a antiguidade, uma grande difusão econômica e social desse contrato.

Afinal, o simples consentimento dos contratantes²⁰, desvinculado de qualquer forma, permitiu, com base na boa-fé das partes, obter finalidades muito diversas, segundo as necessidades do tráfego jurídico.

pela aposição de um pacto de resolução suspensivamente condicionado ao negócio jurídico puro (*emptio et venditio*). Entretanto, apesar de parte da doutrina defender que o termo *condicio* era empregado pelos romanos como condição suspensiva e nunca como condição resolutiva, há duas décadas, porém, autores como M. TALAMANCA (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990) e V. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974) passaram a sustentar que a condição resolutiva também fora desenvolvida pelos romanos. Nesse contexto se extrai um dos objetivos do presente trabalho: identificar a natureza da *lex commissoria* (como cláusula contratual) e não como condição, visto existir instituto específico para tanto (*condicio* e negócios jurídicos *ad condicionem*).

¹⁵ Pacto de melhor comprador.

¹⁶ Venda a contento.

¹⁷ J. A. C. THOMAS, *Provisions for calling off a sale*, in TR 35 (1967), p. 557.

¹⁸ Conforme será analisado, a *lex commissoria* aplicada aos contratos de compra e venda concede ao devedor a faculdade de resolver o contrato ou exigir o cumprimento da obrigação da parte inadimplente

¹⁹ Conforme artigo 475 do Código Civil, *verbis*: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

²⁰ Por se tratar de negócio jurídico consensual, na classificação atribuída à compra e venda, a manifestação de vontade das partes aperfeiçoa o negócio jurídico bilateral, momento a partir do qual passa a irradiar os seus efeitos.

A autonomia privada possibilitava aos contratantes a inserção de pactos consensuais, e, dentre eles, está a *lex commissoria*. Em sua origem, a *lex commissoria* atuava como condição suspensiva²¹ do negócio jurídico, concretizando o único sentido²² comumente atribuído ao termo *condicio*²³ pelos juristas romanos à época²⁴.

Todavia, a partir de Nerácio (*Neratius libro quinto mebranarum, D. 18, 3, 5*)²⁵ foi possível a interpretação da *lex commissoria* como cláusula que operava efeitos resolutivos²⁶, e posteriormente, já no Direito Justiniano, foi facultado às partes contratantes escolher o efeito da *lex commissoria*, se resolutivo ou suspensivo²⁷.

Assim, a importância do fragmento *D. 18, 3, 5* atribuído a Nerácio consiste na possibilidade de a *lex commissoria* atuar como pacto de resolução suspensivamente condicionado²⁸ nos negócios jurídicos, tendo em vista que, por longo período, tal cláusula compunha apenas a estrutura da condição suspensiva.

Apesar de em ambas as estruturas – condição suspensiva ou pacto de resolução adicionado à compra e venda pura – contarem com a hipótese da ocorrência de um evento

²¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado: Parte especial*, t. XXV, N. NERY JÚNIOR; R. M. ANDRADE NERY (atualizadores), Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 411; 421.

²² Cf. C. BANDIERAMONTE, (*La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 13), tradicionalmente se defende que o direito romano teria conhecido apenas a condição suspensiva como mecanismo que operava internamente ao negócio jurídico.

²³ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 405.

²⁴ Para B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 76/77), os romanos apenas conheceram a condição suspensiva, sob o termo *condicio*. Entretanto, apesar de parte da doutrina defender que o termo *condicio* era empregado pelos romanos como condição suspensiva e nunca como condição resolutiva, há duas décadas, porém, autores como M. TALAMANCA (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990) e V. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974) passaram a sustentar que a condição resolutiva também fora desenvolvida pelos romanos.

²⁵ A. D'ORS, et al. *El Digesto de Justiniano*, t. 1, Pamplona, Aranzadi, 1968, p. 676; I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. v.1, Barcelona, Jaime Molinas, 1889, p. 912; J. A. GODDARD, *Libro XVIII del Digesto* (sobre la compraventa). México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 48.

²⁶ Para B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 77) a concepção da *lex commissoria* como condição resolutiva se justifica em razão de três fragmentos do Digesto (Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 1, 3; Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1) que apresentaram construção semelhante ao que hoje se denomina condição resolutiva.

²⁷ C. LONGO, *Sulla 'in diem addictio' e sulla 'lex commissoria' nella vendita*, in *BIDR*, XXXI, (1921), p. 40.

²⁸ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*. Mestrado (Dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 70; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 414; B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 76/77).

futuro para a sua eficácia²⁹, as diferentes classificações quanto à natureza da *lex commissoria*, se resolutive ou suspensiva, influenciam nos efeitos da cláusula contratual, tanto em matéria de transferência do domínio dos bens imóveis, quanto para a existência de *posse ad usucapionem* e na percepção dos frutos produzidos pela *res* durante a vigência da cláusula contratual, bem como à restituição de eventuais parcelas já adimplidas pelo comprador.

A experiência romana em matéria de *lex commissoria* influenciou de tal forma os sistemas jurídicos contemporâneos – no geral – e o brasileiro – em específico – que o artigo 1.163 do Código Civil de 1916 previa expressamente a aplicação do pacto comissório aos contratos de compra e venda, operando efeitos resolutive.

Mantida a sua previsão no Código Civil de 2002, nos artigos 474 e 475, o campo de atuação do pacto comissório em matéria contratual foi ampliado para todos os negócios jurídicos bilaterais (ressalvadas as vedações legais), com a delimitação de sua natureza jurídica (direito potestativo extintivo) e distinção de outros institutos (condições - em especial – e condição resolutive – em específico), discussões que tiveram suas bases delineadas pela experiência romana.

²⁹ Em ambas as hipóteses a condição resulta constituída pelo pagamento do preço por parte do comprador, dentro de um dia determinado. Para B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano ('in diem addictio')* e projeções no direito atual, (Tese de Doutorado), São Paulo, FADUSP, 2004. p. 79) a *in diem addictio* classificada tanto como condição suspensiva quanto como pacto de resolução suspensivamente condicionado a um contrato de compra e venda não ensejaria efeitos de ordem prática, entendimento este que poderia ser estendido à *lex commissoria* tendo em vista a semelhança de ambas as cláusulas.

II- O CONTRATO NO DIREITO ROMANO

2.1 O contrato como fonte das obrigações em Gaio

As obrigações representam, entre os direitos relativos, aqueles de conteúdo patrimonial. Apesar de não ter sido desenvolvida pelos romanos a noção de direito subjetivo, o contraste entre os direitos reais e obrigacionais é observado na experiência romana pela oposição entre as *actiones in rem* e as *actiones in personam*³⁰.

Os direitos obrigacionais se distinguem dos direitos reais pelo fato de o credor (sujeito ativo da obrigação) só obter a satisfação do interesse protegido mediante a colaboração do devedor (sujeito passivo) que detém um dever de conduta para que a obrigação irradie seus efeitos³¹.

De acordo com a configuração clássica, na relação obrigacional³² existe a expectativa do direito a ser satisfeito através da cooperação do devedor, que responde em caso de incumprimento da obrigação.

Há, portanto, dois momentos essenciais na relação obrigatória: a obrigação do devedor de se comportar em face do credor e a responsabilidade do próprio devedor no caso de incumprimento da obrigação³³. Tal contraste remonta, especificamente, ao Direito Alemão que reconhece o *schuld* (dívida) e o *haftung* (responsabilidade)³⁴ como elementos da obrigação.

Apesar da inexistência de uma teoria geral sobre os direitos das obrigações - posto que a experiência romana reconhecia determinadas fontes obrigacionais, das quais

³⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 501.

³¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 501.

³² Para J. C. MOREIRA ALVES, (Direito Romano, 20 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 382) desde as fontes romanas a *obligatio* é empregada em geral para indicar uma das seguintes acepções: (i) relação jurídica obrigacional; (ii) dever jurídico de conteúdo econômico; (iii) direito subjetivo correspondente a esse dever jurídico de conteúdo econômico. Quando considerada como relação jurídica obrigacional, “a obrigação é a relação jurídica pela qual alguém (o devedor, o sujeito passivo) deve realizar uma prestação (isto é, dar, fazer ou não fazer algo), de conteúdo econômico, em favor de outrem (o credor, o sujeito ativo)”. Segundo o autor, “encarada a relação jurídica obrigacional pelo seu aspecto dominante de poder (o direito subjetivo), temos o direito de crédito (algumas vezes, como acentuamos, também denominado obrigação); já pelo seu aspecto de dever (o dever jurídico), temos o débito ou obrigação”.

³³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 502.

³⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 502.

emanavam obrigações civilmente exigíveis³⁵ - os dois elementos acima mencionados (*schuld e haftung*) são necessários para se ter uma relação obrigatória.

Assim, ainda que reconhecida expressamente pelo Direito Alemão, a contraposição entre a dívida e a responsabilidade - segundo a opinião mais provável - já existia na primitiva *obligatio* romana³⁶.

A experiência romana conheceu os contratos obrigatórios que geram obrigações, afastando-se, em regra³⁷, do princípio existente no direito moderno³⁸, de que todo acordo de vontade lícito pode produzir relações jurídicas obrigacionais³⁹.

Por isso, o princípio fundamental do direito antigo era o de que uma convenção não tinha efeito se não fosse coberta com uma forma solene e determinada em termos exatos⁴⁰, aproximando-a a um tipo prévio, já conhecido e tutelado.

Apresentadas as primeiras considerações acerca da *obligatio*, importa salientar que o principal problema das fontes da obrigação diz respeito, sobretudo, às classificações feitas pelos juristas romanos a este respeito: em GAIO, as obrigações eram originadas de um contrato ou de um delito⁴¹.

GAIO, em suas Institutas (G. 3,88)⁴², ao contrapor o contrato ao delito e os considerar fontes geradoras de obrigações, atribuiu ao *contractus* um conteúdo e criou uma figura que compreendia toda a fonte de obrigação diferente do delito⁴³.

³⁵ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 3.

³⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 502.

³⁷ A doutrina majoritária defende que os romanos apenas se vinculavam às formas pré-existentes, deixando de reconhecer a manifestação de vontade que não fosse veiculada mediante um instrumento típico. Entretanto, sabe-se que, em verdade, o uso dos instrumentos típicos consistia em maior facilidade do uso e não representava o desconhecimento ou a não aceitação de negócios jurídicos atípicos.

³⁸ J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 471.

³⁹ Para J. C. MOREIRA ALVES, (*Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 470), em Roma nem todo acordo de vontade lícito gera obrigações. E, neste sentido, tanto o *contractus* quanto o *pactum*; *conventio*, eram acordos de vontade, mas apenas os contratos produziam obrigações.

⁴⁰ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 381.

⁴¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 508.

⁴² “*toda obrigação nasce do contrato ou do delito*”.

⁴³ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In: *Revista letras jurídicas*, jul/2004, pp.2/3.

Com isso, quando surge a categoria da *obligatio*⁴⁴ no decorrer dos dois últimos séculos da República, as figuras que a integravam se agruparam, em princípio, em torno do *contractus* e do *delictum*⁴⁵.

A categoria do *contractus*, formada pelos quatro tipos enunciados por GAIO⁴⁶, opunha-se ao conceito de *delictum*, formando, nas fontes, o binômio⁴⁷ *contractus – delictum*, entendidos, ambos, como as fontes das obrigações até então existentes.

GAIO, ao enunciar *omnis obligatio vele ex contractu nascitur ex delicto* introduz a ideia de uma categoria geral dos contratos, englobando todas as causas de obrigação que não se originavam no delito. Apresenta, portanto, um conceito originário, formado em termos positivos⁴⁸.

A classificação de GAIO, além de suscitar questões práticas, representava uma referência sobre o tema, pois os autores que classificavam as fontes das obrigações de modo diverso, inspiravam-se nas ideias do jurisconsulto.

Esta constatação pode ser extraída da passagem de MODESTINO (D. 44,7,52, pr⁴⁹), que, apesar de apresentar uma classificação da obrigação diferente, estabelece bases conceituais que remontam à questão apresentada por GAIO.

Explica-se: MODESTINO, ao reconhecer que a obrigação se originava do pecado, fazia referência propriamente ao delito, mencionando, ainda, os contratos como fontes obrigacionais (*obligationes verbis, re, consensu, contractae*⁵⁰), nos termos do que GAIO havia proposto.

Da mesma forma, em D. 44,7,25,1⁵¹, ULPIANO procedeu a uma classificação das *actiones in personam* que praticamente coincidiu com as fontes das obrigações de GAIO,

⁴⁴ Segundo M. TALAMANCA (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 508/509), o termo *delictum* é mais antigo, pelo menos no sentido não técnico, enquanto o *contractus* é usado quase exclusivamente no sentido técnico-jurídico.

⁴⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 508/509.

⁴⁶ Gai (3, 91).

⁴⁷ Gai (3,88) “*omnis obligatio vele x contractu nascitur vel ex delicto*” – toda obrigação nasce do contrato ou do delito.

⁴⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Intituzione di Diritto Romano*, Napoli, Eugenio Jovene, 1979, p. 291.

⁴⁹ Estamos vinculados ou ‘*re*’, ou verbalmente ou por ambos ao mesmo tempo, ou por consentimento, ou por estatuto, ou por lei pretoriana, ou por necessidade ou por delito (A. WATSON, *The Digesto of Justinian*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1998, p. 159).

⁵⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 509.

⁵¹ Algumas ações, porém, surgem de um contrato, outras de um ato, e algumas são de um fato. Uma ação surge do contrato sempre que alguém contrata com outro para o seu próprio benefício, por exemplo,

de modo a referir-se a uma *summa divisio* de Gaio, contrastando as *actiones ex contractu* e as *actiones ex facto*⁵².

A mencionada bipartição enunciada por GAIO (*contractus-delicto*) se tornou uma tripartição na *res cottidianae*⁵³, cujo texto reproduzido no Digesto (D. 44,7,1, pr⁵⁴) mencionava que as obrigações nasciam do contrato, do delito, ou de várias causas (*variae causarum figurae*)⁵⁵.

A tripartição das fontes obrigacionais proposta por GAIO ensejou maior sistematização na análise das obrigações⁵⁶. Ademais, a incorporação das *variae causarum figurae* foi de grande relevância para o desenvolvimento dos contratos, pois sua subdivisão durante o Direito Justiniano promoveu a criação de novas categorias: quase-contratos e quase-delitos⁵⁷, de modo a ampliar as fontes das obrigações⁵⁸.

É com a sistematização escolástica quadripartite das figuras obrigacionais proposta por GAIO, expressa em suas Institutas (G. 3, 91) (*obligationes re, verbis, litteris, e consensu contractae*), que foram identificados os elementos essenciais ao próprio surgimento das obrigações.

Afinal, a exposição de GAIO, longe de criar uma teoria geral do contrato, classificou as fontes das obrigações, determinando quais atos as partes deviam celebrar para fazer nascer as obrigações: (i) a transferência da *res* nas obrigações *re contractae*, (ii) o pronunciamento de palavras solenes para as obrigações *verbis contractae*, (iii) o emprego de determinadas fórmulas para as obrigações *litteris contractae* e (iv) o simples acordo ou convenção para as obrigações *consensu contractae*⁵⁹.

comprando e vendendo. Uma ação surge de um ato sempre que alguém passa a ser responsável por algum ato que ele mesmo cometeu, por exemplo, um furto ou uma lesão ou um dano (A. WATSON, *The Digesto of Justinian*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1998, p. 158).

⁵² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 509.

⁵³ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, pp. 2/3.

⁵⁴ As obrigações surgem pelo contrato ou pelo delito, ou por direitos especiais decorrentes de vários tipos de causa.

⁵⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 508.

⁵⁶ De acordo com M. TALAMANCA (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 537), mais tarde, no direito Bizantino, TEÓFILO, parafraseando as Instituciones (3,13,2) define o contrato como um acordo, o que constitui o mais preciso antecedente da moderna concepção de contrato.

⁵⁷ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 3.

⁵⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 508.

⁵⁹ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, pp.2/3.

Tal classificação, portanto, ao apontar para a existência da *obligari re, verbis, litteris e consensu* promoveu a formação de um núcleo fundamental da categoria contratual.

Isso porque, a reunião dos tipos contratuais propostos por GAIO, proporcionou a formação de uma categoria única, denominada, em termos genéricos, de *contractus*⁶⁰.

Assim, a divisão quadripartite da fonte obrigacional se sobrepôs à distinção entre as obrigações *ex delicto* e *ex contractu*, bipartição essa que se voltava ao momento do nascimento da obrigação, se originada de um ato lícito ou de um ato ilícito penal.

Diante desse contexto, uma das conclusões extraídas e que interessa a este trabalho é a atribuição de um núcleo positivo unitário ao conceito de contrato proposto por GAIO, com uma base típica das *obligationes consensu contractae*, de modo a ser suficiente o elemento consensual para a formação do vínculo obrigacional⁶¹.

2.2 Etimologia de *contractus* e os seus elementos conformadores

A origem etimológica dos termos *contrahere* e *contractus* é há muito discutida pela doutrina, que entende residir no elemento linguístico⁶² um aspecto significativo da configuração originária e do desenvolvimento da experiência romana sobre os negócios jurídicos⁶³.

Reconhece-se, em linhas gerais, que o contrato representa um acordo ou convenção que se volta à constituição de uma dada situação jurídica⁶⁴. Entretanto, o verbo

⁶⁰ G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963, p.6.

⁶¹ A. BURDESE, *La dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Milano, CEDAM, 2006, p. 3.

⁶² G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> trai l primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 97.

⁶³ G. MELILLO (*Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> trai l primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 107) aponta que, a formação da categoria contratual em termos amplos tem um ritmo de desenvolvimento que não pode ser recuperado através da análise particular e isolada do emprego do termo *contrahere*, pois basta pensar na prática do *pacisci* e do *convenire*. Com isso, deve-se compreender que a formação do contrato não ocorreu de forma isolada, mas foi fruto de um momento orgânico, de um processo social e teórico que construiu um núcleo em torno do qual gravitou primeiramente o escambo.

⁶⁴ Para J. C. MOREIRA ALVES, (*Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 470), no direito romano a noção de contrato é mais restrita que no direito moderno, isso porque, durante toda a evolução do direito romano só se enquadraram entre os contratos os acordos de vontade que se destinaram a criar relações jurídicas obrigacionais.

contrair, na linguagem comum, apresenta significado diverso, análogo ao *contrahere*⁶⁵ latino, precisamente do qual se origina o conceito de *contractus* em Roma⁶⁶.

O verbo *contrahere*, além de auxiliar na compreensão do conceito de *contractus*, tem a sua importância relativa à multiplicidade semântica que lhe é característica, na medida em que o seu emprego pode se referir tanto aos atos, fatos, sanções de consequência jurídica, quanto ao vínculo jurídico advindo da relação contratual⁶⁷.

Há emprego do verbo como sinônimo de *commitere* (cometer) quando se analisa o *contrahere crimen*, o de *constituere* (constituir) quando se emprega a expressão *contrahere amicitiam*. De igual modo se aplica ao feito de contrair matrimônio, *contrahere nuptias; matrimonium*, e à constituição de direitos reais, *res contrahenda*⁶⁸.

É possível atribuir ao verbo *contrahere* (*negotium*)⁶⁹, ainda, a realização de uma atividade negocial reconhecida juridicamente, com conteúdo patrimonial que não seja meramente gratuito e que irradie efeitos em duas ou mais esferas jurídicas⁷⁰.

Para P. VOCI⁷¹, o verbo *contrahere*⁷² aparece, nas fontes romanas, como indicativo de uma situação que aproxima duas esferas subjetivas, tendo em vista um fim jurídico⁷³, e, por esse motivo, não significa concluir contrato, mas vir a ser parte de uma relação jurídica.

⁶⁵ Conforme indica F. SCHULZ (*Classical Roman Law*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 445), o verbo *contrahere* é antigo e foi usado literal e metaforicamente significando, geralmente, ‘realizar’; ‘perpetuar’. Já o substantivo *contractus* teria aparecido muito mais tarde.

⁶⁶ G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963, p. 30.

⁶⁷ G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963, p. 30.

⁶⁸ A. DI PIETRO Y ELLI, A. E. LAPIEZA, *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 281.

⁶⁹ Conforme informa G. J. B. COSTA (*A affectio societatis no Direito Romano*, in *Revista de Direito Mercantil*, nº 170, 2015, p. 142), nos contratos de sociedade, o *consensus* não deveria existir somente para a formação do contrato, mas deveria perpetuar-se enquanto se verificassem os efeitos jurídicos preestabelecidos no acordo. Por isso, talvez que, em matéria de sociedade, raramente se usa o verbo *contrahere* para representar sua formação, mas *coire*. O termo é distinto, pois não expressa o simples acordo, mas procura reproduzir a ideia de uma vontade permanente, resultado de uma atividade de cooperação prolongada no tempo, típica de uma sociedade.

⁷⁰ M. A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004, p. 234.

⁷¹ P. VOCI, *La Dottrina di Contratto nei Giuristi Romani dell'Età Classica*, in *Scritti di Diritto Romano in Onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1946, p. 387.

⁷² Para G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> tra il primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 99, não se pode afirmar que o uso do verbo *contrahere*, pelas fontes romanas, indique imediatamente uma fase de criação de uma teoria jurídica sobre o tema, entretanto, sem dúvida constitui um elemento de compreensão pela história do substantivo *contractus*.

⁷³ G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> tra il primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 97.

Sob essa perspectiva, a análise significativa da forma verbal (*contrahere*) é útil não por representar um instituto jurídico autônomo⁷⁴, mas por abordar o processo de formação abstrata do *contractus*, indicativo do próprio ato de contratar⁷⁵: celebrar negócio por dois ou mais sujeitos.

Por isso, ainda que a forma verbal *contrahere* tenha sido utilizada em sua acepção ampla, o termo *contractus* passou a indicar propriamente o negócio jurídico reconhecido pelo *ius civile* e celebrado pelas partes com o objetivo de criar uma obrigação⁷⁶.

Sobre o tema, G. GROSSO⁷⁷ estabelece que *contractum* é termo que indica, concretamente, o objeto da contratação, enquanto *contractus* se refere ao ato abstrato de contratar (*contrahere*), que também é entendido como o escopo da individualização das categorias contratuais.

Indene de dúvidas que o uso do verbo *contrahere* é anterior⁷⁸ ao emprego, na literatura jurídica⁷⁹, do termo *contractus*⁸⁰. Isso porque, além da ampla acepção do verbo *contrahere*⁸¹, a variedade da composição com outras palavras, e a conseqüente formação de novos léxicos, fez nascer uma gama de possibilidades interpretativas do conceito⁸².

⁷⁴ G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> trai l primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 97.

⁷⁵ Para P. VOCI, *La Dottrina di Contratto nei Giuristi Romani dell'Età Classica*, in *Scritti di Diritto Romano in Onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1946, p. 387, o termo *contractus* sempre se relaciona ao acordo de vontade entre as partes, e, apenas nos textos pós-clássicos a expressão indicaria negócios que não são acordos de vontade ou relações das quais não surgem acordos volitivos.

⁷⁶ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 448.

⁷⁷ G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963, p.10.

⁷⁸ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 445.

⁷⁹ O termo *contractus* foi empregado pela primeira vez nas obras de Sêrvio Sulpício Rufo – “*Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'; tunc quae promissa erat 'sponsa' appellabatur, qui spondebat ducturum 'sponsum'*”

⁸⁰ Para G. MELILLO (*Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> trai l primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 102), sobre a análise do substantivo *contractus* é possível afirmar que apareceu tardiamente na língua latina, nos autores não juristas.

⁸¹ Conforme analisado acima: *contrahere crimen, contrahere amicitiam, contrahere nuptias, matrimonium, res contrahenda*.

⁸² G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> trai l primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 100.

Além de G. MELILLO⁸³, L. MITTEIS⁸⁴ e S. PEROZZI⁸⁵ também compartilham o entendimento de que *contrahere e contractus* designam na linguagem da jurisprudência clássica apenas a obrigatoriedade do pactuado.

Para tais autores, os fundamentos de tal entendimento estão na Lei das XII Tábuas, nas Leis de Sêrvio e Túlio e na linguagem literária e jurídica. Argumentos, portanto, que se fundamentam no direito antigo⁸⁶.

Ainda que originalmente o *contrahere* significasse celebrar ou realizar um ato e tenha sido empregado junto ao substantivo no genitivo – *contractus stipulationis* (a celebração de uma *stipulatio*) e *contractus emptionis* (celebração de uma venda) – o uso reiterado do termo pelos juristas para se referir aos contratos, ensejou a identificação entre *contractus* e o contrato propriamente dito⁸⁷.

O termo *contractus* não foi utilizado pelos autores clássicos como TITO LÍVIO, CÍCERO e JÚLIO CÉSAR, e, malgrado as obras de SÉRVIO SULPÍCIO⁸⁸ não tenham sido incluídas em fragmentos do Digesto, as referências às suas opiniões são muito numerosas nas obras de outros juristas⁸⁹.

Exemplo disso é a passagem serviana “*is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur “sponsalia”; tunc quae promissa erat “sponsa” appellabatur, qui spondebatur ducturum “sponsum”*”⁹⁰, constante no livro *de datibus*⁹¹, que menciona pela primeira vez o termo *contractus* sem a pretensão de defini-lo, relacionando-se à ideia de contrato que seria desenvolvida mais tarde por LABEÃO⁹², e, na fase clássica, empregada por juristas como POMPÔNIO e GAIO.

2.3 O papel da *conventio* nos contratos segundo a experiência romana

⁸³ G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> tra il primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986.

⁸⁴ L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians – Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, I, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1908.

⁸⁵ S. PEROZZI, *Le Obbligazioni Romane*, in *Scritti Giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1948.

⁸⁶ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 286.

⁸⁷ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 446.

⁸⁸ Nas quais primeiro se verificou o emprego do termo *contractus* em sentido jurídico.

⁸⁹ J. PARICIO, *De la justicia y el derecho – Escritos miscelâneos romanísticos*, Madrid, Laxes, 2002, p. 85.

⁹⁰ “*A estipulação contratual dos sponsais foi chamada de sponsalia (noivado); então aquela que foi prometida foi chamada de ‘noiva’ que prometeu que se casaria com o ‘noivo’*”.

⁹¹ J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 470.

⁹² J. PARICIO, *De la justicia y el derecho – Escritos miscelâneos romanísticos*, Madrid, Laxes, 2002, p. 85.

A noção de contrato não era uniforme entre os juristas romanos⁹³. Todavia, dentre as várias definições de contrato, ganha relevo a mencionada por LABEÃO – jurista da época do imperador Augusto – expressa em um fragmento atribuído a ULPIANO (D. 50, 16, 19).

A mencionada definição de contrato atribuída a LABEÃO e transmitida por ULPIANO (Ulp. 11 *ad Ed.*, D. 50, 16, 19) opõe o *contractus* ao ato (*actus*) e à gestão (*gestus*)⁹⁴.

Com isso, três tipos de comportamento são separados à luz de uma lógica jurídica: (i) o *actus*, que compreende um comportamento verbal ou gestual; (ii) a gestão, entendida como o que se faz sem a palavra (“*gestum rem significare sine verbis facta*”) e (iii) o *contractus*, que compreende a *ultra citroque obligatio*⁹⁵ - elemento indicado por LABEÃO como característico dos contratos e decorrente das convenções recíprocas⁹⁶.

Ulp. 11 ad ed., D. 50, 16, 19

⁹³ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p.2.

⁹⁴ J. PARICIO, *De la justicia y el derecho – Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, Laxes, 2002, p. 85.

⁹⁵ G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> tra i primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 105.

⁹⁶ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 382.

Labeo libro primo Praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut, in stipulatione, vel numeratione; contractum autem ultro citro, que obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti amptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam.

Labeão define no livro primeiro do pretor urbano que umas coisas se fazem, outras se gerem e outras se contratam. E, certamente que a palavra 'actum' é geral, como na estipulação se entrega a quantidade, mas o contrato significa obrigação de uma e de outra parte que os gregos denominam de synallagma como na compra e venda, locação, e sociedade; a gestão significa a coisa feita sem palavras.

No fragmento acima, LABEÃO faz referência a duas categorias: *contractum* e *actum*, limitando o contrato aos consensuais (*emptio et venditio, locatio, e societas*) e assinalando o aspecto da bilateralidade, de modo a compreender o contrato como fonte de obrigações para ambas as partes⁹⁷.

Com isso, a importância do fragmento 11 *ad. Ed.*, D. 50,16,19 se refere ao fato de que LABEÃO separou o *contrahere* propriamente dito (relacionado estritamente à celebração de contrato) de outras atividades negociais, fato esse que pode ser evidenciado a partir dos exemplos apresentados, concernentes à (a) compra e venda, (b) locação, e (c) sociedade, de modo a representar um uso do termo *contractus* muito mais específico, se comparado ao texto serviano⁹⁸.

Por isso, em LABEÃO há uma tentativa de atribuir um sentido técnico mais particular ao *contractus*⁹⁹, pois ao reconhecer que o contrato tem como característica a

⁹⁷ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. .2

⁹⁸ G. G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> trai l primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 106.

⁹⁹ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 383.

ultra citroque obligatio, que se relaciona com o *synállagma* grego, restringe o conceito de contrato¹⁰⁰ à existência de obrigações recíprocas¹⁰¹.

Com isso, é possível reconhecer que a *ultra citroque obligatio* autoriza atribuir ao jurista do primeiro século a noção de contrato bilateral¹⁰², pois a reciprocidade de tais obrigações é o elemento que diferencia primordialmente o contrato do *actum* e do *gestus*, posto que esses últimos eram unilaterais¹⁰³.

A reciprocidade mencionada por LABEÃO se refere ao surgimento de ações para ambas as partes contratantes (*actio empti e actio venditi*), bem como à correspondência das prestações devidas.

Tempos depois, com o reconhecimento de outros negócios jurídicos também dotados de ações civis e com o progresso da jurisprudência do primeiro século do Império, surgiu um único elemento comum a todos os contratos¹⁰⁴ (*re, consensu, verbis, litteris*): a *conventio*.

Assim, a *ultra citroque obligatio* foi substituída pela *conventio*, que passou a ser considerada a efetiva característica do *contractus*.

Pode-se afirmar, com isso, que o elemento central e identificado em todos os contratos passou a ser o acordo das partes sobre um mesmo objeto e não o vínculo estabelecido entre as partes, que poderia variar de acordo com a intensidade e os efeitos originados¹⁰⁵.

Defensor desse entendimento, SEXTO PÉDIO corroborou a ideia de que a principal característica dos contratos, passível de diferenciá-los dos demais institutos, era a *conventio*.

¹⁰⁰ Para J. C. MOREIRA ALVES, (*Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014), para os romanos, os contratos eram apenas os acordos de vontade que se destinavam a criar relações jurídicas obrigacionais, e não como se concebe no direito moderno, em que os contratos criam, regulam ou extinguem relações jurídicas em geral.

¹⁰¹ M. SARGENTI, *Labeon: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA*, 38, (1987), p; 27; J. PARÍCIO, *De la justicia y el derecho – Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, Laxes, 2002, p. 89.

¹⁰² G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano <contrahere> e <pacisci> tra il primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 102.

¹⁰³ D. J. FONSECA NETO, *Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 3.

¹⁰⁴ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 383.

¹⁰⁵ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 383.

Um fragmento relevante e que enfatiza a *conventio* nos contratos é atribuído a ULPIANO, em referência ao pensamento de SEXTO PÉDIO, jurista do final do século I:

*D. 2. 14. 1. 3. Conventio-
nis
verbum generale est ad omnia
pertinens, de quibus negotii
contrahendi transigendique
causa consentiunt qui inter se
agunt: nam sicuti convenire
dicuntur qui ex diversis locis in
unum locum colliguntur et
veniunt, ita et qui ex diversis
animi motibus in unum
consentiunt, id est in unam
sententiam decurrunt. Adeo
autem conventio-
nis nomen
generale est, ut eleganter dictat
Pédio nullum, esse contractum,
nullam obligationem, quae non
habeat in se conventionem, sive
re sive verbis (sive litteris) fiat:
nam et stipulatio, quae verbis fit,
nisi habeat consensum, nulla
est.*

*D. 2. 14. 1. 3. A palavra
convenção é <de sentido
geral>, relativa a tudo sobre o
que aqueles que realizam atos
entre si permitem contratar um
negócio ou transacioná-lo: de
fato, como se diz concordar
aqueles que se reúnem de
lugares diferentes e chegam ao
mesmo lugar, assim <diz-se
concordar> também aqueles
que por diferentes intenções
consentem no mesmo <objeto>,
ou seja, convergem na mesma
opinião. Mas de tal modo é
genérica a palavra convenção,
que, como discretamente disse
Pédio, não existe nenhum
contrato, nenhuma obrigação,
que em si não contenha uma
convenção, seja de entrega de
uma coisa, ou pela pronúncia de
certas palavras: de fato, mesmo
a estipulação, que se efetiva
pela pronúncia de determinadas
palavras, se não houver
consenso, é nula.*

SEXTO PÉDIO, ingressando no estudo da estrutura dos contratos, manteve em destaque a *conventio* por entendê-la como elemento integrante do *contractus*, presente não apenas nos contratos consensuais, mas constante também nos contratos reais, verbais e literais < *nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis (sive litteris) fiat*>¹⁰⁶.

Para o jurista, todos os negócios jurídicos bilaterais apresentam uma *conventio*, considerada a força produtora dos efeitos jurídicos. Sob tal perspectiva, o contrato, entendido como negócio jurídico bilateral obrigatório, passou a ter como elemento conformador a *conventio*, sendo tal acordo de vontade ínsito ao negócio jurídico obrigacional¹⁰⁷.

Do fragmento apresentado (D. 2, 14, 1, 3) se extrai que PÉDIO acreditava na existência de uma *conventio*, ou seja, de um acordo entre as partes em relação aos interesses que o ato pretendia regular¹⁰⁸, independentemente de averiguar se o ato apresentava caráter formal ou real.

Em razão disso, é possível sustentar que a *conventio* também se apresenta nos negócios jurídicos solenes, ainda que as palavras sejam pronunciadas por apenas uma das partes, como acontece nos casos de *mancipatio, in iure cessio e dotis dictio*¹⁰⁹.

Afinal, ainda em tais negócios jurídicos solenes¹¹⁰ existia sempre uma *conventio* a ser extraída, porque considerada como elemento do negócio jurídico, apesar de não verificada externamente¹¹¹.

¹⁰⁶ G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963, p. 54.

¹⁰⁷ G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963, p. 54.

¹⁰⁸ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 5.

¹⁰⁹ Nesse sentido, (*fr 55, 44,7, Javoleno*).

¹¹⁰ Há discussão relativa à importância da *conventio* nos negócios jurídicos solenes, pois, se de um lado o negócio se aperfeiçoa com a exteriorização das palavras ou a adoção de forma determinada, a *conventio* não teria espaço de atuação. Esse entendimento é rebatido por S. RICCOBONO, (*Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935), segundo o qual a superação do *ius civile* pelo *ius honorarium* promoveu a flexibilização das formas, que passava a ser mero atributo que continha a substância do ato, resultado da *conventio*.

¹¹¹ Essa discussão ganha relevo quando se analisa a interpretação dos negócios jurídicos. Afinal, em se tratando, a *conventio*, de manifestação de vontade das partes no sentido de contratar o negócio objeto da relação, a *interpretatio* deve se voltar a busca da *conventio* e da finalidade do pactuado.

Segundo a doutrina de SABINO e de CÁSSIO, nos negócios jurídicos celebrados de forma solene, alguns efeitos jurídicos derivavam não da *verba*, mas da *nuda conventio*¹¹².

Do ponto de vista dogmático, esse reconhecimento ainda limitado da *conventio* dentro do ato solene, já era de grande importância, pois, ainda que SABINO e CÁSSIO não tivessem identificado todo o significado e extensão da *conventio*, as gerações posteriores consideraram a vontade das partes como elemento essencial dos negócios jurídicos, mesmo nos contratos solenes¹¹³.

O que significa dizer que a relação entre *verba* e *voluntas* deveria ser interpretada de maneira diferente do sentido atribuído pelo direito quiritário: a *verba* exigida pelos preceitos do *ius civile* constituía, agora, a forma do ato, enquanto o conteúdo da vontade (*voluntas*) constituía sua substância¹¹⁴.

Apesar das divergências acerca da importância da vontade na produção dos efeitos jurídicos, é inquestionável que a *voluntas* constituiu fator propulsor dos negócios jurídicos. Por isso, ainda hoje a doutrina majoritária considera a *voluntas* elemento essencial do contrato¹¹⁵.

A afirmação da *voluntas* como elemento essencial do negócio jurídico, todavia, passou por diversas fases ainda não claramente fixadas¹¹⁶. A romanística considerava a *voluntas* como elemento do negócio jurídico que ganhava cada vez mais importância, em se considerando o declínio das formas solenes, e, com ele, da *verba* que constituía a sua estrutura fundamental¹¹⁷.

Diante disso, passou a ser reconhecida a simulação (*simulatio*), entendida desde então como a divergência entre a vontade propriamente dita e a sua declaração. Ademais,

¹¹² S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 299.

¹¹³ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 299.

¹¹⁴ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 299.

¹¹⁵ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 659.

¹¹⁶ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 659.

¹¹⁷ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 659.

foi reconhecido que a *voluntas* viciada não produzia efeito jurídico, porque representava o erro¹¹⁸ - vício da manifestação de vontade que poderia ensejar a invalidação do ato.

Diante desse contexto, ao se comparar os conceitos de contrato estabelecidos por LABEÃO e SEXTO PÉDIO, observa-se que LABEÃO se apoiou na bilateralidade objetiva da celebração do negócio jurídico (*ultra citroque obligatio*)¹¹⁹ enfatizando, portanto, a existência de uma prestação e de uma contraprestação correspondentes.

Já SEXTO PÉDIO insere o contrato em um campo mais vasto e abrangente, enfatizando a bilateralidade subjetiva da celebração do negócio jurídico (*contrahere*), voltada ao encontro de vontades que conforma um único *consentire*, entendida como *conventio*¹²⁰.

A lição de PÉDIO sobre a *conventio* constitui um elemento muito significativo e concede relevância aos vícios que afetam a vontade, com atribuição de importante papel para a distinção entre *voluntas* e *verba*.

Sobre o tema, S. RICCOBONO¹²¹, convergente à lição de PÉDIO destaca o equívoco da crítica contemporânea ao valorizar as formas solenes e a sua pretensa imutabilidade, ignorando que tais formas solenes foram atenuadas pela prática e pelo pretor, e deixaram de ser a única fonte produtora de efeitos jurídicos, configurando-se como mera roupagem externa dos atos jurídicos.

Inclusive, M. TALAMANCA¹²² considera que o enfraquecimento do *ius civile* foi decisivo não apenas para as mudanças que ocorreram em nível socioeconômico, mas também pelas mudanças das relações jurídicas e que atingiram a interpretação dos contratos¹²³.

¹¹⁸ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano, Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole e Giustiniano*, parte II, Miano, Giuffrè, 1933, p. 365.

¹¹⁹ A. BURDESE, *La dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Milano, CEDAM, 2006, pp. 9/10.

¹²⁰ G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963, pp. 55/56.

¹²¹ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano, Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole e Giustiniano*, parte II, Miano, Giuffrè, 1933, p. 365.

¹²² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 219.

¹²³ Com relação à *stipulatio*, por exemplo, M. M. MOTA (As raízes romanas do contrato, in *RJLB*, ano 5, 2019, pp. 1524/1525) bem explica que “o perfil da *stipulatio*, no princípio formal e abstrato, não passaria incólume pela transformação do Direito Romano dos Contratos, que progressivamente confere relevo ao encontro de vontades, ao consenso, na determinação do negócio contratual. Na época pós-clássica, o regime jurídico da *stipulatio* passa por alterações significativas, por força da constituição do imperador

Nesse contexto, um novo tipo negocial ganhou relevância: o contrato consensual do *ius gentium* com relevante alteração interpretativa, visto que deixou de ser vinculado ao formalismo e abstração do antigo *ius civile*¹²⁴.

Tal conclusão pode ser extraída da afirmação de SEXTO PÉDIO (D. 2, 14, 1, 3)¹²⁵ acima analisada, que considerou nulo o contrato cuja obrigação não tenha sido originada de uma *conventio*¹²⁶, justamente porque o autor a considerava elemento integrante e obrigatório de toda e qualquer relação jurídica obrigacional.

2.4 A interpretação da *voluntas* nos negócios jurídicos bilaterais e o consenso como elemento unificador dos contratos

Com o *ius gentium*, a *exceptio doli* passou a ser empregada para tutelar a *voluntas* viciada¹²⁷. Os negócios jurídicos verbais tiveram a sua importância mitigada e a *verba* se tornou simples instrumento de expressão da vontade, até que nos séculos IV e V foi substituída pela escrita.

Como evolução histórica que perpassou a *verba* e a *voluntas*, S. RICCOBONO¹²⁸ oferece como exemplo a própria evolução da *stipulatio*: primeiramente foi um negócio jurídico solene, depois, com a ficção *ac si stipulatio interposita fuisset*¹²⁹ a *verba* deixou

Leão, em 472. A referida constituição afasta a solenidade da stipulatio, na medida em que permite sua conclusão mediante o proferimento de quaisquer palavras, dispensada a forma de pergunta e resposta, contanto que se verificasse a manifestação consensual das partes. Observa-se que, no período pós-clássico, já era muito comum a prática de certificar a realização da stipulatio por escrito, por influência do tráfico jurídico de outros povos. Diante do cenário exposto, coube ao imperador Justiniano, em 531, por meio de uma constitutio, concluir a modificação da figura contratual da stipulatio, ao atenuar, substancialmente, o requisito da unidade do ato, que exigia presença simultânea das partes. Uma vez afirmado, na stipulatio celebrada por escrito, que ambas as partes estiveram presentes no ato, cabia ao réu o ônus de alegar e provar que pelo menos uma delas havia estado fora da cidade durante todo o dia da realização do negócio estipulatório”. Por isso, a obrigação contratual relativa à stipulatio deixa de ter fundamento na pronúncia das palavras, na medida em que passa a ter maior importância a manifestação do consenso pela forma escrita.

¹²⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 219.

¹²⁵ “*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est”.*

¹²⁶ “*nullum esse contractum nullam obligationes quae non habeat in se conventionem”.*

¹²⁷ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 671.

¹²⁸ S. RICCOBONO, *Punti di Vista Critici e Riconstruttivi*, in *AUPA* 12, 1929, pp. 522/523.

¹²⁹ Como se uma stipulatio tivesse sido feita.

de ser necessária. Com Constantino, foi permitida que a vontade fosse declarada por escrito, e, após, foram abolidos os *verba solemnia*, de modo a simplificar a *stipulatio* a um contrato que tem na *voluntas contrahentium* o seu elemento essencial¹³⁰.

Com isso, não se questiona que no direito antigo o formalismo rigoroso dos atos jurídicos condicionava a sua realização e interpretação. A vontade não era objeto de indagação, pois o agente era obrigado a pronunciar palavras solenes que o vinculavam. Diante disso, a *interpretatio* era literal, pois se retirava da palavra o significado que lhe era comumente atribuído¹³¹.

O desenvolvimento das relações passou a considerar a vontade como fonte geradora dos efeitos jurídicos, de modo a inaugurar a tensão *verba-voluntas* que, de maneira irreversível, ensejou a consideração da manifestação de vontade isenta de vício como elemento essencial do negócio jurídico¹³².

Por isso que, a partir de PÉDIO, há o reconhecimento da *conventio* como elemento comum dos contratos¹³³, em direção a qual a atividade interpretativa deveria se dirigir¹³⁴.

Com isso, a *interpretatio* se limitava a identificar a *id quod actum est*¹³⁵, porque a *voluntas* conduzia as partes contratantes à efetiva realização do ato negocial, de modo a desaparecer a relevância até então atribuída às palavras proferidas (*verba*), atentando-se para a identificação da vontade isenta de vícios manifestada pelas partes¹³⁶.

A *voluntas* - que a interpretação típica investiga - não é necessariamente a vontade individual, que conduziu o indivíduo a atuar de determinada forma, mas uma vontade consubstanciada em fórmulas típicas consolidadas ao longo da experiência jurídica¹³⁷.

¹³⁰ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 671.

¹³¹ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 674.

¹³² A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 675.

¹³³ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 5.

¹³⁴ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 675.

¹³⁵ E. BETTI, *Interpretazione dei Negozi Giuridici (Diritto Romano)*, In *NNDI VIII*, 1962, p. 902

¹³⁶ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de derecho romano*, Fortaleza, 2003, p. 665.

¹³⁷ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 666.

Parte da doutrina considera que a *voluntas* concebida em termos individuais era mecanismo para a interpretação dos negócios jurídicos *mortis causa*, na época clássica. Entretanto, tal posição reduz o alcance da interpretação, excluindo os negócios jurídicos *intervivos*, nos quais era necessário esclarecer expressões obscuras ou ambíguas¹³⁸.

No âmbito dos negócios jurídicos *intervivos*, a *voluntas contrahentium* depende de duas vontades concorrentes, de modo a se proteger o declaratório. Como defende P. VOCI¹³⁹, a declaração é um ato de seu autor, mas, uma vez emitida, não pertence apenas a ele, pois se torna um ato socialmente relevante.

Para S. RICCOBONO¹⁴⁰, há duas fases de desenvolvimento da *voluntas* no direito romano. A primeira fase que perdurou até o século II a. C não considerava a efetiva vontade declarada, de modo a valorizar apenas a interpretação literal do que foi expressamente manifestado pelas partes.

Já na segunda fase, a jurisprudência foi atenuando o rigor do *ius civile*, e, durante o período republicano, a vontade se tornou verdadeira fonte dos efeitos jurídicos.

Com isso, em se considerando a *voluntas* um elemento essencial dos negócios jurídicos e tornando-se a *conventio* a alma (ou cerne) do contrato¹⁴¹, o dissenso passou a justificar a extinção dos atos bilaterais, conforme reconhecido por PAULO “*nihil actum erit*”¹⁴².

Sobre o tema, GAIO afirma que o consenso, entendido como o acordo entre as partes endereçado à criação de um vínculo obrigacional, antes de ser elemento essencial dos negócios jurídicos, é o elemento unificador de um conceito positivo de contrato.

Entretanto, reconhecer a *conventio* como elemento obrigatório da relação contratual não significa afirmar que a *conventio* era o único elemento do contrato do qual derivavam os efeitos jurídicos.

¹³⁸ A. S. JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. VI, p. 667.

¹³⁹ P. VOCI, *Intepretazione del Negozio Giuridico (Diritto Romano) in ED XXII*, 1972, p. 255.

¹⁴⁰ S. RICCOBONO *Corso di Diritto Romano, Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, pp. 333/334.

¹⁴¹ A. D'ORS, *Derecho Romano*, NEJ, 1949, p. 28

¹⁴² D. 45, 1, 83, 1. Vide S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano, Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 365.

Afinal, em ULPIANO (D. 2,14,7,4)¹⁴³ se reconhece que o acordo das partes não é suficiente para constituir obrigações, pois é necessário que junto a *conventio* exista a causa: “mas quando não há causa, é indiscutível que uma obrigação não pode ser estabelecida com base na convenção, portanto, um simples acordo não gera uma obrigação, mas uma exceção¹⁴⁴”.

Significa dizer que a vontade convergente das partes deve se dirigir a um dos fins que o próprio *ius civile* tenha considerado digno de tutela, e que as partes devem adequar as suas manifestações de vontade às formas particulares de manifestação, estabelecidas pelo *ius civile*¹⁴⁵.

Se por um lado, a opinião tradicional é a de que o acordo de vontade (consenso) é elemento constitutivo do contrato, esse entendimento tem sido combatido por alguns autores modernos, que defendem a tese de que o consenso não era requisito do contrato no direito clássico¹⁴⁶, pois, em tal período, a expressão *contractus* se referia a qualquer negócio reconhecido pelo *ius honorarium* ou pelo *ius civile* capaz de gerar obrigação entre as partes.

Todavia, apesar de enfrentar a resistência de alguns autores modernos¹⁴⁷, a opinião tradicional e dominante¹⁴⁸ admite que o acordo de vontade seria, de fato, elemento constitutivo do contrato, apesar de não suficiente, caso considerado isoladamente.

A bilateralidade do *contractus* significava a existência de obrigações recíprocas e interdependentes, ainda que não correspectivas, no sentido de não serem necessariamente equivalentes em termos econômicos¹⁴⁹.

¹⁴³ “*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”.

¹⁴⁴ Tradução livre.

¹⁴⁵ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 5.

¹⁴⁶ Para S. PEROZZI, *Le obbligazioni Romane*, in *Scritti Giuridici, II*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 337, o consenso apenas teria se tornado um elemento do contrato no direito justiniano.

¹⁴⁷ S. PEROZZI (*Le Obbligazioni Romane*, in *Scritti Giuridici, II*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 337) defende que o acordo de vontade, para os juristas clássicos, não era requisito do contrato, tornando-se requisito fundamental apenas no direito juristiniano. Para o ator, o *contractus*, no período clássico, era qualquer *negotium* tendo ou não por base o acordo de vontade, o qual, reconhecido pelo *ius civile* ou pelo *ius honorarium* fosse capaz de gerar obrigações.

¹⁴⁸ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 262.

¹⁴⁹ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 785.

Dessa forma, em todas as figuras contratuais passou a ser identificado um elemento comum: a bilateralidade da manifestação de vontade das partes que se articulava para um mesmo fim, o acordo ou *conventio*¹⁵⁰.

Com isso, apesar do contrato não ter sido definido pelas fontes romanas, a interpretação dos fragmentos do Digesto, principalmente a partir do seu título 18¹⁵¹, permite inferir as bases sobre as quais o instituto jurídico se fundou, atribuindo grande relevância ao papel desempenhado pelo acordo convergente de vontade, tanto para a sua formação, quanto para a sua resolução.

Inclusive, em matéria de *lex commissoria*, é a manifestação convergente de vontades que admite a sua inserção ao negócio jurídico de compra e venda, bem como a irradiação de seus efeitos, por configurar direito potestativo do vendedor.

2.5 *Conventio e Contractus*

O substantivo *contractus*, assim como o verbo do qual deriva, foi originalmente utilizado para indicar o vínculo jurídico que se estabelece entre as partes, por qualquer causa que não seja um crime¹⁵².

Parte da doutrina¹⁵³ defende que o termo *contractus* nunca foi sinônimo de *conventio* na linguagem clássica, sob o fundamento de que *contractus* indicava, efetivamente, a relação objetiva - o vínculo havido entre as partes - e não a natureza voluntária do agir ou consentir.

¹⁵⁰ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 6.

¹⁵¹ De acordo com F. WIEACKER (F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932), no terceiro título do Livro 18 do Digesto, são reunidos fragmentos que os compiladores relacionaram com a *lex commissoria*. As inscrições dos fragmentos mostram que foram extraídos de diferentes contextos dos comentários clássicos e referem-se a três diferentes temas: a *lex commissoria* como cláusula adicionada à compra e venda, em matéria fiduciária e de arras. Em matéria de compra e venda, os três fragmentos que mencionam a *lex commissoria*: D. 18. 3, 1, D. 18. 3, 4; D. 18. 3, 5 e D. 18. 3, 7 informam elementos relevantes à relação contratual e a eficácia da compra e venda.

¹⁵² S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 383.

¹⁵³ Nesse sentido, S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 274.

S. RICCOBONO¹⁵⁴, entretanto, entende que a teoria subjetiva do contrato foi primeiramente testada na realidade da vida, pela jurisprudência clássica, com posterior atribuição de sentido jurídico.

Ao divergir de parte da doutrina, S. RICCOBONO¹⁵⁵ sustenta ter sido delineada pela experiência romana uma ideia geral de contrato¹⁵⁶, cujo desenvolvimento teve início no final da República e no primeiro século do Império, evidenciados, em SABINO e CÁSSIO, os primeiros sinais de sua formação.

Segundo o autor¹⁵⁷, no início do segundo século foi concluída a fase essencial de desenvolvimento de uma ideia geral dos contratos, mediante o reconhecimento da *conventio* como elemento necessário a todos os negócios jurídicos, independente do direito aplicável (*ius civile, ius gentium, ius honorarium*).

Para S. RICCOBONO¹⁵⁸, a *conventio* representava, no período clássico, um elemento comum a todos os negócios jurídicos, considerado ponto de concentração das figuras jurídicas desenvolvidas e que aos poucos se tornou o elemento de unificação dos negócios jurídicos.

Por isso, o autor¹⁵⁹ afirma que na época de ADRIANO, a jurisprudência romana chegou a lançar os fundamentos do que mais tarde seria a teoria geral dos negócios jurídicos, reconhecendo na *conventio* o elemento essencial por meio do qual derivam todos os efeitos jurídicos.

Com a solenidade inaugurada pelo *ius civile*, S. RICCOBONO¹⁶⁰ entende ter sido unificado o sistema do período clássico em uma única ordem jurídica, momento em que

¹⁵⁴ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 274.

¹⁵⁵ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 274.

¹⁵⁶ Apesar de M. TALAMANCA (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 194). discordar da existência de uma teoria geral dos contratos, por entender não ter sido elaborada, pelos romanos, uma categoria individual do negócio jurídico, o autor salienta que a experiência romana não deixou de impor, ainda que em termos terminológicos, uma nomenclatura uniforme, bem como questões comuns às várias figuras de negócio jurídico, como a *condicio* ou o termo, e os vícios da manifestação de vontade ou a interpretação dos negócios jurídicos.

¹⁵⁷ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 282.

¹⁵⁸ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 323.

¹⁵⁹ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 323.

¹⁶⁰ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 283.

a *conventio* apareceu como elemento não apenas comum e necessário a todas as categorias de negócios, mas como elemento característico e dominante, a partir do qual emanavam os efeitos comuns a todos os negócios jurídicos¹⁶¹.

S. RICCOBONO¹⁶² indica que os autores modernos pretenderam ignorar esse desenvolvimento da *conventio*, porque observaram nas fontes figuras únicas, vários tipos e grupos de negócios, diferentes na estrutura e nos efeitos, a depender da forma pela qual se apresentavam na tradição do direito antigo e do direito clássico.

O autor elucida que para a doutrina tradicional, a experiência jurídica romana criou grupos e figuras jurídicas singulares, tais como *actus*, *nexum*, *contractus*, *negotium*, e, no campo dos negócios jurídicos reais, a *macipatio*, *in iure cessio*, *traditio*, de modo que a ausência de uma teoria geral também se manifesta na terminologia, carecendo de um termo geral que resuma os grupos ou figuras, pelo menos com relação a um pressuposto comum ou a um caráter essencial¹⁶³.

Por tais motivos, teria sido difundida a ideia compartilhada por L. MITTEIS¹⁶⁴, segundo a qual os romanos não desenvolveram uma teoria geral dos negócios jurídicos.

Apresentadas as considerações de S. RICCOBONO, importante considerar que atribuir aos romanos a criação de uma teoria geral dos negócios jurídicos é contrário à própria experiência romana, que não se voltou para a construção de modelos gerais e abstratos, mas se importou com a resolução de casos concretos, mediante o desenvolvimento de um pensamento jurídico.

Por isso, pertinente ressaltar o entendimento de M. TALAMANCA¹⁶⁵, segundo o qual os romanos, apesar de não terem identificado uma categoria individual de negócio jurídico, nem terem elaborado uma teoria geral das figuras específicas conhecidas¹⁶⁶, não deixaram de impor, ainda que em termos terminológicos, uma nomenclatura uniforme,

¹⁶¹ S. RODRIGUÉZ (*La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 7) afirma que no direito romano o entendimento era de que em cada contrato devia estar presente uma *conventio*, pois, apesar de não haver uma sólida definição de contrato, este era identificado como a *conventio* ou simples acordo.

¹⁶² S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 283.

¹⁶³ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 285.

¹⁶⁴ L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians – Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, I, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1908, p.146.

¹⁶⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 194.

¹⁶⁶ Como o *contractus*.

bem como questões comuns às várias figuras de negócio jurídico: são exemplos a *condicio* e o termo (*dies*).

Compartilhando o mesmo entendimento, V. ARANGIO-RUIZ¹⁶⁷ pontua que, apesar de não ter sido elaborada uma doutrina geral do negócio jurídico, não faltam construções jurídicas advindas da experiência romana e que são aplicáveis de maneira uniforme a todos os negócios jurídicos, ou pelo menos a grandes grupos de negócios jurídicos.

Se por um lado, M. TALAMANCA¹⁶⁸ e V. ARANGIO-RUIZ¹⁶⁹ entendem que institutos comuns aos negócios jurídicos - tais quais a *condicio* e o termo - exercem o papel unificador de determinadas categoriais negociais, S. RICCOBONO¹⁷⁰, ao defender a existência de um elemento comum, em uma tentativa unificadora dos contratos¹⁷¹, aponta a *conventio* como elemento comum a todos os negócios jurídicos, citando, para tanto, ULPIANO¹⁷² em D. 2, 14,1,3¹⁷³

Diante do panorama traçado, é possível afirmar que a experiência romana não elaborou uma teoria geral do contrato e em particular não atrelou o *contractus* à *conventio*. Entretanto, não se pode ignorar os esforços destinados a identificar o *consensus* como um elemento essencial de todo contrato¹⁷⁴.

Afinal, (a) a concepção dos contratos consensuais de LABEÃO, (b) a visão teórica de SEXTO PÉDIO afirmando a presença da *conventio* em todo contrato (*re, verbis, litteris*); e (c) a classificação contratual de GAIO em *re, verbis, litteris* e *consensus*, identificando em todo contrato a bilateralidade, evidenciam a atribuição de relevância jurídica à

¹⁶⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 77.

¹⁶⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 194 e ss.

¹⁶⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 77 e ss.

¹⁷⁰ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 285.

¹⁷¹ Objeto de crítica acima, porque a criação de uma teoria geral do negócio jurídico não parece coincidir com a pretensão da experiência jurídica romana, atenta à resolução de casos práticos.

¹⁷² O jurista PÉDIO indicou em D. 2,14,1,3 que, independentemente do caráter formal ou real, deveria existir sempre uma *conventio*, ou seja, um acordo entre as partes em relação aos interesses que com esse ato pretendia regular

¹⁷³ “A *convenção* é <de sentido> geral pertinente a tudo sobre o que aqueles que exercem atividades permitem uns aos outros contratar um negócio ou transacioná-lo” (...) “como elegantemente afirma Pédio, o contrato é nulo, o ato <bilateral> obrigatório que não tem em si uma convenção, um acordo é nulo (...)”.

¹⁷⁴ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 8.

declaração de vontade das partes e identificam no acordo - elemento essencial de todos os contratos - fundamento para a moderna concepção do contrato¹⁷⁵.

2.5.1 A manifestação de vontade como fonte de efeitos jurídicos

Pode-se definir negócio jurídico como a manifestação individual de vontade ou a resultante de várias manifestações, visando à realização de fins práticos e abrangidos pelo direito objetivo¹⁷⁶, mediante a criação de novas relações jurídicas, ou da modificação ou extinção das relações jurídicas já existentes¹⁷⁷.

O sujeito, portanto, ao atuar juridicamente pretende alcançar certos resultados. Entretanto, o ordenamento jurídico nem sempre respeita a manifestação de vontade das partes, ante a existência de normas limitadoras.

Por isso afirmar que as partes devem adequar a sua vontade às formas particulares de manifestação, estabelecidas taxativamente pelo *ius civile*¹⁷⁸. Ainda assim, a natural evolução jurídica em matéria contratual sempre se dá no sentido de adequar os efeitos jurídicos à vontade expressa das partes¹⁷⁹, privilegiando-a.

Segundo a doutrina tradicional do *ius civile*, a existência e a eficácia de um negócio jurídico solene dependiam de determinadas palavras. Com isso, o entendimento era o de que os efeitos jurídicos decorriam não da vontade das partes, mas da *oratio pronuntiatio: uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. A frase contida na Lei das XII Tábuas é inequívoca em tais termos¹⁸⁰.

O princípio fundamental do direito antigo era o de que uma convenção não tinha efeito se não fosse coberta com uma forma solene e exatamente determinada. Como exemplo, ressalta-se que o *nexum* era a forma mais antiga aplicável a todas as relações

¹⁷⁵ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 8.

¹⁷⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 77.

¹⁷⁷ Com isso, o sujeito que participa de um negócio jurídico tem interesses a satisfazer: obter a disponibilidade de um fundo ou fazer com que os seus bens cheguem após a sua morte a determinadas pessoas.

¹⁷⁸ S. RODRÍGUEZ, *La concepción romana del contrato*, In *Revista letras jurídicas*, jul/2004, p. 5.

¹⁷⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 78.

¹⁸⁰ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 286.

obrigatórias então em uso, cujo conteúdo era determinado pelo emprego de palavras específicas.

A jurisprudência antiga, portanto, tendia a formular os atos com a máxima precisão para que as partes pudessem atingir o fim a que almejavam por meio do uso de palavras e fórmulas adequadas¹⁸¹.

Todavia, apesar da acomodação da vontade das partes ao negócio jurídico, existiam atos (*mancipatio, in iure cessio*) que não permitiam a adição de condições nem termos: esses elementos adicionados às fórmulas tornariam o ato nulo e sem efeito. Em outros atos, essas limitações não produziam nulidades, mas impediam os efeitos jurídicos atribuídos pelo *ius civile*¹⁸².

Por isso, A. GUARINO¹⁸³ ao identificar que as cláusulas influenciaram a eficácia dos negócios jurídicos desde o direito pós-clássico, reconhece que nem todos os negócios jurídicos estavam sujeitos à cláusula condicional, pois alguns negócios, como os *actus legitimi*, eram nulos caso acompanhados de termo ou condição.

Com isso, em matéria relativa aos elementos acidentais do negócio jurídico, a experiência romana identificou uma categoria geral – *actus legitimi* – que não tolerava termo nem condição¹⁸⁴.

Com relação aos demais negócios jurídicos, os SABINIANOS atribuíram relevância para a vontade das partes, admitindo a eficácia do termo e da condição, em oposição aos princípios rígidos do *ius civile*¹⁸⁵.

É o que se verifica com a limitação de tempo acrescida à servidão predial em D. 8,1,4, pr:

¹⁸¹ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 287.

¹⁸² S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p.288.

¹⁸³ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 370.

¹⁸⁴ D. 50, 17, 77 (“*qui non recipiunt diem condicionem*”).

¹⁸⁵ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p.288.

Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia "quamdiu volam") constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, per pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutum vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere

As servidões, a rigor, não podem ser constituídas nem a partir de um termo nem até um termo, nem sob condição <suspensiva> nem até o cumprimento de determinada condição (por exemplo, "<desde que eu queira">), no entanto, se esses <elementos> forem adicionados, serão entendidos como um acordo ou exceção, contra aquele que alega a servidão. Cássio relatou que Sabino também havia respondido assim e que isso também lhe parecia bom.

Em um primeiro momento PAPINIANO nega a validade do ato ("*neque ex tempore neque ad tempus... constitui potest*") e limita a eficácia estabelecida por meio do pacto¹⁸⁶.

Todavia, ao concluir, PAPINIANO estabelece que: "*no entanto, se esses <elementos> forem acrescentados (termo ou condição), serão entendidos como um acordo ou exceção, contra a alegação de servidão*".

Tal exceção se aplicava aos atos não solenes e solenes, de modo que a manifestação de vontade das partes era tutelada pelo pretor como uma exceção¹⁸⁷.

Por isso, S. RICCOBONO¹⁸⁸ destaca a tarefa essencial do intérprete e da consideração da vontade das partes em todos os atos, ainda naqueles contrários às regras

¹⁸⁶ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p.290.

¹⁸⁷ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p.295.

¹⁸⁸ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p.296.

do *ius civile*, a fim de alcançar um resultado prático que satisfizesse os requisitos de equidade¹⁸⁹.

Por meio de tal constatação o autor¹⁹⁰ identifica a relação entre *ius civile* e *ius honorarium* e a função específica que este foi chamado a desempenhar. A jurisprudência respeita o sistema do *ius civile*, que tem por objetivo cumprir o pactuado pelas partes e a equidade¹⁹¹: o que significa, em outras palavras, que a jurisprudência se move constantemente tanto em direção ao que se entende por *bonum et aequum*, quanto ao que diz respeito ao mérito da *interpretatio iuris*¹⁹², segundo a qual os efeitos jurídicos devem corresponder à vontade de quem pratica o ato¹⁹³.

Identificar a finalidade da manifestação de vontade e categorizá-la como método de investigação constitui um avanço, pois a atividade interpretativa em nada altera a substância das coisas, respeitados os institutos jurídicos nos quais não era admitida a superação do rigor decorrente das regras do *ius civile*¹⁹⁴ (como nos *actus legitimi*).

Diante dessa tensão, foi mantida a tradição jurídica do *ius civile*, admitidas investigações da vontade das partes, movimento que serviu de elo para a formação de uma experiência jurídica mais ponderada¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Segundo E. CHAMOUN, (*Instituições de direito romano*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 34 “o pretor, com o seu ‘*ius honorarium*’ foi sempre o arauto dos imperativos da ‘*aequitas*’, porque o intérprete do sentimento de justiça do seu tempo. Decidindo por equidade, pôde negar ao indivíduo o direito de intentar ação (*denegatio actionis*)... Esse é o conteúdo da *aequitas* no direito clássico: a justiça do caso singular. Por sua inspiração o magistrado pode afastar uma norma geral se esta se mostrar injusta na aplicação a um caso particular”.

¹⁹⁰ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p.296.

¹⁹¹ Segundo M. C. CARMIGNANI (A *aequitas* e a aplicação do Direito em Roma, *In RFD*, v. 104, jan/dez 2009, p. 118) no Direito Justiniano, extinta a diferença entre o *ius civile* e *ius honorarium*, a *aequitas* aparece bafejada pelos cristãos de *humanitas*, *benignitas*, *benevolentia*, *pietas*, *caritas*, termos que frequentemente a designam.

¹⁹² De acordo com M. TALAMANCA, (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 219) a interpretação do negócio jurídico não está submetida a uma sistemática elaboração conceitual, mas está relacionada à uma valoração casuística, por meio da qual são utilizados tópicos que, apesar de apresentarem uma formulação ampla, não conformam regras gerais, mas dependem de uma avaliação casuística. Por outro lado, ao longo do desenvolvimento da experiência romana, não poucas vezes se assistiu a uma mudança dos critérios utilizados na prática da interpretação negocial.

¹⁹³ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 296.

¹⁹⁴ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 296.

¹⁹⁵ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 297.

Sobre o tema, S. RICCOBONO¹⁹⁶ sintetiza que a harmonia e a concordância entre a tradição do *ius civile* e o novo método inaugurado pela *interpretatio iuris* foi obtida mediante a manutenção das palavras solenes, como requisito essencial para a validade da forma. A energia produtiva dos efeitos jurídicos, entretanto, surgia da *voluntas*.

Assim, a orientação da doutrina, que pode ser constatada em D. 8,1,4, pr.¹⁹⁷ por PAPINIANO, revela uma nova orientação dos negócios jurídicos, identificada pelo contraste entre o *ius civile* e o fundamento claro na vontade das partes¹⁹⁸.

A *interpretatio iuris*, segundo o método difundido pelas escolas de retórica, aplicava-se a todos os atos jurídicos, com o objetivo de reconhecer na manifestação de vontade a força produtora de efeitos¹⁹⁹.

Para averiguar a extensão do negócio jurídico formal à luz do direito civil, limita-se, precisamente, à avaliação das palavras solenes de acordo com o caráter abstrato do próprio negócio jurídico. É apenas quando essas palavras são proferidas que se oferece o ponto de partida da averiguação da *conventio* para identificar os efeitos do negócio jurídico solene²⁰⁰.

A formulação teórica mais precisa dessa relação entre *verbas* e *voluntas* pode ser observada pela primeira vez em CELSO (D. 33, 10, 7, 2)²⁰¹ oportunidade em que o jurista, sobre a controvérsia entre autores antigos (TUBERONE, SÉRVIO) com relação à

¹⁹⁶ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 30.

¹⁹⁷ “As servidões, a rigor, não podem ser constituídas nem a partir de um termo nem até um termo, nem sob condição <suspensiva> nem até o cumprimento de determinada condição (por exemplo, “<desde que eu queira”>), no entanto, se esses <elementos> forem adicionados, serão entendidos como um acordo ou exceção, contra aquele que alega a servidão. Cássio relatou que Sabino também havia respondido assim e que isso também lhe parecia bom”.

¹⁹⁸ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 299.

¹⁹⁹ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 30.

²⁰⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 221

²⁰¹ “*Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam καὶ τῆ ἀνάρθρω φωνῆ dicere existimamus”.*

importância da vontade em uma declaração testamentária aderiu à afirmação de SÉRVIO, reconhecendo que

“(…) para que servem as denominações se não para indicar a vontade do falante? De minha parte, acho que ninguém diz o que não pensa, valendo-se justamente da denominação com que se costuma chamar algo: na verdade usamos a função da voz. Além disso, não se deve considerar que alguém disse o que não tinha em mente”.

Assim, a vontade declarada é entendida como a força eficiente dos efeitos jurídicos. Nesse sentido lhe é anterior e potencializa os efeitos, enquanto a palavra é requisito exigido pelo *ius civile* para exprimir o conteúdo da própria vontade²⁰².

Tanto é assim que o jurisconsulto, ao final do fragmento, para esclarecer o seu pensamento, salienta que no *ius gentium* não era exigida forma solene, porque a vontade operava por si mesma, independente de como se manifestava, com atos ou sinais²⁰³.

Com isso, a declaração solene passou a ter importância pela forma, enquanto o conteúdo do ato foi determinado pela vontade²⁰⁴.

A liberdade da forma significava que o consenso²⁰⁵ não necessitava de uma particular manifestação externa ou de determinada condição de tempo e de lugar para que fosse exteriorizado de modo inequívoco²⁰⁶.

Se no campo dos atos de disposição de última vontade era notória a evolução interpretativa e a importância atribuída à manifestação de vontade, no campo dos negócios jurídicos aplicáveis à vida comercial as mudanças não foram tão rápidas²⁰⁷.

²⁰² S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 301.

²⁰³ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 301.

²⁰⁴ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 304.

²⁰⁵ A experiência romana não elaborou uma teoria do contrato e em particular não identificou o *contractus* com a *conventio*. Entretanto, não se pode ignorar os esforços destinados a identificar o *consensus* como um elemento essencial de todo contrato.

²⁰⁶ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 785.

²⁰⁷ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 306.

Afinal, em razão da bilateralidade de tais negócios, a interpretação tinha de se ater aos elementos objetivos e à finalidade do negócio jurídico celebrado²⁰⁸.

Assim, no tocante aos atos *intervivos* prevalece, a partir do final da República, o princípio por meio do qual o significado das declarações negociais devia ser identificado com base no *id quod actum est*²⁰⁹.

Para identificar o *id quod actum est* o ponto de partida era representado pelo valor objetivo da declaração de vontade, consideradas as circunstâncias da época em que emitida.

Para encontrar uma intenção comum das partes, era necessário provar que as partes atribuíram um valor diferente à declaração negocial e que a declaração podia ser ambígua do ponto de vista objetivo ou com relação às circunstâncias particulares em que emitida.

A averiguação de tal circunstância, todavia, era irrelevante quando, no caso concreto, estava expressamente estabelecido no *id quod actum est*, ou seja, na vontade comum das partes²¹⁰, a intenção convencionada.

Em termos teóricos, os juristas se utilizam da expressão *id quod actum est* para albergar todos os elementos concretos, incluindo a vontade das partes, visando à realização de um fim específico²¹¹.

Se por um lado, nos negócios jurídicos *intervivos* era possível identificar a manifestação de vontade das partes, que perseguiram finalidades distintas, perquirindo-se a convenção por elas estabelecida, com relação aos negócios jurídicos *mortis causa* não havia oposição das partes ou intenções distintas, de modo a abrir caminho para a interpretação subjetiva da manifestação de vontade²¹².

Por isso, nos testamentos, admitia-se que, embora se tratasse de uma transação formal, a interpretação do negócio jurídico utilizava elementos exteriores à *verba*

²⁰⁸ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 306.

²⁰⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 220.

²¹⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 220/221.

²¹¹ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 308.

²¹² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 221.

proferida, desde que a *voluntas testatoris* resultasse de fatos relevantes ao nível da realidade histórica²¹³.

O problema era identificar o limite da interpretação *secundum voluntatem*. Afinal, a experiência romana não desenvolveu princípios gerais sobre o tema²¹⁴ e a diferença existente entre os atos de última vontade e os negócios jurídicos *intervivos* era grande, pois nos atos *causa mortis* era mais fácil reconhecer na vontade do instituidor a fonte de todos os direitos.

Os casos mais antigos resolvidos com o novo método da *interpretatio* dizem respeito ao período republicano, sendo o mais importante deles a *causa curiana*²¹⁵.

2.6 O papel da vontade na interpretação dos contratos

A interpretação do negócio jurídico na experiência romana está relacionada à uma valoração casuística, por meio da qual são utilizados tópicos que, apesar de apresentarem uma formulação ampla, não conformam regras gerais.

Como mencionado, ao longo da experiência romana, não poucas vezes se assistiu a uma mudança dos critérios utilizados na prática da interpretação negocial²¹⁶.

Quando se estuda o tema relativo à interpretação dos negócios jurídicos, exsurge a questão relativa ao papel da vontade na interpretação dos contratos: o desenvolvimento de uma técnica jurídica independente soluciona conflitos sociais de acordo com regras racionais²¹⁷.

Sabe-se que interpretar é extrair o sentido do conteúdo negocial, e, para tanto, são muitas as correntes doutrinárias²¹⁸ que se desenvolveram ao longo dos séculos, na

²¹³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 221.

²¹⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 221.

²¹⁵ O tema relativo à *causa curiana* será abordado no próximo tópico. S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano - Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 305.

²¹⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 221.

²¹⁷ F. WIEACKER, *The causa curiana and contemporary roman jurisprudence*, *Irish Jurist*, 1967, p. 151.

²¹⁸ Para os teóricos da corrente subjetivista, o intérprete deve perquirir o sentido e a intenção do negociante quando da declaração negocial. Já os teóricos da corrente objetivista defendem que a interpretação deve partir do sentido literal da linguagem e atingir a intenção das partes contratantes, de acordo com o sentido atribuído pelos terceiros à declaração emitida.

tentativa de explicar a maior ou menor influência da intenção do agente na declaração negocial.

No período mais antigo, apenas a literalidade da palavra tinha relevância. Assim, à época da Lei das XII Tábuas (*tab. 6,1 “quando se celebra um nexum ou uma Mancipatio, a situação jurídica se produz dependendo da palavra claramente pronunciada”*), a tônica recaía sobre o formalismo verbal com relevância exclusiva do sentido objetivo atribuído à declaração de vontade²¹⁹.

Nesse contexto histórico não era possível distinguir entre os negócios jurídicos *intervivos* e *mortis causa*, porque o formalismo verbal impregnava ambos²²⁰.

Apesar de conotação moderna, a discussão entre as teorias que explicam o papel da vontade nos negócios jurídicos já estava presente na experiência romana. Tal afirmação pode ser extraída da conhecida disputa sobre a matéria, consolidada na *Causa Curiana* – decisão que promoveu reflexos significativos na experiência romana.

A *Causa Curiana* foi julgada pelo Tribunal dos Centúviro, no ano 92 a. C. e se tornou notória em decorrência da comoção causada na sociedade romana. A discussão inaugurada se referiu ao direito de sucessão e a *quaestio iuris* foi a interpretação do testamento²²¹ - ato formal de literalidade estrita²²².

A demanda se desenvolve a partir do pressentimento de Mário Copônio, de que morreria em breve, motivo que o levou a fazer um testamento. Apesar de não ter filhos, tinha esperança de que sua esposa estivesse grávida, por isso, instituiu como herdeiro o presuntivo filho nascituro²²³.

²¹⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 219.

²²⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 219.

²²¹ Nesse sentido, F. WIEACKER, *The causa curiana and contemporary roman jurisprudence*, *Irish Jurist*, nº 1, (1967), p. 151.

²²² R. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 628.

²²³ D. R. M. RODRIGUES, *Verba e voluntas no Direito Romano e no Código Civil Brasileiro*, In *Revista da Faculdade de Direito De São Bernardo Do Campo*, v. 11, 2005, p. 87.

Com receio de que seu filho falecesse ainda impúbere, e antes de adquirir a capacidade para testar, nomeou antecipadamente seu amigo Mânio Cúrio²²⁴ como substituto temporário para tal eventualidade²²⁵.

Após a morte do testador, descobriu-se que a sua esposa não estava grávida. Por isso, Mânio Cúrio se apresentou como pretendente à herança, e a ele se opôs Marco Copônio, agnado do testador, beneficiado na sucessão legítima no caso de inexistência de testamento.

Cévola (*Quintus Mucius Scaevola*²²⁶), defensor de Marco Copônio, sustentou a interpretação literal das palavras empregadas. Já Crasso (*Lucius Licinius Crassus*²²⁷), defensor de Mânio Cúrio, sustentou a necessidade de ser priorizada a intenção do testador (*voluntas*), em detrimento literalidade²²⁸.

Ao final do julgamento²²⁹ foi atribuída vitória à pretensão de Mânio Cúrio, acolhendo a tese de Crasso e reconhecendo que a vontade deveria prevalecer sobre a palavra escrita, tendência sensível às necessidades dos novos tempos²³⁰.

Apesar da análise de STROUX²³¹ sobre o tema, no sentido de que o julgamento da Causa Centuriana denunciava verdadeira prevalência da teoria subjetivista em

²²⁴ De acordo com R. ZIMMERMANN (*The Law of obligations*, Oxford, Oxford University, 1996, p. 628), o caso apresentava particular significância, pois se voltava à interpretação do testamento. Era frequente que, com a morte do *paterfamilias*, fosse instituído seu filho como beneficiário, que não tinha, ainda, atingido a puberdade. Quando o testador morria, o pupilo – se ainda fosse impúbere – tornar-se-ia *sui iuris*, mas ele não estava apto a fazer testamento, pois os impúberes não eram habilitados a fazer testamento (“*ius testamenti faciendi*”).

²²⁵ D. R. M. RODRIGUES, *Verba e voluntas no Direito Romano e no Código Civil Brasileiro*, In *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 11, 2005, p. 87.

²²⁶ Que, segundo R. ZIMMERMANN (*The law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 628) era autor de influente tratado sobre o *Ius Civile* e provavelmente o jurista mais notável da República.

²²⁷ Segundo R. ZIMMERMANN (*The law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 628), era o maior orador do seu tempo.

²²⁸ D. R. M. RODRIGUES, *Verba e voluntas no Direito Romano e no Código Civil Brasileiro*, In *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo Do Campo*, 11, 2005, pp. 90/91.

²²⁹ De acordo com R. ZIMMERMANN (*The law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 629), o litígio poderia ter sido evitado, caso o testador que queria instituir um futuro combinasse o *substitutio vulgaris* (para cobrir a possibilidade de um filho não ser nascido) e uma *substitutio pupillaris* (para prever a eventualidade de que por no momento da morte do testador, um filho havia nascido, mas havia morrido antes ter estado em condições de fazer um testamento). Entretanto, a *substitutio vulgaris* não foi expressamente mencionada no testamento submetido ao Tribunal.

²³⁰ D. R. M. RODRIGUES, *Verba e voluntas no Direito Romano e no Código Civil Brasileiro*, In *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo Do Campo*, 11, 2005, pp. 91/92.

²³¹ De acordo com J.W. Vaughn, *Law and Rhetoric in the Causa Curiana*, *Classical Antiquity*, v. 4, nº 2 (1985), pp. 208 - 222, *Johannes Stroux* publicou em 1926 trabalho no qual reconhece considerável influência da retórica grega no desenvolvimento da jurisprudência romana. STROUX teria sustentado que a interpretação jurídica atribuído aos romanos era arcaica, ou seja, baseada na análise estrita da lei. Gradualmente foi sendo delineada a influência da *aequitas* de Aristóteles, de modo que a interpretação dos negócios passou a ser baseada no “*espírito da lei*”.

detrimento da teoria objetivista, GANDOLFI entende que Crasso não pretendia a exaltação da vontade livremente investigada, mas da manutenção do sentido comum das palavras (*termo communis*), contrastando com o sentido jurídico apreendido da declaração negocial²³², expressando uma intenção a ser compreendida por uma generalidade de pessoas²³³.

3. Considerações preliminares sobre o contrato de compra e venda em Roma

Na definição de contrato atribuída a LABEÃO e transmitida por ULPIANO (Ulp. 11 *ad Ed.*, D. 50, 16, 19)²³⁴, a compra e venda era um exemplo de contrato citado, dada a sua relevância na sociedade romana²³⁵, e que se mantém até os dias atuais.

O contrato de compra e venda ao tempo de Justiniano era efetivamente consensual, conforme se verifica em Inst. 3,23²³⁶. Por isso, para a sua celebração bastava que as partes entrassem em consenso, concordando, portanto, com o preço, sendo dispensável o pagamento ou a entrega de arras²³⁷.

O contrato de compra e venda justamente por dispensar uma forma específica ou qualquer outro requisito, evidencia que o acordo de vontade das partes é suficiente para a formação do vínculo contratual²³⁸.

Por este motivo, P. BIRKS²³⁹ ao analisar os contratos - em geral - e os contratos de compra e venda - em específico - reconhece que todos os contratos envolvem o consenso.

²³² Diante disso, há quem sustente que os argumentos defendidos na *Causa Curiana* não eram radicalmente opostos, mas com enfoques diferentes sobre a mesma questão litigiosa.

²³³ Por isso Crasso defender que “*muitos escreviam assim*”, recorrendo a exemplos de casos em que todos entendam que a vontade expressa era em determinado sentido.

²³⁴ “*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*” / “*Labeão define no livro primeiro do pretor urbano que umas coisas se fazem, outras se gerem e outras se contratam. E, certamente que a palavra 'actum' é geral, como na estipulação se entrega a quantidade, mas o contrato significa obrigação de uma e de outra parte que os gregos denominam de synallagma como na compra e venda, locação, e sociedade; a gestão significa a coisa feita sem palavras*”.

²³⁵ P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 66

²³⁶ Em tradução livre: a compra e venda é aperfeiçoada tão logo seja acordado o preço, ainda que o preço não tenha sido pago ou as arras tenham sido entregues.

²³⁷ D. J. FONSECA NETO, Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano, (Dissertação), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 9.

²³⁸ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 5.

²³⁹ P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 65

Todavia, os contratos consensuais diferem da categoria geral de contratos porque não exigem nenhum outro elemento²⁴⁰. Diz-se, portanto, que nos contratos consensuais as partes estão vinculadas quando o consenso é aperfeiçoado²⁴¹.

Sobre a origem do contrato de compra e venda, G. LONGO²⁴² aponta que tal negócio jurídico fora precedido pelo escambo, tendo sido introduzido na prática romana após o desenvolvimento da troca de coisa por coisa.

A troca informal de mercadorias, ainda que tenha sido um fenômeno fático, produziu o efeito jurídico de liberar o adquirente da suspeita que contra ele surgia de haver furtado a coisa de seu antigo possuidor²⁴³.

Introduzida a moeda, a troca passou a ser de coisa por dinheiro²⁴⁴, eliminando a dificuldade inevitável do sistema antes vigente, e aos poucos, o contrato de compra e venda foi se diferenciando da permuta, ao assumir características típicas de um instituto próprio, não apenas sob o aspecto econômico, mas também jurídico.

Isso porque, na permuta, as duas prestações variam caso a caso, e os seus objetos são homogêneos, enquanto na compra e venda, uma das prestações deve ser executada em moeda, de modo que os objetos são de natureza distinta²⁴⁵.

Com a introdução da moeda foi possível diferenciar a posição do vendedor, que se obriga à entrega da *merx*, e a do comprador, que se obriga ao pagamento do preço²⁴⁶.

Em termos gerais, a *emptio et venditio* era o contrato entre o *venditor* e o *emptor*, por meio do qual nasciam as seguintes obrigações: a obrigação do vendedor transmitir ao comprador a livre posse - *libero possesso* ('*habere licere*') - de uma coisa ('*merx*') e de assegurar a pacífica disponibilidade da coisa, mesmo que a tenha adquirido por usucapião. Já a obrigação do *emptor* era transferir a título correspectivo a propriedade de uma soma de dinheiro (*pretium*)²⁴⁷.

²⁴⁰ Além disso, o consenso pode ser manifestado pelas partes por uma forma particular por elas eleita, que não é necessariamente a forma escrita.

²⁴¹ P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 65.

²⁴² G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 5.

²⁴³ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, trad. por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, pp. 187/188.

²⁴⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 4.

²⁴⁵ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 6.

²⁴⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 5.

²⁴⁷ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 787.

Entretanto, a *emptio et venditio* até ser assim definida, desenvolveu-se em termos históricos, considerando as exigências e peculiaridades de cada período.

3.1 A compra e venda real

A compra e venda é um contrato reciprocamente obrigatório, mediante a troca de uma mercadoria por um determinado preço, consistente em dinheiro. As origens da compra e venda remontam à sua forma real, pois a celebração do negócio e a execução das prestações coincidiam no tempo²⁴⁸.

B. CESARE²⁴⁹ reconhece na compra e venda real a verdadeira origem da compra e venda, caracterizada pelo escambo imediato entre a coisa e o preço, tal qual ocorria na *mancipatio*.

Diante de tal semelhança, M. KASER²⁵⁰ entende que as características da compra e venda real eram aplicáveis à *macipatio*, na qual originariamente a aquisição de uma *res Mancipi* era pesada, a fim de que fosse identificado o seu correspondente preço em dinheiro.

Por isso que para J. C. MOREIRA ALVES²⁵¹ a venda real se tratava, em verdade, de uma forma de transferência da propriedade e não de uma relação jurídica obrigacional.

Conforme sustenta esse autor, primeiramente teria surgido a venda à vista em Roma, celebrada por meio da *macipatio*, quando se tratasse de *res Mancipi*, e executada mediante a concomitante troca da coisa pelo preço.

Tal operação, apesar de configurar uma troca, não podia ser considerada compra e venda geradora de obrigações, mas translática de propriedade da coisa pelo preço, pertencendo, por isso, à teoria dos modos de aquisição do domínio²⁵².

Pode-se dizer que da compra e venda real derivam: (a) a limitação do deslocamento do risco na compra e venda de coisa específica ao momento de

²⁴⁸ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, traduzido por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, pp. 187/188.

²⁴⁹ B. CESARE, *Appunti Didattici di diritto romano (contratti)*, Torino, Gerbone, 1908, p. 441.

²⁵⁰ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, trad. por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, pp. 187/188.

²⁵¹ J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 516.

²⁵² J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 516.

aperfeiçoamento do contrato, (b) a responsabilidade por custódia do vendedor, (c) a separação da *causa emptio* da *causa solvendi* na *traditio* e na *usucapio*, e (d) a dependência da aquisição da propriedade ao adimplemento do preço²⁵³.

Em virtude da transferência da propriedade que se operava, de pronto, na compra e venda real, caso uma das partes não adimplisse o contrato, não era necessário valer-se de uma *actio empti* ou *actio venditi* para se exigir o cumprimento da obrigação, afinal, havia a possibilidade de se reivindicar diretamente o bem²⁵⁴.

Com o desenvolvimento da compra e venda real e do escambo em termos absolutos, quando efetivamente trocada a coisa por outra (permuta), houve a formação do substrato necessário para o desenvolvimento do contrato consensual de compra e venda, no qual a troca efetiva e imediata da coisa por dinheiro se juntou ao desenvolvimento da promessa recíproca, mediante a assunção da obrigação de prestar a coisa e o seu devido preço²⁵⁵.

Pode-se dizer, portanto, que com o tempo, a entrega da coisa foi aos poucos se separando da celebração do contrato, oportunidade em que a compra e venda se converteu em negócio obrigatório capaz de impor ao vendedor o dever de realizar a prestação.

Tal efeito obrigatório se fundamentou na *fides*²⁵⁶, e, por tal motivo, a compra e venda começou a ser considerada contrato consensual (*obligatio consensus contracta*) no final do século III a. C²⁵⁷ justamente em decorrência do surgimento dos *iudicia bonae fidei*²⁵⁸.

Importante considerar que, apesar do desenvolvimento da compra e venda como contrato consensual, na época pós-clássica, em virtude do receio e da desconfiança causados pela economia, a venda real voltou a ser praticada, e tal fenômeno afetou tanto o Oriente como o Ocidente, por influência do pensamento romano pós-clássico²⁵⁹.

²⁵³ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, trad. por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., Madrid, Reus, 1982, p. 188.

²⁵⁴ B. CESARE, *Appunti Didattici di diritto romano (contratti)*, Torino, Gerbone, 1908, p. 442.

²⁵⁵ B. CESARE, *Appunti Didattici di diritto romano (contratti)*, Torino, Gerbone, 1908, p. 441.

²⁵⁶ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, traduzido por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, p. 188.

²⁵⁷ B.B. QUEIROZ DE MORAES, Plauto e a 'in diem addictio', in *Revista General de Derecho Romano*, 14, 2010, p 9.

²⁵⁸ Espécies de *actiones* nas quais era atribuído ao *iudex* o poder de decidir o litígio de acordo com a *bona fides*.

²⁵⁹ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, trad. por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, p. 189.

Apesar do mencionado retorno da prática da compra e venda real, a tradição europeia reconheceu ser a compra e venda contrato consensual, que se aperfeiçoa mediante a manifestação de vontade das partes: o vendedor se obriga a prestar a outra parte a posse útil e duradoura de uma coisa, ou ceder um direito, enquanto o comprador se obriga a pagar um preço determinado²⁶⁰.

3.2 Elementos do contrato de compra e venda e os requisitos de validade

A partir do contrato de compra e venda derivam prestações para ambas as partes contratantes, bem como a possibilidade de ajuizar ações recíprocas: *actio empti* para o comprador e a *actio venditi* para o vendedor.

Por isso, pode-se dizer que a compra e venda é contrato que origina duas obrigações que são conexas em sua origem, mas não em sua execução²⁶¹.

Para o aperfeiçoamento do contrato não há exigência de nenhum requisito posterior: o mero acordo de vontades é constitutivo da obrigação²⁶².

No contrato de compra e venda, as partes assumem diferentes obrigações. Em sua origem, o vendedor se obriga a entregar a posse pacífica e definitiva da coisa - *habere licere* -, já o comprador se obriga a pagar o preço²⁶³.

Da superação da compra e venda real para a configuração de um contrato consensual exsurtem duas regras de grande importância, quais sejam: (a) *exceptio mercis non traditae*; e (b) *periculum est emptoris*.

Pela *exceptio mercis non traditae*, o vendedor está impedido de requerer o pagamento do preço se ainda não tiver prestado a coisa, e, como se observa, essa regra ganhou relevância quando da superação da compra e venda real²⁶⁴, pois, a partir de então,

²⁶⁰ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, Calzone, 1943, p. 15.

²⁶¹ F. J. R. JAÉN, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *Anuario de Derecho Civil*, 46, (1993), p. 1.157.

²⁶² G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, Calzone, 1943, p. 16.

²⁶³ F. J. R. JAÉN, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *Anuario de Derecho Civil*, 46, (1993), p. 1.157.

²⁶⁴ Conforme explica D'ORS (*Derecho Privado Romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1981, pp. 548-549), a partir do momento que a jurisprudência passou a admitir o aperfeiçoamento do contrato pelo simples consentimento das partes, as obrigações de entrega a coisa e pagar o preço passaram a ser simultâneas. Nenhum dos contratantes poderia exigir a prestação da contraparte sem que oferecesse, ao

já não era mais necessário que o pagamento do preço e a entrega do bem fossem simultâneos²⁶⁵.

E, pela regra *periculum est emptoris*, o risco decorrente do perecimento casual da coisa vendida seria, desde a celebração do contrato, de responsabilidade do comprador²⁶⁶. Disso decorre o fato de que caso a coisa vendida perecesse, por caso fortuito ou força maior, o vendedor poderia exigir o pagamento do preço, mesmo sem a entrega da coisa (*merx*)²⁶⁷.

Com isso, pode-se dizer, em síntese, que o vendedor deve a coisa, enquanto o comprador, o preço. E, como consequência, tem-se que o comprador não adquire a propriedade da coisa, senão um direito de crédito que faculta exigir do vendedor o cumprimento de sua obrigação. Já o vendedor tem o direito de crédito que lhe permite reclamar o adimplemento da obrigação²⁶⁸.

Todavia, o contrato de compra e venda é caracterizado por uma segunda fase, que é propriamente a da execução das obrigações. Nela, o comprador deve pagar o preço imediatamente após a celebração do contrato, ou dentro do prazo que tenha sido convencionado pelas partes. E a entrega da coisa (*traditio*) determina o momento a partir do qual o comprador adquire a propriedade²⁶⁹ do bem.

Na fase de execução, a obrigação do vendedor e a do comprador não são conexas entre si, e essa falta de conexão se assenta em duas justificativas: (a) a regra *res perit emptoris* pela qual, antes da entrega da coisa, caso haja o seu perecimento, o comprador tem que pagar o preço em caso fortuito; (b) não se admitia que um dos contratantes

mesmo tempo, o cumprimento da sua. A faculdade do comprador de rechaçar a pretensão do vendedor é a generalização da *exceptio mercis non traditae*, que o Edito concedia contra o banqueiro mediador de um leilão que reclamava o preço estipulado pelo comprador (Gai, 4, 126).

²⁶⁵ B. CESARE, *Appunti Didattici di diritto romano (contratti)*, Torino, Gerbone, 1908, p. 442.

²⁶⁶ E. C. S. V. MARCHI, *Periculum rei venditae et periculum dotis aestimatae*, in *RFD*, 93, (1998), p. 25.

²⁶⁷ Para E. C. S. V. MARCHI, (*Dos riscos pela perda fortuita da coisa vendida no direito romano*, in *RFD*, 96, (2001), p. 47), “no *Corpus Iuris Civilis de Justiniano*, aparentemente como princípio geral é o comprador a ter de suportar, desde o momento da simples celebração do contrato consensual da *emptio venditio*, os riscos pelo perecimento casual da coisa vendida: *periculum est emptoris*. Portanto, perecendo a coisa vendida, por caso fortuito ou de força maior, o vendedor poderia exigir o pagamento do preço, mesmo sem entregar a *merx* – esta aliás, já desaparecida. Este princípio, presente na compilação *justinianeia*, sempre despertou grande perplexidade dentre os intérpretes modernos, dada a sua aparente iniquidade, ao penalizar o comprador mesmo estando ele ainda desprovido da posse e guarda da coisa adquirida. Por isto mesmo, desde sempre, procuraram e procuram os romanistas oferecer justificativas para explicar o porquê da aparente adoção, pelo *Direito Romano*, do princípio *periculum est emptoris*”.

²⁶⁸ F. J. R. JAÉN, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *anuario de derecho civil*, 46, (1993), p. 1.157.

²⁶⁹ *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*. Código de Justiniano, II, 3, de pactis 20 Diocleciano y Maximiliano.

requerese a resolução do contrato quando a contraparte se recusava a cumprir a obrigação: com isso, o vendedor só podia exigir que o comprador cumprisse a sua obrigação, mas não podia requerer a liberação dos termos convencionados no contrato²⁷⁰.

4. Elementos da compra e venda

4.1 Consenso

As *obligationes consensu contractae* (ou *obligationes ex contractu*) foram aquelas derivadas dos quatro tipos contratuais reconhecidos em Roma pelo *ius civile*: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*.

A definição não pode ser, em termos dogmáticos, mais precisa: em primeiro lugar porque o elemento comum aos quatro contratos é o *nudas consensus*, característica atribuída também a outra categoria de negócio, o pacto²⁷¹.

Em segundo lugar porque o conceito de *contractus*, que, a princípio, caracterizava apenas os institutos do *ius civile*, passou a se estender – a partir do período clássico -, a todos os casos em que a *conventio* era determinante para a conformação da relação jurídica²⁷².

As características próprias e genuínas dos quatro contratos reconhecidos pelo *ius civile* foram a consensualidade, a liberdade de forma, a obrigatoriedade e a possibilidade de ação *ex fide bona*. A consensualidade do *contractus* significava que ele se originava rigorosamente de um *consensus in idem placitum* da parte contratante.

O *consensus* era necessário e suficiente para a existência jurídica do contrato de compra e venda: necessário porque se o *consensus* não era efetivo, o contrato não era válido, e suficiente porque bastava o *consensus* para determinar a constituição das *obligationes ex contractu*²⁷³.

²⁷⁰ F. J. R. JAÉN, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *Anuario de Derecho Civil*, 46, (1993), p. 1.158.

²⁷¹ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 783

²⁷² A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 784.

²⁷³ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 784.

Na tentativa de se extrair uma definição do contrato de compra e venda, destaca-se a existência de elementos essenciais do instituto, que são, concretamente, o consenso, a coisa e o preço²⁷⁴, conforme se observa em *Ulp. 28 ad Sab D. 18, 1, 9 pr*²⁷⁵.

Da exegese de D. 18, 1, 9, pr. verifica-se que o consenso é entendido como elemento que intervém na compra e venda (“*na compra e venda, é óbvio que o consenso deve intervir*”), pois, conforme enfatizado por ULPIANO, se as partes discordam tanto sobre a compra e venda em si, quanto sobre o preço ou outro elemento, o contrato não é aperfeiçoado²⁷⁶.

Assim, para que as partes estabeleçam um acordo sobre a compra e venda, é necessário que concordem com os elementos básicos do negócio jurídico, bem como sobre o fato de estarem realizando, de maneira consciente, o efetivo negócio jurídico, o preço e o objeto da venda²⁷⁷.

Tal consideração é relevante principalmente ao se analisar os fragmentos nos quais uma das partes ainda não concordou com a celebração do negócio jurídico, como se observa em *Ulp. 32 ad ed., D. 19, 5, 20, 2*²⁷⁸.

Apesar de a prática ter difundido a escrita do contrato, apta a atestar em documento a conclusão do negócio jurídico²⁷⁹, não se tratava de elemento constitutivo do negócio, mas tão somente de exercício de uma função probatória²⁸⁰.

²⁷⁴ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 19.

²⁷⁵ “*In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. (...)*” ./ “*Na compra e venda é claro que deve intervir o consentimento: aliás, se discordam na própria compra, seja no preço ou em outra coisa, a compra é imperfeita. Se, portanto, pensei em comprar Corneliano, você pensou em me vender Semproniano, porque discordamos fisicamente, não há compra (...)*”

²⁷⁶ “*(...) ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est*”./ “*(...) aliás, se discordam na própria compra, seja no preço ou em outra coisa, a compra é imperfeita*”.

²⁷⁷ B. FRIER, *Roman law and the wine trade: the problem of ‘vinegar sold as wine’*, in ZSS 100 (1983), p. 261.

²⁷⁸ “*Se, querendo comprar objetos de prata, um ourives os trouxesse e os deixasse <para que pudesse examinar se eles eram do seu agrado>, e, como não eram do seu agrado foram entregues a um servo para serem devolvidos, e, sem sua intenção ou culpa, eles foram perdidos, a perda pesa sobre o ourives porque <os objetos de prata> também foram enviados em seu interesse. Labeão afirma que, claro, tem que responder pela culpa daqueles a quem confiou os objetos de prata para serem guardados e transportados, e, para isso, é devida uma ação com uma descrição prévia da relação*”. (tradução livre)

²⁷⁹ Para P. BIRKS (*The Roman Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 65) há discussões acerca da exigência de Justiniano de que os contratos fossem escritos a fim de conceder-lhes executoriedade.

²⁸⁰ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 17.

Assim, a identificação, nas Institutas de Justiniano, de que o contrato de compra e venda podia ser feito por escrito apenas demonstra a influência grega sobre o Direito Romano²⁸¹.

Para o direito romano justinianeu o consenso era suficiente para fazer surgir o vínculo contratual, dispensando qualquer outro requisito²⁸². E, da consensualidade da compra e venda clássica se opera a exigência de se reconhecer a validade obrigatória ao acordo estabelecido pelas partes²⁸³.

4.2 Merx

ARANGIO-RUIZ²⁸⁴, ao definir o contato de compra e venda, assume como base a estrutura enunciada pelos *jurisconsultus* da idade clássica, apontando tratar-se de contrato consensual e bilateral, por meio do qual uma das partes se obriga a transferir o pacífico gozo de uma *merx*, enquanto a outra parte se obriga a transferir a propriedade de uma soma de dinheiro, entendida como o preço (*pretium*).

A *merx* é o bem econômico suscetível de fazer parte do patrimônio de uma pessoa²⁸⁵, incluindo, em sua origem, a pessoa livre que teve uma redução em sua *causa Mancipi*, como ocorre com a venda de um descendente do *pater famílias*.

Alguns textos indicam que a compra e venda era válida mesmo quando o comprador ignorava a qualidade de homem livre da pessoa objeto da negociação²⁸⁶, conforme se verifica em D. 18, 1, 70²⁸⁷ e em D. 40, 13, 4²⁸⁸.

²⁸¹ D. J. FONSECA NETO. Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano, (Dissertação), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 16.

²⁸² G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 19.

²⁸³ V. ARANGIO-RUIZ, *La comprévendita in diritto romano*, 2 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 88.

²⁸⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La comprévendita in diritto romano*, 2 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 88.

²⁸⁵ Para M. KASER, *Derecho Romano Privado*, trad. por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, p. 190, o objeto da compra e venda pode ser uma coisa ou também patrimônio, como uma herança, mas também os créditos e certos direitos reais, como as servidões ou o usufruto.

²⁸⁶ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 22.

²⁸⁷ “*Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. Quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur*”./ “A maioria das pessoas pensava que a compra de um homem livre poderia ser contratada, apenas se fosse celebrada entre aqueles que ignoravam a situação. O mesmo se aplica inclusive se o vendedor sabe [que o homem é livre], mas o comprador não. Mas se o comprador compra sabendo que é livre, a compra é nula”.

²⁸⁸ “*Licinnius Rufinus Iulio Paulo. Is cui fideicommissa libertas debebatur post vicensimum annum veniri se passus est: quaero, denegandum sit ei ad libertatem proclamare. Movet me exemplum cuiusvis liberi*

O objeto do contrato de compra e venda pode ser corpóreo ou incorpóreo, existir no tempo presente ou apenas vir a ter existência futura²⁸⁹. A compra e venda de coisa futura é também denominada de compra e venda condicional e tem como característica a existência incerta da coisa (*emptio rei speratae*), enquanto a compra de uma mera expectativa ou possibilidade (*emptio spei*) é incondicional, e o preço será adimplido ainda que o objeto não venha a existir²⁹⁰.

Com relação às coisas corpóreas, ainda que os textos não sejam expressos, podiam ser fungíveis ou infungíveis²⁹¹. De qualquer forma, o objeto da prestação, para que o negócio jurídico seja válido, deve ser possível física e juridicamente, e, neste sentido, é impossível fisicamente a prestação de uma coisa insubsistente ou que já não exista mais²⁹².

Da mesma forma, é nulo por absoluta impossibilidade da prestação um negócio de compra e venda que tenha por objeto coisa *extra commercium*. E nesse caso, a obrigação não surge para nenhuma das partes contratantes, independente da ciência que se tenha da impossibilidade de se comercializar a coisa²⁹³.

Frise-se que não apenas as coisas corpóreas eram objeto de compra e venda, mas também o direito subjetivo patrimonial que, considerado em sua objetividade, era objeto dos negócios jurídicos²⁹⁴.

4.3 Pretium

hominis: nam et si consecutus esset libertatem, si [] se vendidisset, denegaretur ei ad libertatem proclamare, nec debet meliori loco intellegi, quod in servitute constitutus passus est se venum dari, quam si esset libertatem consecutus. Sed e contrario movet me, quod in hoc, de quo quaeritur, venditio constitit et est qui veneat, in libero autem homine neque venditio constitit et nihil est quod veneat. Peto itaque plenissime instruas. Respondit: venditio quidem tam servi quam liberi contrahi potest et stipulatio de evictione contrahitur: non enim de eo loquimur, qui sciens liberum emit: nam adversus hunc nec ad libertatem proclamatio denegatur. Sed is, qui adhuc servus est, etiam invitus venire potest, quamvis et ipse in eo malus sit, quod de condicione sua dissimulat, cum in sua potestate habeat, ut statim ad libertatem perveniat. Quod quidem non potest ei imputari, cui nondum libertas debetur. Pone statuliberum passum se venum dari: nemo dicturus est superveniente condicione, quae non fuit in eius potestate, libertatis petitionem ei denegandam. Idem puto, etiamsi in ipsius potestate fuit condicio. Sed in proposito magis probandum est, ut denegetur ei libertatis petitio, qui potuit petere libertatem et maluit se venum dari, quia indignus est auxilio praetoris fideicommissarii”.

²⁸⁹ J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 518.

²⁹⁰ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, trad. por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, p. 190.

²⁹¹ J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 518.

²⁹² G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 19.

²⁹³ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 22.

²⁹⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 113.

Durante o direito clássico foi instalada a discussão relativa à exigência de o preço ser certo e em dinheiro²⁹⁵. Para TREBATIUS o preço deveria ser em dinheiro, pois a *actio venditi* não poderia compelir o devedor ao pagamento por qualquer outra forma.

No direito clássico, os SABINIANOS entendiam que qualquer objeto de valor, ainda que não fosse dinheiro, poderia representar o preço, enquanto os PROCULEIANOS defendiam que apenas o dinheiro poderia ser o preço no contrato de compra e venda²⁹⁶, tese esta que, mais tarde, fora acolhida por Justiniano²⁹⁷.

Já a compra e venda com preço inflacionado era perfeitamente válida, a não ser que escondesse outra intenção pretendida pelas partes²⁹⁸, ainda que de forma não expressa.

O que se paga em dinheiro se chama preço, que deve ser verdadeiro (*verum*)²⁹⁹, certo e justo. Para A. CORREIA e G. SCIASCIA³⁰⁰ a diferença existente entre tais características atribuídas ao preço reside no fato de que verdadeiro é o preço realmente pago³⁰¹, isto é, não-simulado³⁰², e certo é o preço determinado no momento da formação do contrato de compra e venda, ou pelo menos determinável *à posteriori*, mas com base em elementos objetivos³⁰³, enquanto justo é aquele aferido no meio onde se vive³⁰⁴.

Assim, o preço, além de dinheiro, deveria ser certo, ainda que fixado em momento posterior. Isso porque, não era necessário que o preço fosse imediatamente pago, e nem sequer garantido³⁰⁵.

²⁹⁵ A. WATSON, *The law of obligations in the later Roman Republic*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1965, pp. 40/41.

²⁹⁶ *Institutas*, III, 141.

²⁹⁷ *Institutas*, III, 23,2.

²⁹⁸ A. WATSON, *The law of obligations in the later Roman Republic*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1965, p. 41.

²⁹⁹ P. BIRKS, *The Roman Law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 70.

³⁰⁰ A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, Série Cadernos Didáticos, São Paulo, p. 199.

³⁰¹ Para J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 518, se o preço for fictício ou irrisório não há compra e venda, mas sim doação indireta, que será válida se não for proibida, e se preencher todos os requisitos necessários à existência da doação.

³⁰² J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 519.

³⁰³ J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 519.

³⁰⁴ A. CORREIA, G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, Série Cadernos Didáticos, São Paulo, p. 199.

³⁰⁵ A. S. JUSTO, A transferência da propriedade no direito comum: compra e venda e doação, *in Lusíada*, (2019), p. 12.

GAIO³⁰⁶ afirma que a compra e venda é concluída quando existe acordo sobre o preço, ainda que não haja sido pago e mesmo que tenham sido entregues arras, pois o que é dado a esse título é prova de que a compra e venda foi concluída. Ademais, o jurisconsulto afirma que o preço deve ser certo³⁰⁷ e consistir em dinheiro contado³⁰⁸.

A exigência de que o preço fosse justo (*pretium iustum*) é datada do direito justinianeu³⁰⁹, período em que se estabeleceu que se alguém vendesse coisa imóvel por preço inferior à metade do seu valor justo, ensejaria *laesio enormis*³¹⁰, de modo a autorizar o vendedor a requerer a rescisão da venda, salvo se o comprador complementasse o preço faltante para o justo valor do bem imóvel objeto da compra e venda³¹¹.

5. As cláusulas contratuais típicas adicionadas aos negócios jurídicos bilaterais

Partindo da doutrina medieval, no contexto dos negócios jurídicos, distinguem-se as *essentialia*, *naturalia* e *accidentalia negotii*, tripartição que normalmente se referia aos elementos do negócio jurídico e à sua estrutura.

A classificação permanece no direito contemporâneo, e a explicação é a de que os *essentialia* e *accidentalia negotii* são os elementos essenciais e acidentais do negócio jurídico. *Naturalia negotii*, por outro lado, são aqueles que decorrem dos elementos essenciais, mas podem ser excluídos mediante cláusula contratual³¹².

Por isso afirmar que a moderna teoria geral do negócio jurídico se baseia na identificação dos elementos do negócio propriamente dito. A esse respeito, costuma-se distinguir entre os elementos essenciais e os elementos acidentais³¹³.

³⁰⁶ GAIO 3,139: “*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*”

³⁰⁷ GAIO 3,140: “*Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est*” | “O preço deve ser certo. Pois se, pelo contrário, acordarmos que a coisa seja comprada no valor estimado por Tício, Labeão negou a este negócio alguma virtualidade; Cássio aprova esta opinião (mas) Ofílio estimou que, neste caso, também havia compra e venda, opinião seguida por Próculo”.

³⁰⁸ GAIO 3,141: “*Item pretium in numerata pecunia consistere debet...*”

³⁰⁹ M. KASER, *Derecho Romano Privado*, traduzido por Jose Santa Cruz Tijeiro, 2 ed., 1982, Madrid, Reus, p. 190.

³¹⁰ P. BIRKS, *The Roman Law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 70.

³¹¹ J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 519.

³¹² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 195.

³¹³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p.194.

As cláusulas acidentais dos negócios jurídicos foram objeto de elaboração ampla e profunda, devido à sua grande difusão na prática. São denominadas acidentais porque não são essenciais à existência do negócio jurídico³¹⁴, mas são inseridas por decisão exclusiva das partes contratantes³¹⁵.

Como exemplo, cita-se a compra e venda romana, em que os *essentialia negotii* são a obrigação do vendedor transferir a coisa e a do comprador pagar o preço (efeitos que surgem quando as partes concordam na individualização da coisa e do preço) – elementos essenciais do ponto de vista da estrutura do contrato.

Já exemplo de *naturalia negotii* é a obrigação de garantia contra a evicção que surge automaticamente da conclusão do contrato e que pode ser excluída mediante manifestação de vontade das partes³¹⁶.

As cláusulas acidentais foram divididas em duas categorias: as cláusulas que influenciam a eficácia do negócio jurídico - porque são capazes de vincular a eficácia ou ineficácia do negócio a uma dada circunstância - e as cláusulas que não afetam a eficácia do negócio, ou seja, que vinculam outros efeitos jurídicos³¹⁷ ao negócio, de forma acessória³¹⁸.

Naturalmente, durante a experiência romana e na vigência do *ius civile* e do *ius honorarium* essa distinção não se mantinha sempre límpida³¹⁹. E, entre as várias cláusulas que não influenciam a eficácia do negócio jurídico, pode-se citar o modo³²⁰, muitas vezes denominado, de maneira imprópria, de *condicio*, utilizada nos negócios jurídicos a título gratuito³²¹.

Já dentre as cláusulas que influenciam a eficácia do negócio jurídico, tem-se o termo³²² e a condição³²³, cláusulas essas que ganharam grande relevância no direito pós-clássico.

³¹⁴ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, pp. 368/369.

³¹⁵ Nesse sentido, é exemplo a cláusula que limita a eventual responsabilidade de um contratante no caso de inadimplemento contratual.

³¹⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 195.

³¹⁷ Por exemplo, a cominação de uma pena, caso seja evidenciada determinada circunstância.

³¹⁸ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 369.

³¹⁹ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 369.

³²⁰ Tradução de “*clausola modale*”

³²¹ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 370.

³²² Tradução de “*clausola terminale*”

³²³ Tradução “*clausola condizionale*”

Com isso, conclui-se que três diferentes modalidades acessórias de manifestação de vontade podem ser incorporadas aos atos jurídicos: o termo (*dies*), a condição (*condicio*) e somente em alguns tipos de contratos, o modo³²⁴.

Apesar da possibilidade de inserção das cláusulas, a linguagem empregada nas fontes não era clara. Em termos gerais, era utilizado “*dies a quo*” para indicar o termo inicial e “*dies ad quem*” para indicar o termo final.

Para a condição suspensiva eram atribuídos os termos *condicio* ou *condicione suspenduntur*, já para a condição resolutiva eram empregados os termos *condicio, sub condicione resolvuntur*³²⁵ ou *ad condicionem*³²⁶.

Conforme esclarece A. GUARINO³²⁷, o reconhecimento de tais cláusulas se deu com progressão lenta e se completou apenas no período pós-clássico. No entanto, conforme já analisado, nem todos os negócios jurídicos estavam sujeitos à cláusula condicional, pois alguns negócios, tais quais os *actus legitimi*, eram nulos caso acompanhados de termo ou condição.

M. TALAMANCA³²⁸ informa que uma condição resolutiva não poderia ser afixada aos antigos *actus legitimi* que toleravam apenas a inserção de uma condição suspensiva. Por isso, o autor³²⁹ reconhece que a efetividade prática da condição resolutiva foi provavelmente introduzida nas relações temporárias.

Em tais negócios jurídicos temporários era naturalmente oponível um termo final: com isso a transformação foi do prazo final – que correlacionava a extinção do direito com a ocorrência de um evento futuro e certo – para a possibilidade de condicionar a cessação de uma relação jurídica obrigacional a um evento futuro e incerto, que deu origem a figura da condição resolutiva³³⁰.

³²⁴ E. NICOSIA, ‘La condición resolutoria em los actos jurídicos’, In RIDRON, *Ricercatrice di Diritto Romano, Univesità di Roma*, 2018, p. 620.

³²⁵ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 372.

³²⁶ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 624.

³²⁷ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 370.

³²⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

³²⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

³³⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

O termo estabelecia, como já se sabe, que a eficácia total ou parcial do negócio jurídico dependia de uma circunstância futura, mas certa (certa quanto à sua ocorrência³³¹, não quanto ao momento de sua verificação)³³².

Já a cláusula condicional estabelecia que os efeitos totais ou parciais do negócio jurídico dependiam da ocorrência de uma circunstância futura e incerta denominada *condicio*³³³ que continha em seu cerne o evento condicionante.

Duas ordens de classificação foram feitas a esse respeito: a primeira classificação consistia em distinguir entre positivas e negativas as condições, conforme o evento condicional consistisse na ocorrência ou não de um evento.

Sabe-se que o estado de interinidade cessa quando se decide a condição, cumprindo-a ou frustrando-a. Assim, a condição positiva se cumpre ao se realizar o evento, em toda a sua extensão.

Portanto, na compra e venda com reserva de propriedade, o comprador não adquire a propriedade *pro rata* do preço abonado, se não quando do pagamento efetivo de todo o preço (integralidade do preço)³³⁴.

Ao contrário, a condição negativa se cumpre quando o sucesso condicional não ocorre ou quando o evento condicionante não pode ser verificado em toda a sua extensão. Desse modo, a condição negativa se frustra quando ocorre o evento que não deveria realizar. De toda forma, o cumprimento e incumprimento da condição devem ser provados pela parte que obtém vantagens ou direitos³³⁵.

Muitas vezes é necessário interpretar a vontade das partes para saber se a condição foi cumprida ou frustrada, pois em matéria de condições frequentemente as

³³¹ Nesse sentido, o exemplo clássico de termo é a morte, pois, apesar da certeza quanto à sua ocorrência, não se sabe a data exata do evento morte.

³³² A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 370.

³³³ Conforme se analisará a seguir, atualmente, a condição é entendida como um elemento accidental, que condiciona a eficácia do negócio jurídico à verificação de um evento futuro e incerto, representando um dos instrumentos mais eficazes que o direito coloca à disposição da parte para adaptar às necessidades da vida real. Entretanto, a *condicio* – identificada nas fontes romanas também pela forma *conditio* – é termo polissêmico, que pode ser referir a várias situações, tanto em matéria de direito real quanto de direito obrigacional. Nesse sentido, B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76), bem explica os diferentes significados atribuídos à *condicio* no direito romano.

³³⁴ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, 1934, p. 229.

³³⁵ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, 1934, p. 229.

partes se expressam por meio de termos imprecisos, de modo que a interpretação literal do pactuado não se ajustaria à vontade real dos contratantes³³⁶.

6. A *condicio*

A *condicio* – identificada nas fontes romanas também pela forma *conditio* – é termo polissêmico³³⁷. Por isso, G. G. ARCHI³³⁸ afirma ser árdua a tarefa de fixar o significado jurídico do termo.

Em investigação sobre o tema, B.B. QUEIROZ DE MORAES³³⁹ identificou os significados que podem ser atribuídos à *condicio*, a depender do âmbito de aplicação em que empregada.

Assim, a *condicio* pode indicar o (a) *status*, ou seja, a condição jurídica de uma pessoa, (b) a situação de uma coisa, (c) a cláusula contratual aposta a um negócio jurídico, (d) uma oferta, ou (e) o pressuposto de eficácia de um negócio jurídico.

A condição vincula a eficácia do negócio jurídico à ocorrência de um evento futuro e incerto. Em outras palavras, as partes querem proceder imediatamente à fixação de determinado regulamento específico de interesses, destinado, porém, a ter eficácia – ou eficácia definitiva – somente caso verificado um determinado evento futuro e incerto³⁴⁰.

Conforme analisado acima, os elementos acidentais que se referem à figura geral do negócio jurídico podem ser objeto de diferentes classificações, sem que isso afete essencialmente a disciplina positiva dos contratos³⁴¹.

³³⁶ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 229.

³³⁷ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

³³⁸ G. G. ARCHI, *Condizione*, *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano: Giuffrè, 1961, p. 34

³³⁹ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

³⁴⁰ M. TALAMANCA (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249.

³⁴¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 195.

Uma das classificações adotadas pelos manuais de direito romano é aquela que organiza a condição em duas espécies: suspensiva e resolutiva, a depender do início da produção dos efeitos típicos do negócio jurídico condicionado³⁴².

Essa classificação é fundamental por sua importância prática: a condição suspensiva é a cláusula que sujeita o início dos efeitos do negócio à ocorrência de evento futuro e incerto. Já a condição resolutiva condiciona a extinção dos efeitos jurídicos à ocorrência de tal evento³⁴³.

Na elaboração casuística da jurisprudência romana em relação à *condicio* podem ser encontradas certas distinções, mais ou menos embrionárias, que foram desenvolvidas pela doutrina medieval e moderna.

Segundo G. ARCHI³⁴⁴, o fundamento dessa terminologia se embasa na interpretação dos fragmentos D. 35, 1, 79 e D. 40, 44 com relação à condição suspensiva e D. 18, 1, 3³⁴⁵ e D. 18, 2, 2, pr³⁴⁶. com relação à condição resolutiva.

Entretanto, apesar de se sustentar as origens remotas de tal classificação, indene de dúvidas que o seu estudo sistemático e individualizado é de origem moderna, de modo que parte da doutrina costuma indicar que os romanos apenas conheceram a condição suspensiva, sob o termo *condicio*³⁴⁷.

Segundo A. GUARINO³⁴⁸, o termo *condicio* era empregado, até o período clássico, para indicar a condição suspensiva, de modo que a condição resolutiva não era até então conhecida.

³⁴² B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 76/77.

³⁴³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249.

³⁴⁴ G. ARCHI, *Condizione*, Enciclopedia di Diritto, Milano, Giuffrè, 1961, p. 1

³⁴⁵ “Se uma coisa foi vendida com o pacto de que, se não foi do agrado do comprador, deve considerar como não comprada, é certo que a coisa não se vende sob condição, mas que a venda se resolve mediante o cumprimento da condição”.

³⁴⁶ Quando um fundo é vendido com o <pacto de melhor oferta> dentro de um determinado período, discute-se se é uma venda pura, mas que se resolve sob condição, ou se é de fato uma venda condicional. Parece-me que a solução mais verdadeira é destacar o que foi concluído concretamente: pois, se de fato se concluiu que, uma vez apresentada uma oferta melhor, é possível rescindir <do contrato>, será uma venda pura, que se resolve sob condição; se, por outro lado, tiver sido aperfeiçoada a venda, se não for apresentada uma oferta melhor, será uma compra e venda condicional.

³⁴⁷ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

³⁴⁸ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 372.

Por isso, o autor³⁴⁹ esclarece que o efeito resolutivo não era obtido mediante a inserção de uma cláusula, mas através da pactuação de um negócio distinto e acessório, mediante o qual se estabelecia que o negócio jurídico principal seria resolvido caso se verificasse um evento condicionante.

Apesar de parte da doutrina defender que o termo *condicio* - em matéria contratual - era empregado pelos romanos como condição suspensiva, pelo menos até o período clássico³⁵⁰, e nunca como condição resolutiva, há duas décadas, porém, autores como M. TALAMANCA³⁵¹ e V. ARANGIO-RUIZ³⁵² passaram a sustentar que a condição resolutiva também foi desenvolvida pelos romanos³⁵³.

Assim, se inicialmente o entendimento era o de que a condição resolutiva não era conhecida em Roma, sendo substituída pela aposição de um pacto de resolução suspensivamente condicionado ao negócio jurídico puro (*emptio venditio*)³⁵⁴, a compreensão acerca da condição resolutiva na experiência romana surgiu quando identificados três fragmentos do Digesto (Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 1, 3; Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1) com construção semelhante ao que hoje se denomina condição resolutiva³⁵⁵.

Assim, se de um lado o termo *condicio* poderia indicar uma cláusula que opera internamente ao negócio jurídico, impedindo-o de irradiar os seus efeitos, conformando-se, portanto, como verdadeira condição suspensiva, por outro lado, com a *condicio* tem-se uma cláusula que interfere *ab extrinseco* no negócio jurídico, e que explica seus efeitos segundo o princípio do *pacta adiecta*³⁵⁶.

³⁴⁹ A GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 372.

³⁵⁰ A GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 372.

³⁵¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990.

³⁵² V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974.

³⁵³ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

³⁵⁴ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

³⁵⁵ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

³⁵⁶ G. G. ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano) in ED 8 (1961)*, p. 35.

Durante a república e o principado o termo *condicio* na linguagem corrente era sinônimo de *pactum adiectum* e de *lex dicta*³⁵⁷, enquanto a *condicio*, em linguagem técnica, foi reservada à condição suspensiva³⁵⁸.

Sobre o tema, ARANGIO-RUIZ³⁵⁹ explica que a *condicio* teria surgido primeiramente como condição suspensiva, e, com a conformação de uma estrutura em que são previstos dois negócios jurídicos distintos – um condicional e outro não condicional (puro) – o termo *condicio* teria sido empregado para tratar situações indistintamente³⁶⁰, de modo a também ser sinônimo de *pactum adiectum* ou de *lex dicta*.

O que se observa no desenvolvimento do termo *condicio* é uma alteração terminológica em virtude da função desempenhada pelo instituto jurídico.

Movimento parecido foi verificado com o termo *contractus*, pois, diante de um termo amplo (sentido lato) e utilizado na linguagem corrente, foi realizada interpretação restritiva, com o objetivo de se extrair o significado jurídico³⁶¹, individualizando-o.

As teorias modernas tendem a considerar como condição todo evento futuro e incerto que de alguma forma influencie a efetividade de um negócio jurídico. Os romanos, entretanto, não alcançaram tal construção unitária e abstrata, de modo que a experiência romana concebeu certas hipóteses consideradas como *condiciones* concretamente, sem reconhecer que todo evento futuro e incerto deveria ser considerada uma condição.

Por isso, a doutrina majoritária defende que no direito romano a condição não é instituto jurídico compreendido de maneira tão clara. Isso porque, como os romanos não elaboraram uma teoria geral dos negócios jurídicos, houve dificuldade em se definir uma cláusula condicionante dos efeitos do próprio negócio jurídico³⁶².

³⁵⁷ Daí resulta a assimilação errônea da *lex commissoria* como se condição fosse. Como o termo *condicio* era utilizado, na linguagem corrente como sinônimo de *lex dicta* (assim denominada a *lex commissoria*), a atribuição de efeitos resolutivos à *condicio* ficou conhecida como *lex commissoria*. Entretanto, conforme defendido por esse trabalho, a condição prevista na *lex commissoria* é apenas o seu pressuposto de eficácia.

³⁵⁸ G. G. ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)* in ED 8 (1961), p. 35.

³⁵⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 405.

³⁶⁰ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 67.

³⁶¹ G. G. ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)* in ED 8 (1961), p. 36.

³⁶² C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico. (Tesi di Dottorato)*, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 11.

Para A. VON TUHR,³⁶³ o cumprimento ou incumprimento da condição se dá, por regra geral, pela livre vontade do contratante. Segundo o autor, quando um ato se incorpora ao contrato como condição e não como obrigação é porque o contratante deseja não perder por completo a sua liberdade de decisão, ainda que esteja restrito a ela.

Por isso, o contratante que promete cumprir prestação sob condição pode impedir que a sua obrigação nasça fazendo com que a condição se frustre.

Entretanto, importante considerar que, apesar da aposição da condição concretizar a autonomia privada do contratante, o evento assinalado na condição não necessariamente dependerá da atuação voluntária do agente, visto que pode ser atrelado à vontade alheia, ou ainda, a eventos naturais.

De toda forma, os efeitos das condições cumpridas se produzem por si mesmos (*ipso iure*), sem a necessidade de que as partes os conheçam ou os desejem. Com efeito, as partes declararam a sua vontade, vinculando-se a ela no momento de contratar.

Por isso, os efeitos da condição são produzidos ainda que, ao ser verificado o evento assinalado na condição, uma das partes seja incapaz de agir por fato superveniente³⁶⁴.

6.1 A *condicio* e a manifestação de vontade

Não há maiores dificuldades, hoje, em definir a condição como elemento accidental do negócio jurídico, que condiciona os efeitos do negócio à ocorrência de um evento futuro e incerto³⁶⁵.

A definição é tradicional e bastante clara ao indicar que tanto a origem como o funcionamento da cláusula condicional estão indissociavelmente relacionados ao negócio

³⁶³ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 230.

³⁶⁴ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 232.

³⁶⁵ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 11

jurídico: apenas quando o acontecimento é deduzido no ato se pode condicionar a sua eficácia³⁶⁶.

O conceito de condição no direito romano não é apresentado de forma tão clara. E isso, sobretudo, pelo estado das fontes, que não permite nenhuma certeza sobre o regime clássico do instituto. Ademais, porque os romanos não elaboraram plenamente uma teoria do negócio jurídico encontraram dificuldade em definir a cláusula condicional operando a partir do próprio ato³⁶⁷.

No direito atual, a possibilidade de se configurar a condição como suspensiva ou resolutiva depende da vontade das partes³⁶⁸. Ainda que no período justinianeu³⁶⁹ tal flexibilidade tenha sido reconhecida³⁷⁰, durante o desenvolvimento da experiência romana a questão foi apresentada de modo diverso.

A condição é instrumento que possibilita introduzir para a realidade jurídica os motivos condicionantes eleitos pelas partes³⁷¹, de modo a dilatar, em termos de importância, a autonomia privada, pois, a vontade da parte tem poder soberano para decidir sobre a delimitação jurídica dos seus interesses³⁷².

³⁶⁶ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 11.

³⁶⁷ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 12.

³⁶⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

³⁶⁹ Nesse sentido, M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano (Dissertação)*, São Paulo, FADUSP, 2014.

M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano (Dissertação)*, São Paulo, FADUSP, 2014.

³⁷¹ F. AMARAL (*Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 79-80) ao abordar o direito contemporâneo e especificamente a condição suspensiva no ordenamento jurídico brasileiro aduz que a condição possibilita a introdução dos motivos subjetivos do agente ao negócio jurídico celebrado, de modo a subordinar os efeitos que a ordem jurídica apresenta à vontade manifestada. Por isso elucida que a condição serve à autonomia privada, ao acomodar a manifestação de vontade dos sujeitos, respeitados os limites estabelecidos por lei.

³⁷² A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 214.

A condição pode se incorporar expressamente aos contratos³⁷³ ou pode ser inferida, também, das circunstâncias tácitas, sempre e quando se comprove que a vontade das partes era subordinar a eficácia jurídica do ato ao sucesso futuro³⁷⁴.

Nos casos em que a condição não for expressa, a interpretação da vontade das partes possibilitará a identificação sobre ser a condição suspensiva ou resolutiva.

Já nos casos em que não seja possível identificar a classe de condição – se resolutiva ou suspensiva – A. VON TUHR³⁷⁵ sugere que a dúvida seja dirimida optando pela condição suspensiva em detrimento da condição resolutiva, já que geralmente o devedor que se obriga sob condição não deseja cumprir o contrato até que se verifique efetivamente o evento condicionante.

Em todo o caso, incumbe ao credor a prova de que as partes pactuaram a efetividade imediata da prestação com o dever de eventualmente restituir o objeto da obrigação em caso de inadimplemento³⁷⁶.

De toda forma, para que exista condição é necessário que as partes considerem o sucesso futuro como incerto, devendo contar, portanto, com a eventualidade de que o evento não ocorra³⁷⁷.

Quando a obrigação se concretiza apenas mediante a verificação de um evento futuro e incerto (*dies incertus*)³⁷⁸, esse comando constitui, por regra geral, a condição³⁷⁹. Todavia, se as partes desejam que a prestação seja realizada a todo custo, o crédito não

³⁷³ De acordo com A. VON TUHR, (*Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, tomo II Madri, Reus, 1934, p. 214), a forma mais correta é empregar a palavra “se”, ainda que não seja necessário que conste essa palavra, pois podem ser empregados outros termos de sentido análogo. Ademais, existe condição ainda quando o contrato se celebra sob um eventual sucesso futuro.

³⁷⁴ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. Rocés, tomo II Madri, Reus, 1934, p. 214.

³⁷⁵ Conforme será analisado, a celebração da compra e venda sob condição suspensiva evita problemas relativos ao inadimplemento e a devolução da propriedade ao vendedor, posto que, nesse caso, a compra e venda não irradia seus efeitos até que seja verificada a condição.

³⁷⁶ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. Rocés, tomo II Madri, Reus, 1934, p. 215.

³⁷⁷ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. Rocés, tomo II Madri, Reus, 1934, p. 214.

³⁷⁸ G. ARCHI, *Condizione*, *Enciclopedia di Diritto*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 1.

³⁷⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249.

tem caráter condicional, pois o prazo³⁸⁰ pactuado será simplesmente o vencimento da obrigação³⁸¹.

Nesse caso, há aposição de um termo, e não de uma condição, em se considerando que o prazo para o vencimento da obrigação é futuro e certo.

Ainda, um contrato pode depender de várias condições, conforme a manifestação das partes contratantes. Haverá condições cumulativas quando concorram vários eventos para que se produzam efeitos jurídicos, ou alternativas no caso em que os efeitos sejam produzidos na presença de um dos vários eventos assinalados na condição³⁸².

De toda forma, a condição deve ser inserida na fase inicial das tratativas, pois o fato de se pactuar *a posteriori* uma condição implica modificação do contrato.

6.2 O desenvolvimento histórico da *condicio*

Atualmente, a condição é entendida como um elemento accidental, que condiciona a eficácia do negócio jurídico à verificação de um evento futuro e incerto, representando um dos instrumentos mais eficazes que o direito coloca à disposição da parte para adaptar às necessidades da vida real³⁸³.

A condição vincula a eficácia do negócio jurídico à ocorrência de um evento: as partes querem proceder imediatamente à fixação de determinado regulamento específico de interesses, destinado, porém, a ter eficácia – ou eficácia definitiva – somente se ocorrer um determinado evento futuro e incerto³⁸⁴.

A *condicio* é empregada para se modular os efeitos de determinado negócio jurídico, referindo-se, portanto, à configuração intrínseca do negócio. Afinal, é apenas quando determinado evento convencionado pelas partes ocorre na realidade fática que a condição opera a sua eficácia³⁸⁵.

³⁸⁰ Nesse caso, *dies ad quem*. Vide A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, pp. 370/372.

³⁸¹ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. Roces, tomo II Madri, Reus, 1934, p. 215.

³⁸² A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. Roces, tomo II Madri, Reus, 1934, p. 215.

³⁸³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249.

³⁸⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249.

³⁸⁵ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*. (Tesi di

O termo latino *condicio* tem originalmente o sentido de *pacto* – acordo – que é homólogo à etimologia da *cum e dicere*: com isso, e com o termo *condicione* que dele deriva, indica-se tanto o evento futuro e incerto do qual depende a eficácia do negócio jurídico, quanto o significado mais relevante baseado na etimologia: a cláusula contratual por meio da qual a eficácia do negócio jurídico está vinculada³⁸⁶.

A classificação da condição em suspensiva e resolutiva é resultante da atividade desenvolvida pelos pandectistas alemães do século XIX³⁸⁷ e não é propriamente romana³⁸⁸, apesar de G. ARCHI³⁸⁹ e E. NICOSIA³⁹⁰ reconhecerem que o pensamento jurídico romano no final do século XII já teria conhecido a possibilidade de se inserir na estrutura mesma do negócio jurídico a hipótese de um evento condicionante da sua eficácia (*condicio*)³⁹¹.

Para M. TALAMANCA³⁹², uma doutrina muito difundida na primeira metade do século XX, apresentou a tese segundo a qual os romanos não conheceram a condição resolutiva, e, portanto, deveriam se contentar com a máxima operatividade das condições suspensivas, além de certas cláusulas resolutivas do contato de compra e venda, que não teriam se configurado como condições propriamente resolutivas.

O autor afirma que o problema teria aspectos mais complexos, pois, geralmente, uma condição resolutiva não poderia ser afixada às antigas *actus legitimi*³⁹³ como se extrai de Papiniano em D. 50, 17, 77 (*qui non recipiunt diem condicionem*)³⁹⁴.

Para a transmissão da propriedade o problema da condição resolutiva não poderia sequer ser proposto, dada a impossibilidade da propriedade temporária.

Para as operações que davam origem a obrigações *stricti iuris*, como a *stipulatio* ou a *lagate per damnationem*, a condição resolutiva não poderia ser afixada, a menos que

Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 11.

³⁸⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249.

³⁸⁷ D. MAFFEI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto intermedio)*, in ED 8 (1961), p. 759.

³⁸⁸ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 61

³⁸⁹ G.G. ARCHI, *Condizione*, *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 1

³⁹⁰ Vide E. NICOSIA, *la condición resolutoria en los actos jurídicos*, In *RIDRON*, 2018.

³⁹¹ Já foi analisada mencionada controversia, relativa à classificação da *condicio* ser herança da experiência romana ou resultado da doutrina moderna.

³⁹² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

³⁹³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

³⁹⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 248.

se tratasse de uma prestação contínua ou periódica, limitada no tempo tanto em referência a um fato futuro (termo final), quanto incerto (submetida a condição resolutiva)³⁹⁵.

A inadmissibilidade da condição resolutiva se justificava pelas características das relações sobre a qual incidia, como a tendência à perpetuidade da propriedade e das servidões prediais³⁹⁶.

Em tais negócios jurídicos, era naturalmente oponível um termo final. Assim, houve a transição do prazo final – que correlacionava a extinção do direito com a ocorrência de um evento futuro e certo – para a possibilidade de condicionar a cessação de uma relação jurídica obrigacional a um evento futuro e incerto, que praticamente deu origem a figura da condição resolutiva³⁹⁷.

Para o autor³⁹⁸, o primeiro caso de condição resolutiva provavelmente se fixou no âmbito do usufruto, pois é precisamente a funcionalidade dos direitos reais que ensejou a celebração de relações jurídicas destinadas a perdurar no tempo, sejam elas perpétuas, como a propriedade e as servidões prediais, ou temporárias como o usufruto.

Com isso, a resistência dos romanos em conceber uma relação jurídica cujo prazo de existência fosse pré-determinado demonstra que o termo *condicio* utilizado nas fontes seria empregado apenas para indicar a condição suspensiva³⁹⁹.

Por esse motivo, G. ARCHI⁴⁰⁰ enuncia ter havido profunda alteração da *condicio* no desenvolver do direito romano, cujos reflexos atingem, inclusive, a própria terminologia utilizada pelas fontes.

Assim, a *condicio* equivaleria ao *pactum*, já quando utilizada para indicar um elemento específico do ponto de vista estrutural da relação jurídica seria denominada de *modus*.

Além de se ter em mente o desenvolvimento terminológico (*pactum*; *condicio*; *modus*) é necessário salientar que a *condicio* não tinha um significado unívoco⁴⁰¹, pois poderia indicar tanto o evento condicionante, quanto à própria cláusula inserida no

³⁹⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 251.

³⁹⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 251.

³⁹⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

³⁹⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

³⁹⁹ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 61.

⁴⁰⁰ G.G. ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)* in ED 8 (1961), p. 35.

⁴⁰¹ G.G. ARCHI, *Condizione*, *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano: Giuffrè, 1961, p. 1.

contrato. Ademais, a *condicio* podia representar a condição jurídica de uma pessoa, a situação da coisa ou até mesmo uma oferta⁴⁰².

No período clássico, a condição resolutiva passou a ser admitida sempre que o objeto do negócio fosse essencialmente temporário⁴⁰³. Por isso, M. TALAMANCA⁴⁰⁴ afirma que a efetividade prática da condição resolutiva foi provavelmente introduzida nas relações temporárias.

Um escopo mais amplo de aplicação pode identificar a condição resolutiva nos contratos consensuais - em geral - e nos contratos tutelados pelos *bonae fidei iudicia*⁴⁰⁵, sendo admitido, no século II d.C, que além das cláusulas que operavam efeitos suspensivos, as partes poderiam prever a extinção dos efeitos obrigatórios do negócio jurídico mediante a verificação de um vento futuro e incerto, nomeadamente a condição resolutiva⁴⁰⁶.

Na concepção pós-clássica, a validade do contrato condicional foi diferenciada do contrato a prazo. Por esta razão, não se tratava de validade definitiva, mas provisória.

Coerente com esse ponto de vista, formou-se a regra de que a verificação da condição deveria ser retroativa (*ex tunc*), regra abstrata aplicável tanto aos negócios jurídicos sob condição suspensiva quanto aos negócios jurídicos sob condição resolutiva⁴⁰⁷.

A impossibilidade superveniente do evento condicional determinava a invalidade do negócio suspensivamente condicionado e a definitiva validade do negócio jurídico resolutivamente condicionado⁴⁰⁸.

Para evitar certas consequências dessa hipótese, firmou-se durante o direito clássico o princípio segundo o qual a *condicio* (suspensiva) deveria ser concebida como realizada a título de *fictio iuris* nos seguintes casos: (a) quando a verificação da condição fosse dolosamente impedida por aquele que tivesse interesse em evitá-la; (b) quando a

⁴⁰² B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

⁴⁰³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 251.

⁴⁰⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

⁴⁰⁵ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 623.

⁴⁰⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 251.

⁴⁰⁷ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 374.

⁴⁰⁸ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 374.

verificação de uma *condicio* fosse impedida por uma circunstância causal ou pela recusa de terceiro, cuja colaboração havia sido solicitada⁴⁰⁹.

6.3 Espécies anômalas da *condicio*

A condição permite influenciar a capacidade de agir de outra pessoa, sem impor uma obrigação a respeito da conduta que há de ser executada⁴¹⁰. Essa possibilidade de influenciar a vontade da contraparte mediante promessas condicionais tem especial importância nos atos não suscetíveis, por sua natureza, de ser objeto de obrigações. Se esse impulso se faz com o propósito de fomentar um ato ou uma omissão imoral ou antijurídica, a promessa é nula, pois contrária aos bons costumes⁴¹¹.

A complexidade particular das hipóteses das condições implica que se aborde algumas figuras anômalas da *condicio*.

Assim, das condições propriamente ditas (circunstâncias futuras e incertas) se diferem progressivamente as condições aparentes, o termo e as puramente potestativas - todas tradicionalmente qualificadas como condições impróprias.

As condições aparentes eram consideradas não inseridas no negócio jurídico, porque inúteis. A título de exemplo, citam-se as *condiciones iuris*, ou seja, as circunstâncias já exigidas pela organização jurídica vigente⁴¹², e, portanto, inseridas pelas partes e desnecessárias⁴¹³, posto que não produziam efeitos jurídicos novos, mas apenas aqueles já esperados.

Já as condições meramente potestativas determinavam *ab initio* a absoluta invalidade do negócio jurídico, eram circunstâncias futuras e incertas que dependiam exclusivamente da vontade da parte contratante⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 374.

⁴¹⁰ Nesse sentido, se A promete a B uma prestação para o caso de se realizar um determinado ato, essa promessa contribuirá para a abstenção deste ato. Se a promessa foi uma recompensa pela realização de um ato, servirá de estímulo para a sua realização

⁴¹¹ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 214.

⁴¹² A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 374.

⁴¹³ Por necessidade deve-se entender que os efeitos jurídicos já eram previstos pelo ordenamento, de modo que a inserção da cláusula não modificava os efeitos já esperados.

⁴¹⁴ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 376.

Diante da incerteza típica da *condicio*, teve especial consideração a hipótese das condições impossíveis⁴¹⁵, no sentido de reconhecer a impossibilidade originária, em razão da inviabilidade da circunstância⁴¹⁶. Com isso, a impossibilidade da condição suspensiva perpetua a ineficácia do negócio jurídico, de modo a redundar na evidente nulidade do pactuado⁴¹⁷.

Os SABINIANOS sustentaram a tese segundo a qual ao menos nos negócios jurídicos *causa mortis* a condição suspensiva impossível deveria ser entendida como não aposta (“*vitiatur sed non vitiat*”), em consideração ao fato de que o negócio não era mais renovável em virtude da morte do autor, em uma clara aplicação do critério *favor testamenti*⁴¹⁸.

Diversamente da condição impossível, a condição ilícita (*contra ius*) e a condição torpe (*contra bonos mores*) não ensejavam a nulidade. Exceção foi, na idade clássica, a *legata per damnationem* em que a *condicio* ilícita era considerada não inserida e o negócio jurídico era considerado nulo⁴¹⁹.

Havia, ademais, o termo⁴²⁰ considerado cláusula contratual⁴²¹ que dependia de uma circunstância futura e certa. Não havia dificuldades quando as partes estabeleciam um prazo dentro do qual a condição deveria ocorrer: pois, caso não verificado o prazo assinalado, a condição deixaria de existir⁴²².

6.4 O contrato condicional

Um contrato é condicional quando a sua obrigatoriedade depende da verificação de um evento incerto. Se atribui o nome de condição⁴²³ ao evento ao qual se subordina a

⁴¹⁵ O direito justinianeu se orientou contra a adoção do regime da condição impossível. Sobre o tema, A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 376.

⁴¹⁶ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 376.

⁴¹⁷ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 376.

⁴¹⁸ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 376.

⁴¹⁹ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 377.

⁴²⁰ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, p. 375.

⁴²¹ Apesar do termo (*dies a quo*) ser empregado como um dos significados atribuídos a *condicio*, a doutrina majoritária refuta essa ideia, por entender que o termo era uma cláusula autônoma, que não se reveste da condição, com elementos próprios: condicionar a eficácia do negócio jurídico a evento futuro e certo.

⁴²² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 257.

⁴²³ Conforme já mencionado nesse trabalho, B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 76/77) reconhece a natureza polissêmica do termo *condicio*, de modo a atribuir ao termo tanto o sentido

eficácia do contrato, bem como à cláusula contratual em que se pactua essa subordinação⁴²⁴.

Para irradiar seus efeitos, um contrato pode depender de várias condições. Será cumulativo quando concorrerem vários eventos para que os efeitos jurídicos sejam produzidos, ou alternativo no caso em que os efeitos sejam produzidos na presença de um desses vários eventos⁴²⁵.

Distanciando-se da melhor técnica⁴²⁶, é possível que se atribua o termo condição à qualquer cláusula que forme o conteúdo de um contrato. Assim seriam as condições de um contrato de venda relativas à convenção acerca do preço, do lugar de pagamento, do momento de execução, entre outros⁴²⁷.

A condição pactuada em um contrato pode se referir a toda a relação obrigacional - como ocorre na compra e venda condicional - ou a um determinado crédito, dentro da própria obrigação⁴²⁸.

Pode-se afirmar que a condição dilata, em termos de importância, a autonomia privada⁴²⁹, pois a vontade da parte tem poder soberano para decidir sobre a delimitação jurídica dos seus interesses⁴³⁰.

Os contratos suspensivamente condicionados são formados por dois fatores conectados sucessivamente: o acordo de vontade das partes e o evento futuro assinalado na condição.

da cláusula contratual pactuada pelas partes, quanto ao evento futuro e incerto, que, caso verificado na prática, inicia ou encerra dos efeitos do negócio jurídico celebrado.

⁴²⁴ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 213.

⁴²⁵ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 215.

⁴²⁶ O distanciamento da melhor técnica ocorre porque conforme discutido nesse trabalho, a *condicio* é termo polissêmico que pode se referir a diversas situações e institutos jurídicos, vide B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 76/77). E em se considerando a polissemia característica do instituto, a sua utilização em situações que não se referem efetivamente a condições jurídicas, apenas dificulta a identificação do termo e de suas hipóteses de aplicação.

⁴²⁷ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 213.

⁴²⁸ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 213.

⁴²⁹ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 214.

⁴³⁰ Nesse sentido, relevante a consideração de M. M. MOTA (As raízes romanas do contrato, *in RJLB*, ano 5, 2019, p. 1541), segundo o qual “o acordo entre as partes, (...) é o elemento consensual do contrato, consiste na troca de consentimentos, de modo que o contrato é ato de autonomia privada”.

Desde o momento do acordo, as partes estão obrigadas pelo contrato no sentido de que a eficácia do contrato depende apenas do cumprimento da condição e nenhuma das partes pode frustrar o resultado retirando sua vontade.

Nesse sentido, o vínculo de um contrato condicional é parecido com o que se estabelece no caso de uma oferta⁴³¹.

Mas como a condição é um sucesso incerto e se produz por um momento, cada uma das partes adquire, como efeito antecipado do contrato, uma expectativa ao direito que se reconhece.

A esta expectativa se dá, em virtude da brevidade, o nome condicional (como ocorre no crédito condicional e na propriedade condicional). Da expectativa origina, ao cumprir a condição, o direito em sua integralidade: a propriedade, o crédito, entre outros.

O estado de integridade varia a depender da existência de um contrato condicional ou de um ato condicional de disposição⁴³². Isso porque, o contrato condicional, como a promessa de dívida condicional, engendra uma obrigação, mas não faz nascer um crédito, nem um direito exigível a favor do credor, nem uma dívida a cargo do devedor.

Afinal, o credor não pode exercer seu direito condicional, mas apenas ajuizar uma ação pedindo que se reconheça a existência de um crédito condicional⁴³³ e o delimite.

A condição permite ao sujeito jurídico adaptar os efeitos da sua vontade às distintas modalidades do futuro, em cuja possibilidade prevê e dá relevância jurídica a motivos que são irrelevantes⁴³⁴.

Para tanto, é necessário que as partes considerem o evento futuro como incerto, podendo contar, portanto, com a eventualidade de que o evento não ocorra⁴³⁵. Se quando

⁴³¹ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 222.

⁴³² A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 222.

⁴³³ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 222.

⁴³⁴ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão. por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 214.

⁴³⁵ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 215.

a obrigação há de se concretizar se determina mediante um evento futuro e incerto (*dies incertus*), esse sucesso constitui, por regra geral, a condição.

Todavia, se as partes desejam que a prestação seja realizada a todo custo, o crédito não tem caráter condicional, e o prazo⁴³⁶ pactuado será simplesmente o vencimento da obrigação⁴³⁷.

⁴³⁶ Aqui, há, em verdade o termo (*dies*), uma das modalidades acessórias de manifestação de vontade, ao lado da condição (*condicio*) e do modo (*modus*). Vide E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 620.

⁴³⁷ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 215.

7. *Lege dicta*

7.1 Pacto de melhor comprador (*In diem addictio*)

A *in diem addictio*⁴³⁸, conforme se verifica em D. 18, 2.1⁴³⁹, é uma cláusula aposta ao contrato de compra e venda pelo vendedor, que lhe permite resolver o contrato celebrado com o primeiro comprador, caso outro interessado apresente melhor oferta, dentro de um prazo determinado⁴⁴⁰.

Nessa hipótese, a eficácia do negócio jurídico ficava condicionada à eventual oferta de terceiro, que, caso vantajosa, ensejava a devolução do preço ao comprador e a restituição da coisa ao vendedor, a fim de que o novo negócio jurídico fosse celebrado⁴⁴¹.

Em suma, por meio da cláusula *in diem addictio* era possibilitado ao vendedor desfazer determinado negócio caso uma oferta melhor fosse realizada⁴⁴². Por meio desse pacto, a coisa não é vendida definitivamente ao primeiro adquirente, caso terceiro ofereça uma melhor condição para a aquisição da coisa⁴⁴³.

A doutrina majoritária⁴⁴⁴ entende que a *in diem addictio* favoreceria o vendedor, na medida em que caberia apenas a esse decidir se prefere, ou não, a primeira oferta realizada, quando houver oferta superveniente de terceiro⁴⁴⁵, mediante juízo subjetivo de valor⁴⁴⁶.

⁴³⁸ Segundo B.B. QUEIROZ DE MORAES, Plauto e a ‘*in diem addictio*’, In: Revista General de Derecho Romano, 14, 2010, p 6, a *in diem addictio* não foi objeto apenas dos estudos jurídicos, mas foi abordada também por Plauto, em Capt. 177 e ss. em uma fala do personagem ERGÁSILLO, após receber um convite de HEGIÃO para jantar e ser advertido de que teria que se “*contentar com pouco*”. Verifica-se que o fragmento contido em Capt. 177 e ss. corresponde a *in diem addictio* abordada no Digesto (D. 18, 2), inclusive com relação à compreensão de que a melhor condição ofertada dependeria de elemento subjetivo do vendedor.

⁴³⁹ Paul. 5 ad Sab. D. 18, 2.1: “*In diem addictio ita fit: ‘ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas ianuarias proximam meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat’*”.

V. ARANGIO-RUIZ, *Intituzione di Diritto Romano*, Napoli, Eugenio Jovene, 1979, p. 401; A. WATSON. *The Law of obligations in the Later Roman Republic* cit (nota 24 supra), p. 98; M. KASER. *Römisches Privatrecht*, cit (nota 26 supra), p. 248; J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 526.

⁴⁴¹ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 328.

⁴⁴² A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1965, pp. 97/98.

⁴⁴³ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 93.

⁴⁴⁴ A. D’ORS, *In diem addition (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 204.

⁴⁴⁵ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 93.

⁴⁴⁶ B.B. QUEIROZ DE MORAES, Plauto e a ‘*in diem addictio*’, In: Revista General de Derecho Romano, 14, 2010, p 8.

Uma das finalidades que se verifica da *in diem addictio* é proteger o vendedor na hipótese de desenvolvimento desfavorável do mercado, pois o proprietário, temendo que o preço de seu bem pudesse sofrer uma significativa redução no mercado⁴⁴⁷, garantiria um preço mínimo do produto.

Entretanto, é possível defender⁴⁴⁸ que a *in diem addictio* era empregada no interesse predominante do comprador⁴⁴⁹. E, nesse sentido, B. B. QUEIROZ DE MORAES aponta que a *in diem addictio* poderia favorecer comprador inseguro que se arrependesse da transação, e que poderia se desvincular da obrigação caso terceiro apresentasse melhor oferta.

De toda forma, para que o vendedor pudesse exercer a sua faculdade, seria necessário que uma nova oferta com condição mais vantajosa lhe fosse oferecida⁴⁵⁰. Entretanto, se com o decurso do prazo estabelecido pelas partes nenhuma condição melhor se apresentasse, o primeiro contrato tornava-se definitivo.

A *in diem addictio* teve início com a prática das vendas fiscais, mediante o procedimento de leilão. O Fisco vendia para aquele que apresentasse a melhor proposta possível, e reservava o direito de resolver o negócio caso outra proposta melhor lhe fosse apresentada dentro de alguns dias⁴⁵¹.

Se houvesse, de fato, uma melhor proposta, o primeiro comprador - porque já estava na posse da coisa - deveria devolvê-la, juntamente com os frutos e os acessórios. Em contrapartida era devolvido o dinheiro⁴⁵².

De acordo com D'ORS⁴⁵³, a problemática que envolve a *in diem addictio* e que justifica o seu estudo se refere aos efeitos jurídicos observados com a resolução do

⁴⁴⁷ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, (Tese de Doutorado), São Paulo, FADUSP, 2004, p. 8.

⁴⁴⁸ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, (Tese de Doutorado), São Paulo, FADUSP, 2004, p. 7

⁴⁴⁹ Para B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, (Tese de Doutorado), São Paulo, FADUSP, 2004, p. 7 essa possibilidade recentemente retomada por ZIMMERMANN (*The law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, p. 735) se refere ao comprador que, sendo pessoa insegura, poderia utilizar a *in diem addictio* para lhe abrir a oportunidade de sair das transações diante de melhor oferta de terceiro.

⁴⁵⁰ G LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 93.

⁴⁵¹ A. D'ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 204.

⁴⁵² A. D'ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 204.

⁴⁵³ A. D'ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 194.

contrato. E, as diferentes consequências jurídicas dependem da natureza da cláusula contratual (*in diem addictio*), se suspensiva ou resolutiva do negócio jurídico⁴⁵⁴.

Se por um lado, há opinião segundo a qual os romanos não identificavam a *in diem addictio* como condição, em razão do necessário decurso do prazo para que melhor proposta fosse ofertada⁴⁵⁵, por outro lado, parte da doutrina averigua a identidade entre a *in diem addictio* e a *condicio*.

A doutrina segundo a qual a *in diem addictio* deveria ser considerada como condição resolutiva⁴⁵⁶, teve como seu grande representante F. SCHULIN, que tentou interpretar de maneira harmônica todos os fragmentos que se referissem ao tema, defendendo que a *in diem addictio* apenas poderia ser adicionada aos contratos de compra e venda que tivessem como objeto uma *res mancipi*.

Da mesma forma, para C. LONGO⁴⁵⁷, e, para o autor, a *in diem addictio* era uma cláusula de estilo que apenas poderia ser interpretada de uma forma única, e, portanto, homogênea.

Todavia, tal forma única de se interpretar a mencionada *lex* não tinha sido a mesma ao longo dos tempos, mas teria passado por algumas etapas evolutivas, quais sejam: (i) *in diem addictio* como condição suspensiva (SABINO; POMPÔNIO); (ii) *in diem addictio* como condição resolutiva; (iii) *in diem addictio* com interpretação dada a partir da intenção das partes contratantes⁴⁵⁸.

Para F. WIEACKER⁴⁵⁹ a configuração antiga da *in diem addictio* fazia com que fosse entendida como condição suspensiva, entretanto, desde Juliano até Ulpiano havia prevalecido a configuração da *in diem addictio* como pacto resolutivo condicionado.

⁴⁵⁴ Esse desdobramento é também um dos motivos que justificam o estudo da *lex commissoria apostata* aos contratos de compra e venda. Tratando-se de cláusula de mesma natureza jurídica que a *in diem addictio* (*lex dicta*), a classificação da *lex commissoria* se suspensiva ou resolutiva enseja grandes consequências com relação à percepção dos frutos e aquisição por usucapião (*posse ad usucapionem*).

⁴⁵⁵ A. D'ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 204.

⁴⁵⁶ Esta teoria foi sustentada por F. SCHULIN em monografia acerca das condições e da resolução do negócio jurídico (*Über Solutivbedingungen und Endtermine*, Malburgo, 1875).

⁴⁵⁷ C. LONGO, *Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria nella vendita romana*, in *BIDR*, 31, 1921. É considerado um dos primeiros autores que enfrentou a questão relativa à *in diem addictio* sob uma óptica histórica.

⁴⁵⁸ Em sentido parecido, tais etapas de desenvolvimento também teriam sido verificadas na *lex commissoria*.

⁴⁵⁹ F. WIEACKER, *Lex commissoria: Erfüllungszwang und Widerruf im rdmischen Kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932.

Tanto F. WIEACKER quanto G. ARCHI⁴⁶⁰ defendiam uma visão bastante homogênea baseada em uma evolução histórica segundo a qual a *in diem addictio*, antes entendida como uma condição suspensiva, havia sido interpretada como pacto resolutivo a partir de Juliano, e, depois, com Justiniano, a intenção das partes passava a ser relevante para a compreensão da qualificação jurídica da cláusula contratual, se suspensiva ou resolutive⁴⁶¹.

Nos termos do que será observado quando do estudo da *lex commissoria* objeto deste trabalho, a análise da natureza jurídica da *lege dicta* afeta não apenas o próprio negócio jurídico, mas os seus efeitos essenciais, tais quais: (i) a obrigação de inserir o comprador na posse pacífica da coisa vendida; (ii) a obrigação do comprador pagar o preço.⁴⁶²

E, a classificação da *lex commissoria* e da *in diem addictio* como espécies de *lege dicta* possibilita o enfrentamento de questões semelhantes, como a natureza jurídica de condição ou de convenção.

7.1.1 Elementos configuradores do tipo

De acordo com a definição de B. B. QUEIROZ DE MORAES⁴⁶³, a *in diem addictio* pode ser considerada espécie romana de contrato de venda e compra, cujos efeitos subordinavam-se a eventual proposta de melhor oferta por terceiro e consequente aceitação do vendedor.

A oferta de terceiro deveria ser sempre realizada dentro do prazo estipulado pelas partes, e tal oferta deveria ser superior ou ao menos se igualar a primeira com relação às vantagens oferecidas⁴⁶⁴.

A princípio, o objeto vendido deveria ser exatamente o mesmo oferecido para o primeiro comprador, excepcionando-se, entretanto, os casos em que agregado algum

⁴⁶⁰ *La restituzione dei frutti nelle vendite con in diem addictio e con lex commissoria*, en Studi Ratti, Milano, Giuffrè, 1934, p. 325.

⁴⁶¹ A. D'ORS. *In diem addictio (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 200.

⁴⁶² A. D'ORS. *In diem addictio (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 201.

⁴⁶³ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, (Tese de Doutorado), São Paulo, FADUSP, 2004, p. 36.

⁴⁶⁴ B.B. QUEIROZ DE MORAES, Plauto e a '*in diem addictio*', in *Revista General de Derecho Romano*, 14, 2010, p 8.

elemento ao objeto da venda, desde que tal adição tivesse um valor inferior à diferença da melhor oferta⁴⁶⁵.

Como pressuposto essencial da *in diem addictio* há o elemento de que uma melhor condição de venda é apresentada⁴⁶⁶, motivo pelo qual se torna relevante analisar o alcance da expressão “*melhor condição*”⁴⁶⁷.

Para A. D’ORS, por melhor condição não se deve entender exclusivamente uma oferta de preço mais elevado, mas sim condições mais vantajosas para o vendedor. Portanto, a melhor oferta consiste em “*tudo cuja utilidade pertença ao vendedor*”⁴⁶⁸.

Com isso, a melhor oferta pode representar não apenas o melhor preço, mas a maior facilidade ou rapidez de pagamento, ou o melhor acesso ao local convencionado para o pagamento, ou ainda, a maior solvência do novo comprador⁴⁶⁹.

A melhor condição, portanto, deveria ser averiguada tanto do ponto de vista do sujeito (novo comprador) quanto do objeto.

De toda forma, importa considerar que a melhor condição não operava a rescisão *ipso iure* - como ocorre com uma condição -, sendo necessário que o vendedor aceite a nova proposta, à semelhança do que ocorre com as condições médio-potestativas⁴⁷⁰.

Por isso, quando se explica o funcionamento da *lege dicta* – em geral – e da *in diem addictio* – em específico -, não se pode olvidar que o cumprimento da condição é o pressuposto para que o vendedor possa exercer as faculdades previstas com as cláusulas⁴⁷¹.

E nesse ponto reside a principal diferença entre a *in diem addictio* e a *condicio*. Afinal, na hipótese da *in diem addictio*, o vendedor pode rechaçar a melhor oferta e

⁴⁶⁵ A. D’ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 275.

⁴⁶⁶ B.B. QUEIROZ DE MORAES, Plauto e a ‘*in diem addictio*’, in *Revista General de Derecho Romano*, 14, 2010, p 8.

⁴⁶⁷ A. D’ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 274.

⁴⁶⁸ A. D’ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 274.

⁴⁶⁹ A. D’ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 274.

⁴⁷⁰ A. D’ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 277.

⁴⁷¹ E. NICOSIA, *la condición resolutoria en los actos jurídicos*, In: *RIDRON*, 2018, p. 638

conservar o primeiro negócio, mediante manifestação de vontade do vendedor e não pelos efeitos obrigatórios e automáticos da condição.

O vendedor apenas está obrigado a aceitar o melhor preço no caso de venda de uma coisa que tenha sido dada em penhor e sobre a qual se exerce o *ius distrahendi*, porque nesse caso, se o vendedor não aceitasse o melhor preço prejudicaria os interesses do credor⁴⁷².

Inclusive, o herdeiro pode rechaçar a melhor oferta, desde que tenha adquirido a herança antes do prazo (*diem*) fixado para a apresentação da melhor proposta.

Por fim, deve-se salientar que o primeiro comprador pode manter sua oferta oferecendo ao vendedor melhores condições⁴⁷³ ou as mesmas oferecidas pelo segundo comprador, de onde se extrai o dever de o vendedor comunicar o primeiro comprador sobre os termos da oferta feita por terceiro⁴⁷⁴.

7.2 Venda a contento (*Pactum Displicentiae*)

O *pactum displicentiae* não tem um título específico no Digesto, entretanto, pode ser verificado em diversos fragmentos constantes na compilação⁴⁷⁵.

Por meio do *pactum displicentiae* o comprador se reserva o poder de encerrar a relação jurídica obrigacional caso o objeto não fosse de seu agrado. É um pacto adjeto⁴⁷⁶ apostado ao contrato de compra e venda, e a sua aplicação pode indicar que o negócio jurídico se aperfeiçoe apenas se o objeto da compra e venda despertar o interesse do comprador.

O *pactum displicentiae* se referia ao contrato de compra e venda sujeito ao contentamento, de modo que o comprador pode se liberar da venda caso não se satisfaça com o objeto adquirido, dentro de um determinado prazo.

⁴⁷² A. D'ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), pp. 277/278.

⁴⁷³ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 93.

⁴⁷⁴ A. D'ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 278.

⁴⁷⁵ D. J. FONSECA NETO, *Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo: FADUSP, 2014, p. 29.

⁴⁷⁶ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3 ed., Firenze, Palumbo, 2006, p. 468.

A condicionante, no caso do *pactum displicentiae*, é o contentamento ou a satisfação do comprador, o que não se refere necessariamente às qualidades inerentes à coisa.

Com isso, o comprador pode se liberar do contrato mesmo que a coisa apresente todas as qualidades alegadas pelo vendedor no ato da venda. De igual forma, o comprador pode manter o negócio jurídico ainda que as qualidades apresentadas pelo objeto sejam aquém do esperado⁴⁷⁷.

Por tal motivo, A. D'ORS⁴⁷⁸ define o *pactum displicentiae* como pacto de resolução aposto ao contrato de compra e venda, que condiciona o aperfeiçoamento do negócio jurídico à experimentação e agrado do comprador, dentro de um certo prazo.

Assim como ocorre com as demais cláusulas apostas aos contratos de compra e venda, tais quais a *in diem addictio* e a *lex commissoria*, a grande discussão concernente ao tema se refere à natureza de tal cláusula, se suspensiva ou resolutiva e em que ponto pode ser identificada como uma condição (*condicio*).

Tanto para A. D'ORS⁴⁷⁹ quanto para C. L. GUILLAMÓN⁴⁸⁰, o *pactum displicentiae* se trata de pacto resolutivo, pois o negócio jurídico puro e originariamente perfeito pode ser desfeito caso a coisa não seja do agrado do comprador.

Por outro lado, J. A. C. THOMAS⁴⁸¹ defende que o *pactum displicentiae* opera efeito suspensivo, pois o negócio jurídico terá sua eficácia condicionada à satisfação do comprador com a coisa em determinado prazo.

No mesmo sentido, A. BERGER⁴⁸² pontua que o *pactum displicentiae* como cláusula aposta ao contrato de compra e venda é condicional, pois a sua validade depende da aprovação do comprador⁴⁸³.

⁴⁷⁷ D. J. FONSECA NETO, Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano, (Dissertação de Mestrado), São Paulo: FADUSP, 2014, p. 29.

⁴⁷⁸ A. D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XLV, Madrid, 1975, p. 595.

⁴⁷⁹ A. D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XLV, Madrid, 1975, p. 595.

⁴⁸⁰ C. L. GUILLAMÓN, *Las transacciones comerciales a través de leasing en las fuentes jurídicas romanas*, in *RIDA XLVIII* (2001), p. 203.

⁴⁸¹ J. A. C. THOMAS, *Provisions for calling off a sale*, in *TR 35* (1967), p. 557.

⁴⁸² A. BERGER, *Encycloedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953, p. 615.

⁴⁸³ "its validity depends upon the approval of the buyer".

A conclusão obtida em ambos os casos é a de que a sua natureza é de convenção e os efeitos operam mediante manifestação de vontade da parte.

7.3 Venda à prova ou sujeita à degustação (*Emptio ad Gustum*)

A compra e venda com cláusula *emptio ad gustum* é conhecida como venda à prova ou sujeita à degustação. Por meio de tal negócio jurídico, era atribuída à compra e venda a condição *si res placuerit*⁴⁸⁴.

A cláusula *emptio ad gustum* é bem descrita em Cato, de ag. Cult. I48⁴⁸⁵, e, com ela, é permitido ao comprador degustar a coisa após a contratação e antes da tradição, e tal pacto está essencialmente relacionado ao comércio de vinho em Roma.

O contrato de compra e venda de vinho se apresentava de duas formas distintas: *vinus pendens*⁴⁸⁶ e *vinum in doliis*⁴⁸⁷, existindo, em ambos, contratos formulares.

O primeiro contrato formular apresentado por CATÃO é constituído por cláusulas simples, pelas quais se impõe ao comprador do vinho que os resíduos da produção da bebida sejam deixados com o fazendeiro e que o vendedor se comprometa à guarda do produto em sua adega até a data aprazada.

Entretanto, decorrido o prazo sem que o comprador retirasse o produto, o vendedor teria direito de utilizar-se do líquido, e ainda assim terá assegurado o pagamento do preço estabelecido pelas partes⁴⁸⁸.

Já o contrato formular referente ao *vinum in doliis*, ou seja, à compra e venda do vinho já engarrafado, dependia da transferência da bebida dos barris do vendedor aos

⁴⁸⁴ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 96.

⁴⁸⁵ “*Vinum in doliis hoc modo oportet vini in culleos singulos quadragenae et singulae urnae dabuntur. Quod neque aceat neque muceat, id dabitur. In triduo proximo viri boni arbitrato degistato. Si non ita facerit, vinum pro degustato erit. Quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degistet, totidem dies emptori procedente. Vinum accipito ante K. Ian. Primas. Si non ante accperit, cominus vinum admetietur. Quod admesus erit dominus, pro eo resolvito. Si emptor postularit, dominus ius iurandum dabit verum fecisse. Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur. Si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet. Cetera lex, quae oleae pendenti*”.

⁴⁸⁶ De Agricultura. 147.

⁴⁸⁷ De Agricultura. 149.

⁴⁸⁸ D. J. FONSECA NETO, Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano, (Dissertação), São Paulo: FADUSP, 2014, p. 15.

recipientes do comprador, sendo que o volume perdido em tal transferência era de responsabilidade do comprador⁴⁸⁹.

Da exegese de Cult. I48, é possível apreender que a cláusula *emptio ad gustum* era empregada pelo comprador com o objetivo de testar o vinho, e, dentro do prazo de três dias, poderia exercer o direito de rejeitá-lo, caso estivesse azedo ou mofado⁴⁹⁰.

Caso o comprador não desejasse testar o produto, poderia indicar um examinador de considerável reputação (*boni viri arbitrato degustato*) para que o experimentasse⁴⁹¹.

R. YARON⁴⁹² sugeriu que a cláusula *emptio ad gustum* era, em verdade, um tipo particular de *pactum displicentiae*, e, que se não existisse referência ao *arbitrium boni viri*, o comprador não teria direito à rejeição.

Entretanto, em todos os textos, mesmo no período clássico, o direito de rejeição é considerado unicamente em relação ao aspecto azedo e mofado do vinho, o que sugere que o comprador apenas poderia rejeitar o vinho caso apresentasse um desses problemas, não se aplicando às hipóteses em que o comprador não aprovava o sabor.

Logo, a *emptio ad gustum* configurava teste objetivo para averiguar a qualidade do produto.

Apesar da tentativa de R. YARON aproximar a *emptio ad gustum pactum displicentiae*, E. DIAZ⁴⁹³ sugere haver mais diferenças que semelhanças. Primeiramente porque o *pactum displicentiae* era uma compra e venda pura, ou resolúvel, enquanto a *emptio ad gustum* se conformaria como uma compra e venda *sub condicione*.

Nesse mesmo sentido se manifesta G. LONGO⁴⁹⁴ por entender que a venda com *emptio ad gustum* é submetida à condição suspensiva, pois, dentro de um certo prazo, o comprador deve manifestar que o objeto do contrato de compra e venda atende o seu gosto.

⁴⁸⁹ D. J. FONSECA NETO, Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano, (Dissertação de Mestrado), São Paulo: FADUSP, 2014, p. 15.

⁴⁹⁰ A. BURDESE, *La dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Milano, CEDAM, 2006, p. 273.

⁴⁹¹ D. J. FONSECA NETO, Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano, (Dissertação de Mestrado), São Paulo: FADUSP, 2014, p. 15.

⁴⁹² *apud* D. J. FONSECA NETO, Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano, Dissertação de Mestrado). São Paulo, FADUSP, 2014, p.18.

⁴⁹³ E. DIAZ, Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español, in *RIDA* 45 (1998), p. 644.

⁴⁹⁴ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 96.

Esse entendimento apresenta ressalvas, pois da exegese de Cult. 148, extrai-se que as diferenças entre um e outro instituto poderiam ser delineados da seguinte forma: a *emptio ad gustum* é objetiva, pois se busca a verificação da qualidade do produto, podendo ser submetido, inclusive, ao controle do perito. Já o *pactum displicentiae* é pacto adjeto adicionado ao negócio jurídico, para garantir ao comprador o direito de rechaçar a coisa, na hipótese de não ser do seu agrado.

Logo, acredita-se que a diferença entre um e outro instituto não reside na natureza jurídica dos institutos, pois ambos operam efeitos a partir da manifestação de vontade das partes, mas na natureza objetiva e subjetiva das declarações de vontade.

8. Da *lex commissoria*

O Livro 18 do Digesto traz inscrições da *lex commissoria* relacionada a três diferentes temas⁴⁹⁵: a *lex commissoria* como cláusula adicionada à compra e venda, em matéria fiduciária⁴⁹⁶ e de arras⁴⁹⁷.

Evidencia-se, com isso, um amplo âmbito de aplicação⁴⁹⁸, pois pode ser empregada tanto na disciplina da *emptio venditio* quanto do *pignus*⁴⁹⁹ e das arras.

Na disciplina relativa ao *pignus*, a *lex commissoria* tem uma função real. Originalmente tal *fattispecie* configurava a estrutura negocial entendida como *fidúcia cum creditore*, considerada a forma mais antiga de propriedade fiduciária.

De acordo com GAIO (Gai, 2, 60) o fiduciante alienava um bem ao adquirente fiduciário para um objetivo determinado. O acordo era de que, uma vez alcançado o objetivo, o agente fiduciário deveria transferir a coisa ou pagar indenização por perdas e danos.

Já com o oferecimento das arras na fase pré-contratual, o futuro comprador antecipava totalmente ou parcialmente o preço ao futuro vendedor. Como a obrigação de transferência mútua era precisamente o conteúdo da *fattispecie* contratual, as arras foram utilizadas para fins de prova, de modo que a entrega do adiantamento marcou a transição da fase de negociação pura e simples para a transação contratual real⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 4.

⁴⁹⁶ D. 18. 3, 2 e D. 18. 3, 3. Nesse sentido, M. L. REIS, *O pacto comissório no direito romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014.

⁴⁹⁷ D. 18. 3, 6 e D. 18. 3, 8.

⁴⁹⁸ Há discussão acerca da relação havida entre a *lex commissoria* aplicada aos contratos de compra e venda e no pacto pignoratício. Tanto COSTA (*Sul papiro florentino n. 1*, in *BIDR XIV*, (1902), p. 48) quanto STEIN (*datio in solutum München*, C. H. Beck, 1914, p. 106 e ss.) são a exceção da opinião comum da doutrina que consideram o pacto aplicado ao *pignus* ou aplicado à compra e venda como dois institutos independentes um em relação ao outro. Segundo J. L. ZAMORA MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior em el pignus*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité LIV* (2007), p. 521), em sua origem, a *lex commissoria* aparece como uma *lex dicta* adotada ao negócio fiduciário, e, nesse primeiro estágio anterior ao *pignus* constitui uma cláusula unilateralmente imposta no interesse do fiduciário ou pacto adicionado ao negócio jurídico. Todavia, no existe um denominador comum da *lex commissoria* em sua aplicação, tanto como faculdade convencional no *pignus* quanto na compra e venda, pois, em ambos os casos está submetida ao descumprimento da obrigação, por isso, atua como pacto resolutivo da venda ou como garantia em benefício do credor pignoratício.

⁴⁹⁹ C. PENNACCHIO, *Note in tema di lex commissoria: a proposito di Scaev. 7. Dig. D. 18, 3, 8 in Rivista Internazionale Online*, X, (2017), p. 4.

⁵⁰⁰ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 101.

Posteriormente, as arras adquiriram uma função penal: ficou estabelecido que quando as partes concordassem em contratar uma compra e venda de forma escrita, o pretense comprador perderia o depósito, ou o pretense vendedor teria que devolver o dobro do valor, a depender de quem houvesse ocasionado o descumprimento da obrigação⁵⁰¹.

Já na disciplina da compra e venda, a *lex commissoria*⁵⁰² é concebida como cláusula accidental típica, que condiciona a eficácia do negócio jurídico de compra e venda ao pagamento integral do preço.

Para A. D'ORS⁵⁰³ a *lex commissoria* é uma cláusula, por meio da qual o vendedor se reserva a possibilidade de recuperar o objeto vendido, caso o comprador não realize o pagamento integral do preço no prazo determinado. Sua natureza, portanto, é de pacto ou convenção.

Em termos conceituais, a *lex commissoria* é entendida como cláusula accidental⁵⁰⁴ que poderia ser adicionada ao contrato de compra e venda para que, caso o comprador não pagasse o preço no prazo avençado pelas partes⁵⁰⁵, a *res* fosse restituída ao vendedor, caso já entregue ao comprador, e para que fosse extinta a obrigação⁵⁰⁶.

Em virtude de um número elevado de cláusulas que poderiam ser adicionadas ao contrato de compra e venda, a *lex commissoria* se diferenciava das demais por permitir que a coisa fosse considerada como não vendida (*inemptus*) se o comprador não houvesse adimplido o preço dentro do prazo estabelecido.

⁵⁰¹ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 101.

⁵⁰² Parte da doutrina admite também que a *lex commissoria* possa ser adicionada a todo contrato com prestações correspondentes, tal como a promessa de casamento, a permuta e o mútuo. Neste sentido, A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, 55, 1894, 189 ss. e 445 ss.e C. PENNACCHIO, *Note in tema di lex commissoria: a proposito di Scaev. 7. Dig. D. 18, 3, 8 in Rivista Internazionale Online*, X, (2017), p. 4.

⁵⁰³ A. D'ORS. *In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE*, 16, (1945), p. 197.

⁵⁰⁴ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 129.

⁵⁰⁵ M. KASER *Römisches Privatrecht*, 1992, trad. Port. Hämerle, Ferdinand, e Rodrigues Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 248; J. C. MOREIRA ALVES, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 526

⁵⁰⁶ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*. L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 129.

Parte da doutrina⁵⁰⁷ entende que tal pacto operava efeitos resolutivos, pois concedia ao vendedor a faculdade de considerar o contrato como não celebrado, caso a parte não adimplisse o preço.

Como se verá a seguir, na origem, a experiência jurídica romana conhecia a condição suspensiva (*condicio*) e o entendimento era o de que após o pagamento integral do preço o negócio jurídico de compra e venda começava a irradiar os seus efeitos.

O adimplemento, nesse caso, poderia ser concebido como uma condição que, caso verificada, inaugurava os efeitos jurídicos decorrentes da compra e venda. Dizer isso, significa reconhecer uma contratação sob condição (contrato condicional) que se conforma em benefício do devedor/comprador. Isso porque, o comprador poderá escolher, até o último momento, entre a manutenção ou cessação da avença.

A existência da *emptio condicionalis* se justificava pelas relações imediatas que caracterizavam a compra e venda em seu primeiro estágio de desenvolvimento, oportunidade em que a troca do bem (objeto do negócio jurídico) pelo preço era simultânea.

Logo, por mais que a *emptio condicionalis* privilegiasse o interesse do devedor, tal ampliação encontrava um limite no curto tempo de desenvolvimento da relação jurídica.

Quando a compra e venda é alargada no tempo, com relação à prestação e à contraprestação não concomitantes, surge a necessidade de se tutelar o interesse do credor/vendedor, que até então ficava desprotegido, na hipótese de inadimplemento do credor.

Assim, porque não existia uma ação geral de resolução do contrato por descumprimento de uma das partes, o credor somente poderia exigir da parte inadimplente o cumprimento da obrigação, mas não a resolução contratual⁵⁰⁸.

A possibilidade de resolver os contratos foi introduzida, nos contratos de compra e venda, mediante a *lex commissoria*, conforme se observa de todo um título de Digesto (18,3) dedicado ao tema.

⁵⁰⁷ A. D. MANFREDINI, *Instituzioni di diritto romano*, Torino, Giapichelli, 2003, p. 361.

⁵⁰⁸ F. J. R. JAÉN, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *anuario de derecho civil*, 46, (1993), p. 1.156.

8. Elementos conformadores da *lex commissoria*

A expressão *lex commissoria* é composta por dois termos. O primeiro (*lex*) atribui relevância jurídica ao acordo estabelecido entre as partes⁵⁰⁹ e sua tradução como cláusula se dá pelo fato de que a lei, sob a técnica jurídica contemporânea, é o texto normativo promulgado pelo Estado⁵¹⁰, e não o conteúdo contratual negociado pelas partes.

Já a expressão *commissoria* derivaria, por certo prisma, da circunstância de que na aplicação da cláusula incorre (*committit*) o comprador que não pagou o preço. Ao mesmo tempo, o termo *commissoria*, porque originado da palavra latina *commissum*, atribuiria à expressão o sentido de ato ilícito cometido pelo comprador inadimplente⁵¹¹, ou da pena aplicada ao contratante que violasse as condições estabelecidas no instrumento contratual⁵¹².

A *lex commissoria* é considerada um pacto⁵¹³ por meio do qual o vendedor, no ato da conclusão do contrato, reserva o direito de considerar a venda como não celebrada caso o comprador não pague a integralidade do preço convencionado dentro de certo prazo⁵¹⁴.

Sob tal prisma, o pacto produzia efeito se após o decurso do prazo o comprador não pagasse o preço devido em sua totalidade⁵¹⁵, havendo, a partir desse momento, a liberação das partes contratantes.

⁵⁰⁹ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita, in Il diritto romano caso per caso*. L. SOLIDORO. G. Giappichelli, 2018, p. 129.

⁵¹⁰ J. A. GODDARD, *Libro XVIII del Digesto (sobre la compraventa)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 48.

⁵¹¹ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita, in Il diritto romano caso per caso*, L. SOLIDORO. G. Giappichelli, 2018, p. 129.

⁵¹² Cf. L. G. HADDAD, *A proibição do pacto comissório no Direito Brasileiro*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 17

⁵¹³ Como será analisado a seguir, o presente trabalho adota a *lex commissoria* como um pacto de resolução adicionado ao contrato de compra e venda, e não como uma condição, posto que os efeitos da *lex commissoria* não ocorrem *ipso iure*, mas mediante expressa manifestação do vendedor, que pode optar entre a resolução do contrato de compra e venda e a cobrança do valor inadimplido.

⁵¹⁴ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita, In Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 101.

⁵¹⁵ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 92

Se depois de pactuada a *lex commissoria* o vendedor requeresse o pagamento do preço pelo comprador, teria renunciado à aplicação do pacto, não podendo mais dela se utilizar⁵¹⁶.

Além disso, após o vencimento do prazo, enquanto o vendedor não se pronunciasse sobre a escolha a ser feita (*jus variandi*) – compelir o comprador ao cumprimento da obrigação ou à resolução do contrato – o pagamento do preço pelo comprador apenas seria eficaz juridicamente diante da impossibilidade do pagamento tempestivo por culpa do vendedor⁵¹⁷.

Assim, pode-se dizer que o comprador apenas estaria isento de responsabilidade caso o inadimplemento do preço fosse consequência de ato do vendedor⁵¹⁸, que tivesse obstado o recebimento tempestivo do preço.

Na compra e venda com *lex commissoria* o negócio jurídico produz os seus efeitos, os quais são revogados se o preço não é adimplido dentro do prazo previsto para tanto⁵¹⁹, e, em virtude da cessação dos efeitos da compra e venda mediante o inadimplemento, G. LONGO⁵²⁰ defende que no direito romano, a *lex commissoria* inaugura uma verdadeira condição resolutiva da venda, que ocorria de forma automática, mediante o inadimplemento do preço avençado.

Entretanto, esse posicionamento merece ser analisado com ressalvas, em se considerando a posição doutrinária majoritária, que nega os efeitos *ipso iure* da *lex commissoria*⁵²¹, residindo, em tal elemento, a diferença primordial entre a *condicio* e a *lex commissoria*, como se verá a seguir.

8.2. A *emptio condicionalis* e o pacto adjeto acrescido à compra e venda pura

⁵¹⁶ D (18.3. VII)

⁵¹⁷ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 92; F. JAÉN, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *anuario de derecho civil*, 46, (1993), p. 1.159.

⁵¹⁸ D. 18, 4, 4, 4.

⁵¹⁹ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943p. 92

⁵²⁰ F. JAÉN, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, In *Anuario de Derecho Civil*, 46, (1993), p. 1.159.

⁵²¹ Essa seria a principal diferença entre a *lex commissoria* e a condição resolutiva.

Malgrado a eficácia do negócio jurídico condicionado não tenha figurado como objeto de estudo para os romanos, fato é que o fragmento de NERÁCIO, posteriormente ratificado por JULIANO⁵²², inaugura, já no século I d.C, a possibilidade de inserção do pacto resolutivo suspensivamente condicionado aos contratos de compra e venda (*emptio pura*)⁵²³.

Por outro lado, a corrente SABINIANA considerava o contrato de compra e venda ao qual fosse adicionada a *lex commissoria* como *emptio condicionalis*, de modo a condicionar, portanto, a produção dos efeitos do negócio jurídico à verificação fática do adimplemento, entendido como evento futuro e incerto⁵²⁴.

Uma das controvérsias relativa ao tema da *emptio pura* é a compreensão de sua estrutura, pois, questiona-se se a compra e venda com *lex commissoria*⁵²⁵ configura um único ato negocial diretamente submetido à condição⁵²⁶, ou se é resultante de dois atos distintos: a compra e venda pura (*emptio pura*) acompanhada de um acordo, esse sim submetido à condição suspensiva, que a depender do seu cumprimento, ensejaria à resolução do primeiro negócio⁵²⁷.

Para B. ALBANESE⁵²⁸, a hipótese mais adequada seria entender a *emptio quae sub condicione resolvitur* como compra e venda pura, à qual era adicionado um pacto resolutivo suspensivamente condicionado: o comprador se comprometia a restituir a coisa no caso do inadimplemento do preço no prazo avençado pelas partes⁵²⁹.

Esta hipótese, inclusive, pode ser observada no fragmento de *Ulpiano*:

⁵²² M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*. Mestrado (Dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, pp. 62; 70.

⁵²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), pp. 411; 421.

⁵²⁴ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*. Mestrado (Dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 61.

⁵²⁵ Não apenas *lex commissoria*, mas *lege dicta* estabelecida em favor do vendedor/credor de maneira geral.

⁵²⁶ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 132.

⁵²⁷ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 132.

⁵²⁸ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 331.

⁵²⁹ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*. Mestrado (Dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 62.

Ulp. 28 ad sab D. 18, 3, 1⁵³⁰:

“*Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolve emptio quam sub condicione contrahi videatur*”.

Caso tivesse sido vendido um terreno com cláusula comissória, mais parece que a compra se resolve <sub condição>, do que tenha sido contraída sob condição.

Observa-se, do fragmento, que no caso em que o terreno tivesse sido vendido com *lex commissoria*, seria preferível considerar que a compra e venda sujeita à condição foi resolvida (*emptio quae sub condicione resolvitur*), ao invés de ter sido celebrada sob condição (*emptio condicionalis*)⁵³¹, e, a diferença dessas duas hipóteses é substancial.

Pela primeira, configurada a *emptio pura quae sub condicione resolvitur*, a venda se aperfeiçoa com a manifestação de vontade das partes isenta de vício, mas os seus efeitos serão extintos caso o preço não seja adimplido no prazo avençado.

Esse entendimento decorre da própria classificação da compra e venda como um contrato consensual, que se aperfeiçoa mediante a manifestação de vontade isenta de vícios.

Já pela segunda, na hipótese da *emptio condicionalis*, a eficácia do ato fica suspensa até o efetivo pagamento do preço⁵³², momento então, que os efeitos decorrentes do negócio serão irradiados.

Essa concepção se relaciona fortemente com o primeiro estágio de desenvolvimento da compra e venda real, momento em que o contrato de compra e venda, apesar de ser entendido como negócio jurídico consensual, tinha a fase de transferência da propriedade como relevante, pois concomitante ao pagamento do preço.

⁵³⁰ A. D'ORS, et al. *El Digesto de Justiniano*, t. 1, Pamplona, Aranzadi, 1968; I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* cit (nota 1 supra), p. 911.

⁵³¹ J. A. GODDARD, *Libro XVIII del Digesto* (sobre la compraventa), Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 48.

⁵³² A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 130.

8.3 As diferenças entre a *emptio condicionalis* e a *emptio pura quae sub condicione resolvitur*: a adoção do pacto adjeto pela experiência romana

Conforme analisado em tópico anterior, alguns autores entendem que a *condicio* não teve um único sentido no desenvolver do direito romano, mas, a depender do momento histórico, seu significado poderia se referir aos pactos adjetos acrescidos ao negócio jurídico⁵³³ ou à própria condição suspensiva.

Durante muito tempo, tanto nos estudos específicos sobre a condição, como nos Manuais de Direito Romano, o ensino circundava a informação de que os juristas romanos haviam elaborado apenas a condição suspensiva⁵³⁴. A esse único tipo de condição, que se faz referência nas fontes, atribuía-se o nome de *condicio*⁵³⁵.

Diante do entendimento de que a experiência romana não havia desenvolvido o conceito de condição resolutiva, para as hipóteses em que se desejava fazer cessar os efeitos de um ato, quando verificado um evento futuro e incerto, era acrescida a estrutura aos negócios *sub condicione*⁵³⁶.

Por meio deles, havia um negócio jurídico puro e acrescia-se a ele um pacto suspensivo, mediante o qual se pretendia a resolução do negócio principal⁵³⁷. Nesse pacto era estabelecida uma condição que, caso verificada, o pacto de resolução produzia o seu resultado e provocava a cessação dos efeitos jurídicos do ato principal⁵³⁸.

⁵³³ Pode-se dizer que a confusão havida entre os conceitos de *condicio* e de *lex commissoria* se acentua em virtude do termo *condicio* também ser empregado para se referir ao próprio pacto adjeto acrescido ao negócio jurídico.

⁵³⁴ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 621.

⁵³⁵ Nesse sentido, vide M. REIS. *O pacto comissório no Direito Romano* (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 63;

⁵³⁶ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 622.

⁵³⁷ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*. Mestrado (Dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 70; B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

⁵³⁸ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 622.

Tal mecanismo de resolução⁵³⁹ adotado pelos romanos se encontra amplamente consignado nas fontes e era descrito mediante a expressão *emptio pura quae sub condicione resolvitur*⁵⁴⁰.

A conformação da *emptio pura quae sub condicione resolvitur* era indicada por alguns autores como o instrumento pelo qual a experiência romana veiculava a condição resolutiva, em razão do entendimento de que os romanos conheciam apenas a condição suspensiva (*condicio*).

Para E. NICOSIA⁵⁴¹, o posicionamento da doutrina - no sentido de que os juristas romanos não elaboraram o conceito de condição resolutiva - pode ser explicado por duas razões: (a) ou os juristas elaboraram uma síntese de várias opiniões, considerando que quando se acrescenta uma condição resolutiva a um negócio principal, trata-se de um negócio *ad condicionem* ou de negócio puro, mas que se resolve sob condição (*sub condicione resolvitur*), ou, (b) no caso da *emptio pura quae sub condicione resolvitur* é criada uma espécie de compra e venda, na qual é acrescida a condição resolutiva.

Apesar da doutrina majoritária não admitir que a experiência romana tenha criado, expressamente, a *condicio* com efeitos resolutivos, B. ALBANESE⁵⁴² caminha no sentido contrário, pois reconhece que os romanos elaboraram o conceito de condição resolutiva, bem como desenvolveram terminologia idônea para indicar esse tipo distinto de condição.

Segundo o autor⁵⁴³, os romanos tratavam os negócios *ad condicionem* em referência aos tipos em que, mediante a inserção da condição resolutiva, estava prevista a duração dos efeitos dos negócios somente até a ocorrência do evento assinalado na condição⁵⁴⁴.

⁵³⁹ B. B. QUEIROZ DE MORAES, Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual, Madri, Dykinson, 2010, p. 78.

⁵⁴⁰ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 622.

⁵⁴¹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 624.

⁵⁴² B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, pp. 272 e seguintes.

⁵⁴³ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, pp. 272 e seguintes.

⁵⁴⁴ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, pp. 623-640.

O entendimento aqui adotado é o de que o acréscimo da *lex commissoria*, assim como das demais cláusulas (*lege dicta*) conhecidas à época (*in diem addictio*, *pactum displicentiae*), conformava um pacto adjeto acrescido à compra e venda. Portanto, tratava-se de compra e venda típica, que se resolvia sob condição (*emptio pura quae sub condicione resolvitur*).

E, um dos fragmentos⁵⁴⁵ que fundamenta esse entendimento sobre os efeitos resolutivos alcançados pela *lex commissoria* é D. 18, 2, 2, pr:

Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum, D. 18, 2, 2, pr:

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed su condicione resolvitur, na vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi idetur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.

Todas as vezes que se faz a 'in diem addictio' de um terreno, é perguntado se a compra é pura, mas é resolvida sob condição, ou se, na verdade, a compra é condicional. E me parece verdadeiramente importar aquilo que foi estabelecido, pois se, em realidade, foi estabelecido que seja desfeita quando realizada uma melhor oferta, será a compra pura, que se resolve sob condição; mas se foi estabelecido que a compra se aperfeiçoa a não ser que uma melhor condição seja oferecida, a compra será condicional.

⁵⁴⁵ Os outros fragmentos que mencionam a condição com efeitos resolutivos são *Ulp. 28 ad Sab., D. 18, 1, 3* e *D. 18, 3, 1*, que serão a seguir analisados.

Observa-se que o fragmento acima reproduzido⁵⁴⁶ apresenta a expressão “*pura emptio, quae sub condicione resolvitur*”, ou seja, “*compra pura, que se resolve sob condição*”⁵⁴⁷.

Sob o prisma da *pura emptio, quae sub condicione resolvitur*, a doutrina tradicional entende que no fragmento em análise⁵⁴⁸ há contraposição entre duas hipóteses: de um lado uma *emptio condicionalis* - em que a eficácia do negócio jurídico dependia da ocorrência de evento futuro incerto -, e, por outro lado, seria conformado um pacto de resolução suspensivo acrescido a uma *emptio pura*.

Com isso, a dúvida se referia à existência de um negócio jurídico condicional ou de dois negócios jurídicos distintos: um não-condicional e outro condicional⁵⁴⁹. E, caso se concebesse uma *emptio pura* na qual era adicionado um pacto de resolução suspensivamente condicionado não haveria, pois, efetivamente um negócio jurídico condicionado⁵⁵⁰ (*emptio condicionalis*).

Logo, as espécies de *lege dicta* representariam um pacto acrescido ao negócio jurídico puro. A expressão “*resolver sob condição*” se dirige especificamente à eficácia do pacto e seu efeito sobre o negócio jurídico principal diante do inadimplemento (pressuposto de eficácia do pacto de resolução): faculdade do credor resolver o contrato.

Para reforçar esse entendimento, PAULO 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 2, 4, menciona que “*para outros juristas, que também era contratada sob condição; <e ele> dizia que ela não era celebrada <sob condição>, mas sim que se desfazia <sob condição>, e esta opinião é a correta*”⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ Apesar de o fragmento se referir a *in diem addictio*, é muito comum o tratamento conjunto das *lege dicta* (*in diem addictio*, *lex commissoria* e *pacto displicentiae*). Para P. ZILIOTO, (*La ‘res inempta’: nuove riflessioni sulle azioni restitutorie*, In: Revista Internazionale Online, XII, 2019, 18), a *lex commissoria*, a *in diem addictio* e o *pactum displicentiae* são cláusulas de resolução tipificadas. M. TALAMANCA (*La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, In: Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione, Torino, 2006, p. 25) também afirma não haver diferenças na disciplina dessas três cláusulas típicas.

⁵⁴⁷ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madri, Dykinson, 2010, p. 78.

⁵⁴⁸ D. 18, 2, 2, pr

⁵⁴⁹ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madri, Dykinson, 2010, p. 78.

⁵⁵⁰ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madri, Dykinson, 2010, p. 79.

⁵⁵¹ “*ali et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est*”.

Sobre a diferença entre a compra e venda celebrada sob condição e a que se resolve sob condição, B. ALBANESE⁵⁵² sustenta que no caso da *pura emptio, quae sub condicione resolvitur* os efeitos do inadimplemento da condição eram reais, em contraposição à *emptio condicionalis* cuja condição operaria efeitos meramente obrigacionais⁵⁵³.

8.4 A existência da condição resolutiva no Direito Romano: negócios *ad condicionem*

Influenciada pela teoria de B. ALBANESE, E. NICOSIA⁵⁵⁴ entende que a parte da doutrina que deseja identificar a condição resolutiva na expressão *emptio pura quae sub condicione resolvitur* afirma que nessa expressão o adjetivo pura significava que a compra e venda havia sido concluída sem a inclusão de uma condição suspensiva.

Todavia, a autora⁵⁵⁵ refuta esse argumento por compreender que o elemento decisivo é outro: deve-se ter em mente como cessavam os efeitos da *emptio pura quae sub condicione resolvitur*, pois essa expressão era empregada pelos juristas para descrever o efeito que as cláusulas (*lex commissoria* e *in diem addictio*) tinham sobre a compra e venda.

E da descrição e do estudo já realizados sobre as cláusulas, é possível reconhecer que ambas eram estabelecidas a favor do vendedor: por meio do pacto de melhor comprador (*in diem addictio*), o vendedor reservava o direito de rescindir a primeira compra para concluir uma segunda com uma melhor oferta, e, mediante o emprego da *lex commissoria*, o vendedor reservava a possibilidade de resolver a venda quando o comprador não adimplisse a integralidade do preço no prazo estabelecido⁵⁵⁶.

Apesar de os juristas afirmarem que o destino da *in diem addictio* dependia de uma melhor oferta e que o destino da *lex commissoria* dependia do inadimplemento do preço, ao explicarem em essência o funcionamento dessas cláusulas não deixam de

⁵⁵² B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 327.

⁵⁵³ Para B.B.QUEIROZ DE MORAES, essa argumentação carece de amparo das fontes.

⁵⁵⁴ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 623.

⁵⁵⁵ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 637.

⁵⁵⁶ R. M. MORALES, *El pacto comissório: uno solo y sin declaración judicial*, In *Revista de Derecho Privado*, nº 42, 2022.

sublinhar que o cumprimento de tais condições é o pressuposto⁵⁵⁷ para que o vendedor possa exercer as faculdades previstas pelas cláusulas⁵⁵⁸.

Ou seja, a resolução da compra e venda não operava automaticamente. Por isso, no caso da *emptio pura quae sub condicione resolvitur*, quando verificado o evento assinalado na condição (inadimplemento ou melhor oferta), o contrato de compra e venda continuaria eficaz, a não ser que o vendedor escolhesse a resolução⁵⁵⁹.

Consta dos fragmentos⁵⁶⁰ que se ocupam da matéria, que a verificação do evento fazia cessar os efeitos do ato, apenas se o vendedor assim desejasse. Por isso, E. NICOSIA⁵⁶¹ sustenta que a venda é pura, perfeita e produz imediatamente os efeitos esperados, visto tratar-se de contrato consensual, sendo que a esta se adiciona um pacto de resolução suspensivamente condicionado.

Quando há o cumprimento do evento assinalado na condição, cabe ao vendedor decidir sobre utilizar ou não o pacto de resolução entabulado a seu favor. Para a autora⁵⁶²,

⁵⁵⁷ E. NICOSIA, (*La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, pp. 637/638) salienta que o destino da venda depende da vontade do vendedor, a este se remete a possibilidade de rescindir a venda somente depois e sempre que uma melhor condicio seja proposta ou que o preço não tenha sido adimplido. E é este papel desenvolvido pela vontade do vendedor que não foi devidamente analisado pela doutrina tradicional. Segundo a autora, os juristas não duvidam sobre o feito que, em uma venda com *in diem addictio* o vendedor também pode deixar de aceitar a melhor oferta sucessiva e optar por continuar fazendo valer a primeira venda, renunciando a concluir a segunda, ainda que seja mais vantajosa. Da mesma forma, indene de dúvidas que o vendedor, em uma venda com *lex commissoria* quando não tenha sido adimplido o preço possa atuar para obter o cumprimento por parte do comprador, antes de rescindir a venda. A autora defende que essa ideia pode ser comprovada pelos textos que se ocupam de tais cláusulas: (In diem addictio) D. 18, 2, 9 (Ulp. 28 ad. Sab.): ... *licere venditori meliorem condicionem olatam abicere sequique primam quasi meliorem...D. 18, 2, 14, 2 (Paul. 5 ad. Sab):... ea melior intellegitur quam venditor comprobavit, cui licuit non addicere...* (Lex commissoria) D. 18, 3, 3 (Ulp. 30 ad ed.): *Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.* D. 18, 3, 4, 2 (Ulp. 32 ad ed.): ... *statim atque comissa lex est stature venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere na potius pretium petere...*

⁵⁵⁸ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 637.

⁵⁵⁹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 640.

⁵⁶⁰ Para E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 641) o testemunho é oferecido também pelo fragmento D. 18, 3, 2 (Pomp. 35 ad. Sab) Pompônio, a propósito da venda com *lex commissoria* explica como o acordo *si ad diem* é interpretado o sentido de que a venda se rescindirá somente se essa for a vontade do vendedor, dado que a cláusula está estabelecida a seu favor. E acrescenta que não pode ser interpretado de maneira distinta, pois se deixaria ao comprador a possibilidade de decidir (*potestas*) o destino da venda, simplesmente não adimplindo o preço. Caso se tratasse de condição resolutiva, a falta de pagamento levaria a imediata resolução da venda. E é essa consequência que Pompônio exclui: ainda quando se verifique o evento, a venda somente será resolvida se estar for a vontade do devedor.

⁵⁶¹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 640.

⁵⁶² E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 623.

portanto, não pairavam dúvidas que a compra e venda era resolvida sob condição (*sub condicione resolvitur*).

Diante desse contexto, o entendimento de B. ALBANESE⁵⁶³, adotado por esse trabalho é o de que o resultado obtido com a adição do pacto resolutivo não era equivalente aos negócios jurídicos condicionais (*ad condicionem*) ou a termo.

Afinal, com a cláusula condicional havia o imediato reestabelecimento da situação pré-existente ao negócio jurídico, enquanto com o negócio de resolução adjunta (*lex commissoria*), inaugurava-se a possibilidade de se compelir o comprador ao cumprimento da obrigação⁵⁶⁴.

Para esclarecer a matéria, E. NICOSIA⁵⁶⁵ propôs o exame dos fragmentos em que se verifica o emprego da expressão *ad condicionem* para averiguar como funcionava em concreto tais negócios jurídicos e constatar se o efeito resolutivo descrito nas fontes com a expressão *pura emptio, quae sub condicione resolvitur* se encontra conectada ao funcionamento da condição resolutiva (*ad condicionem*), ou se se tratam de negócios jurídicos distintos.

De acordo com a autora, os fragmentos⁵⁶⁶ que mencionam os atos *ad condicionem* são em número limitado e são extraídos de obras pertencentes a vários juristas: ULPIANO, PAULO, PAPINIANO, além das referências à condição resolutiva em LABEÃO, JAVOLENO e TRIFONINO⁵⁶⁷.

Em D. 26, 1, 14, 5 (Ulp. 37 ad Sab), tem-se:

⁵⁶³ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 327.

⁵⁶⁴ Trata-se, portanto, de direito potestativo do vendedor.

⁵⁶⁵ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 624.

⁵⁶⁶ Segundo a autora, (E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 625) na maior parte dos fragmentos se contrapõe ao ato *sub condicione* o ato *ad condicionem*. Existe, portanto, uma clara consciência dos juristas a respeito da identificação da condição e do diferente funcionamento sobre os efeitos do ato que a condição produz, segundo seja suspensiva ou resolutiva.

⁵⁶⁷ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 625.

*Sed et si ad certam condicione
datus sit, aequaevenit ut desinat
esse tutor existente condicione.*

*Mesmo que se tenha sido
nomeado sob certa condição,
deixa de ser guardião quando a
condição é cumprida.*

No fragmento⁵⁶⁸, observa-se que ULPIANO aborda a hipótese em que a nomeação do tutor foi disposta *ad condicionem* pelo testador. O adjetivo “*certa*” que acompanha o substantivo *condicio* (*certam condicione*) significa determinada: o jurista pretende afirmar que o tutor é assim considerado até que se cumpra o evento específico assinalado na condição, sendo incerta a verificação fática do evento assinalado na condição⁵⁶⁹.

Na hipótese em que há cumprimento da *condicio*, o tutor deixará de sê-lo (*ut desinat esse tutor*)⁵⁷⁰.

No caso de condição resolutiva, os efeitos do ato serão produzidos quando verificado o evento assinalado na condição. E, por conseguinte, o tutor deixará de sê-lo quando a condição for cumprida: a condição atua de forma automática e imediata sobre os efeitos do ato⁵⁷¹.

Ainda em matéria de *datio tutoris* outros fragmentos devem ser considerados:

D. 26, 2, 8, 2 (*Ulp. 24 ad Sab*):

⁵⁶⁸ Na parte do fragmento que precede este parágrafo, ULPIANO se ocupava de outras hipóteses da tutela, do mesmo modo que nesta passagem: *aequaevenit*. Nesse sentido, E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 625.

⁵⁶⁹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 625.

⁵⁷⁰ De acordo com E. NICOSIA (*La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 625), a terminologia utilizada por ULPIANO é a técnica que aparece também em matéria de condição suspensiva.

⁵⁷¹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 625.

Tutorem autem et a certo tempore dare et usque ad certum tempus licet et sub condicione et usque ad condicionem.

É possível nomear o tutor tanto a partir de um determinado momento, como até um determinado momento, tanto sob condição, como até que ocorra uma condição.

Nesse caso, ULPIANO contrapõe a hipótese do tutor a “*tempore datu*” ao tutor “*ad tempus*” e sucessivamente contrapõe a hipótese do tutor “*sub condicione*” à hipótese do tutor “*ad condicionem datus*”.

No fragmento, o jurista não apenas contrapõe a condição resolutiva à condição suspensiva, recorrendo a uma utilização consciente da terminologia técnica, mas insere essa distinção em uma visão mais ampla que se refere às espécies de termo⁵⁷²: termo inicial e final, abstratamente aplicáveis aos negócios⁵⁷³.

A oposição da nomeação *sub condicione* da *ad condicionem* é expressa e as diferenças entre os dois se refere aos efeitos irradiados. A nomeação do tutor *ad condicionem* importa na cessação dos efeitos da nomeação caso verificado o evento assinalado na condição.

D. 26, 10, 3, 7 (Ulp. 35 ad ed.):

⁵⁷² Para E. NICOSIA (*La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p.620), três diferentes modalidades acessórias de manifestação de vontade podiam ser incorporadas aos atos jurídicos: o termo (*dies*), a condição (*condicio*) e somente em certos atos, o *modus*. Conforme já mencionado, A. GUARINO (*Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976, pp. 370/372) bem salienta que o termo estabelecia que a eficácia total ou parcial do negócio jurídico dependia de uma circunstância futura, mas certa (certa quanto à sua ocorrência, não quanto ao momento em que fosse verificada). Como exemplo: a morte. Ocorre que nem todos os negócios jurídicos estavam sujeitos à cláusula condicional, pois alguns negócios, tais quais os *actus legitimi*, eram nulos caso acompanhados de termo ou condição. A linguagem empregada nas fontes não era clara. Em termos gerais, era utilizado *dies a quo* para indicar o termo inicial e *dies ad quem* para indicar o termo final. Sobre a incidência do termo e a manifestação de vontade, A. VON TUHR, (*Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. Roces, tomo II Madri, Reus, 1934, p. 229) informa que muitas vezes é necessário interpretar a vontade das partes para saber se a condição foi cumprida ou frustrada, pois em matéria de condições frequentemente as partes se expressam por meio de termos imprecisos ou não dão conta do alcance de suas palavras, por meio do qual a interpretação literal do pactuado não se ajustaria à vontade real dos contratantes. Assim, se no contrato não é assinalado um termo para o cumprimento ou frustração da condição, interpretando a vontade das partes, se deduz não poucas vezes a necessidade de fixar um prazo prudente, dentro do qual há de se produzir ou não o evento assinalado.

⁵⁷³ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, pp. 626/627.

... si proponas aliquem desisse esse tutorem et rursus coepisse (ut puta usque ad tempus vel ad condicionem erat datus, deinde iterum vel superveniente condicione testamentaria vel etiam a praetore datus est) ..

... mesmo que suponha que alguém deixou de ser tutor, e depois voltou a ser tutor (por exemplo, se foi nomeado até o término de um mandato, ou mediante a ocorrência de uma condição, então foi nomeado novamente, tendo depois de verificada uma condição testamentária, ou mesmo pelo pretor)...

Também nesse texto de ULPIANO, não só há distinção entre os dois tipos de condição, recorrendo-se ao emprego da terminologia específica “*ad condicionem*”, mas se menciona distinção relativa ao termo.

No fragmento, ULPIANO investiga a hipótese daquele que deixa de ser tutor e depois volta a sê-lo. Em primeiro lugar, coloca o exemplo do tutor “*ad condicionem datus*”, que deixa de ser o tutor mediante o cumprimento da condição, e que sucessivamente volta a ser tutor (“*rursus coepisse*”) “*superveniente condicione*”, ou seja, quando se cumpre uma condição a que estava subordinada a sua nomeação⁵⁷⁴.

Nesse caso, ULPIANO distingue claramente a condição resolutiva e a condição suspensiva, pois explicita que com o cumprimento da condição resolutiva, opera-se o efeito automático e o tutor deixa de ser assim considerado (“*desisse esse tutorem*”). Mas não apenas: ULPIANO aproxima, com cautela, o termo final à condição resolutiva.

Com efeito, não há dúvidas de que a finalização do exercício de tutor pode ser deslocada a um momento sucessivo e que tal cessação pode estar relacionada à ocorrência de um evento certo (vencimento do prazo) ou a um evento incerto (eventual ocorrência do evento assinalado na condição resolutiva). Em todo caso, o efeito será sempre o mesmo: o tutor deixará de ser assim considerado⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 628.

⁵⁷⁵ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018, p. 628.

Dos três fragmentos acima mencionados extrai-se que o ato de “*dare tutorem*” pode ser submetido às cláusulas acidentais (termo final e condição resolutiva).

E, para tanto, ULPIANO se vale de algumas considerações: (i) a primeira se refere ao fato de ULPIANO colocar o termo inicial/condição suspensiva e o termo final/condição resolutiva no mesmo patamar; (ii) em segundo lugar, o jurista afirma que o cargo de tutor cessa (“*ut desinat esse tutor existenza condicione*”, “*desisse esse tutorem*”). Os efeitos da tutela não são reconhecidos apenas como exceção, mas dizem respeito tanto às obrigações do tutor para com o pupilo quanto à sua posição perante terceiros⁵⁷⁶.

Exemplo concreto de condição resolutiva acrescida à nomeação de tutor pode ser observada, mais uma vez, na passagem de TRIFONINO:

D. 27, 1, 45, 1 (*Tryphon. 13 disput.*):

Sed si ita scriptum in testamento fuit: ‘Titus tutor esto: cum rei publicae causa aberit, tutor ne esto: cum redierit, tutor esto’...

Mas, se no testamento estiver escrito assim: «Tício é tutor; quando se ausenta por interesse da república, deixa de ser tutor; quando volta, ele (Tício) é tutor <novamente> ”

Também TRIFONINO proporciona o exemplo de uma dupla *datio tutoris* atribuída à mesma pessoa. Para a primeira *datio* se introduz uma condição resolutiva e para a segunda uma condição suspensiva: no primeiro caso, a cessação da tutela depende de um evento incerto - a ausência de *rei publicae causa* - já no segundo, a recuperação da posição de tutor depende de outro evento igualmente incerto, concernente ao retorno à situação anterior (cessação da função *rei publicae causa*)⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), *Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II*, Napoli, 2018, p. 28.

⁵⁷⁷ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, pp. 628/629.

Nessa passagem, é possível observar que, ao produzir o evento assinalado na condição resolutiva – a ausência de *rei publicae causa* – o tutor nomeado cessa imediatamente a sua função.

Também, por outra parte, ao produzir-se o evento estabelecido na condição suspensiva – a finalização da função pública – automaticamente há o retorno à condição de tutor⁵⁷⁸.

Apesar de ausente o emprego literal da *condicio* no fragmento acima reproduzido, seu uso decorre dos efeitos alcançados. A cessação dos efeitos e/ou se início dependem da verificação de um elemento: a ausência ou presença da *rei publicae causa*.

A condição resolutiva em uma disposição de última vontade também pode ser extraída de:

D. 29, 1, 15, 4 (*Ulp. 45 ad ed.*):

*Miles et ad tempus heredem
facere potest et alium post tempus
vele ex condicione vel in
condicionem*

*O militar também pode instituir
um herdeiro até um mandato e
outro após esse mandato, ou a
partir do cumprimento de uma
condição <suspensiva> ou até
aquela de uma condição
<resolutiva>.*

As disposições contidas no testamento militar gozavam de um tratamento especial, dado que se consideravam válidas também nas hipóteses em que se seguia as regras ordinárias e não as aplicáveis especificamente ao testamento militar⁵⁷⁹.

Como explica ULPIANO, ao militar se permitia introduzir um termo final e um termo inicial à instituição de herdeiro ou também uma condição suspensiva e uma condição resolutiva.

⁵⁷⁸ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 629.

⁵⁷⁹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 629.

Ao militar se permitia dispor que alguém fosse seu herdeiro até um dado momento, a partir do qual se alterava o herdeiro. Igualmente, era possível que alguém fosse herdeiro até a verificação do evento estabelecido na condição resolutiva e que outro o fosse a partir do cumprimento do evento assinalado na condição suspensiva⁵⁸⁰.

ULPIANO emprega as partículas “*in*” e “*ex*” para indicar respectivamente a condição resolutiva e a condição suspensiva, além de explanar as espécies de termos e condições, criando uma vez mais, um paralelo entre o termo final e a condição resolutiva e o termo inicial e a condição suspensiva⁵⁸¹.

A respeito de algumas disposições referidas (disposições de última vontade, e, em particular a *datio tutoris*), não existiam dúvidas que pudessem ser estabelecidas “*ad condicionem*”. Entretanto, a expressão “*ad condicionem*” aparece também em um âmbito distinto.

Interpretação mais complexa, é a passagem relativa ao estabelecimento da servidão (D. 8.1.4 pr.), em que PAPINIANO contrasta a transação concluída “*sub condicione*” à concluída “*ad condicionem*”, utilizando-se, para tanto, das expressões “*ex tempore*” e “*ad tempus*”⁵⁸²:

D. 8, 1, 4, pr (Pap. 7 *quaest*):

⁵⁸⁰ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 630.

⁵⁸¹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 630.

⁵⁸² C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), *Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II*, Napoli, 2018, p. 28.

Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia “quamdiu volam”) constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere”

As servidões, a rigor, não podem ser constituídas nem a partir de um prazo nem até um prazo, nem sob condição (suspensiva) ou até o cumprimento de uma condição específica (por exemplo, “o tempo que eu quiser”); mas, no entanto, se esses <elementos> forem adicionados, com exceção do pacto ou dolo, auxilia aqueles que alegam servidão em contrário ao acordo. Cássio relatou que Sabino também havia respondido assim e que isso também lhe parecia bom.

No fragmento, PAPINIANO afasta a possibilidade de se instituir uma servidão no solo “*ad condicionem*” – também aqui, como na passagem atribuída à ULPIANO, o adjetivo “*certa*” que acompanha o substantivo *condicio*⁵⁸³ tem o significado de determinada – e implanta a dúvida relativa à possibilidade de se extinguir o direito de servidão mediante a verificação do evento assinalado na condição⁵⁸⁴.

A complexidade da interpretação é atribuída ao contraste criado por duas partes do fragmento: se “*ipso quidem iure*” é negada a possibilidade de afixação de termo ou condição para o estabelecimento de servidões – provavelmente porque tinha de ocorrer mediante a “*mancipatio*” ou “*in iure cessio*” –, é então reconhecido pelo “*ius honorarium*” uma “*exceptio pacti vel per doli*” contra aquele que realiza a “*vindicatio*”⁵⁸⁵.

⁵⁸³ *Condicio*, sendo incerto se tal evento ocorrerá ou não, ou, mas em geral, com qualquer cláusula que possa limitar sua duração.

⁵⁸⁴ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 630.

⁵⁸⁵ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), *Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II*, Napoli, 2018, p. 28.

A conclusão obtida é a de que não se pode acrescentar termo final, condição suspensiva ou resolutiva à servidão. Ademais, é possível extrair que no período clássico, o *ius civile* já havia reconhecido a condição resolutiva (assim como o termo final) e o indicou com um termo técnico (“*ad condicionem*”) diferenciando-o da condição suspensiva⁵⁸⁶.

Também pode ser observada que a possibilidade de submeter certos tipos de negócios jurídicos às cláusulas acidentais dependia unicamente da relação jurídica que se pretendia criar.

Com isso, parece não ter sido possível – pelo menos inicialmente – a transferência de uma servidão “*ad condicionem*”. Entretanto, parecia possível reconhecer um “*datio tutoris ad condicionem*” e uma “*deductio ususfructus ad condicionem*”, ainda que a “*deductio*” fosse inserida em uma “*mancipatio*”, em virtude do seu caráter essencialmente temporal⁵⁸⁷.

A propósito da “*deductio ususfructus*” em uma “*mancipatio*” ou em uma “*in iure cessio*”, PAULO em Vat. Fr. 50 (Paul. 1 *man*)⁵⁸⁸, expõe como duvidosa a possibilidade de a ela se adicionar as espécies de termo e de condição.

Também nesse fragmento se observa a formação das cláusulas que potencialmente poderiam ser acrescentadas aos negócios jurídicos⁵⁸⁹, sendo que o jurisconsulto utiliza, de forma consciente, a terminologia técnica idônea para indicar a condição resolutiva (“*ad condicionem*”) em contraposição à condição suspensiva.

A esse respeito, deve-se advertir que PAULO utilizou a partícula *ex* - menos usual, que a mais difundida partícula *sub*, mas ainda recorrente nas fontes⁵⁹⁰ - para introduzir a condição suspensiva.

⁵⁸⁶ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), *Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II*, Napoli, 2018, p. 32.

⁵⁸⁷ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), *Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II*, Napoli, 2018, p. 32.

⁵⁸⁸ *In mancipatione vel in iure cessione na deduzi possit vele ex tempore vel ad tempus vel ex condicione vel ad condicionem, dubium est...*

⁵⁸⁹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 632.

⁵⁹⁰ Já observado em D. 29, 1, 15, 4.

Em outros atos que não a *mancipatio* ou a *in iure cessio*⁵⁹¹, as condições não produziam nulidades, mas eram consideradas improdutivas de efeitos jurídicos ao *ius civile*. Com isso, a referência à vontade das partes, ao fim a que visavam, teria sido considerada inútil⁵⁹².

Aos poucos, os SABINIANOS passaram a atribuir importante relevância para a vontade das partes, em oposição aos princípios rígidos do *ius civile*. Nesse contexto se insere a limitação de tempo acrescida à servidão predial no fragmento acima analisado⁵⁹³.

Conforme se observa em D. 8, 1, 4, pr (Pap. 7 *quaest*), em um primeiro momento se nega validade ao ato (“*neque ex tempore neque ad tempus... constitui potest*”) para a *mancipatio* ou *in iure cessio*, e se limita a eficácia estabelecida por meio da *pactio et stipulatio*⁵⁹⁴.

Entretanto, em sua conclusão, PAPINIANO estabelece que: “*no entanto, se esses forem acrescentados, será entendido como um acordo ou exceção, contra a alegação de servidão*”.

Também se apresenta em PAPINIANO a terminologia específica para indicar os dois tipos de termo (inicial e final) e os dois tipos de condição (resolutiva e suspensiva).

Referindo-se à condição resolutiva, o jurista fala da *servitus ad condicionem* em contraposição à *condicio servitus sub condicione*, de modo a demonstrar que a experiência romana não só havia elaborado a condição resolutiva - que se contrapunha à suspensiva - como também empregava a terminologia técnica a que se recorria quando os efeitos do ato durassem *ad condicionem*⁵⁹⁵.

Em D. 44, 7, 44, 2 (Paul. 74 *ad ed. Praet.*⁵⁹⁶), o tema do fragmento se refere primordialmente à distinção entre o termo inicial (“*ex die*”) e o termo final (“*in diem*”).

⁵⁹¹ Nesse sentido, S. RICCOBONO (*Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giufrè, 1935, p. 288) enfatiza a existência de atos (*mancipatio* e *in iure cessio*) que não permitiam condições nem termos, de modo que, esses elementos adicionados às fórmulas teriam tornado o ato nulo e sem efeito.

⁵⁹² S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giufrè, 1935, p. 288.

⁵⁹³ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giufrè, 1935, p. 288.

⁵⁹⁴ S. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano – Stipulationes contractus pacta*, Milano, Giufrè, 1935, p. 290.

⁵⁹⁵ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 631.

⁵⁹⁶ “*Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die veluti “kalendis Martiis dare spondes?” cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem “usque ad kalendas dare spondes?” placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam*

Após tratar a eficácia do negócio sujeito a prazo, PAULO analisou o problema da eficácia do negócio sujeito à condição⁵⁹⁷.

Surpreende a natureza do termo final: depois de ter esclarecido que a investigação a ser realizada sobre os óbitos deve se basear em via dupla (*“circa diem duplex inspectio est”*) o jurista sublinha que, já que as formas de extinguir os vínculos são típicas (*“nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi”*), a obrigação não pode ser estabelecida no tempo, assim como não é possível estabelecer um legado no tempo (*<placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum>*)⁵⁹⁸.

O período subsequente esclarece que o estipulante, obrigado a cumprir a obrigação quando expirado o prazo, tem direito a uma *“exceptio pacti”* ou a uma *“exceptio doli mali”* (*“plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoverti poterit”*)⁵⁹⁹.

Segundo PAULO, para que a condição seja eficaz é necessário que ela mesma introduza *“in constituenda obligatione”* e não *“post perfectam eam”*. Apresenta, em seguida, o exemplo de uma *stipulatio*, a qual tenha sido acrescida a condição *“nisi navis ex Asia venerit?”*⁶⁰⁰.

As circunstâncias a serem observadas, portanto, residem no fato de que (a) o termo apresenta estrutura diferenciada, a depender dos efeitos gerados pela sua inserção no negócio jurídico; (b) assim como na condição resolutiva, a verificação do evento ou o prazo final assinalado determina os efeitos na obrigação e não no próprio ato; (c) tais efeitos não são diretos e ensejam a extinção da obrigação; (d) apesar de tudo, PAULO não hesita em chamar o prazo final de termo (e) o obstáculo à configuração de um termo final

legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoverti poterit. Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret”.

⁵⁹⁷ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 24.

⁵⁹⁸ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 25.

⁵⁹⁹ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 25.

⁶⁰⁰ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, pp. 634/635.

(e também de uma condição resolutiva) como inerente ao ato e operando a partir dele se dá pela tipicidade das formas de extinção das obrigações decorrentes de um negócio jurídico verbal.

Por isso, E. NICOSIA⁶⁰¹ conclui que a mencionada condição exemplificada por PAULO (“*nisi navis ex Asia venerit?*”), como reconhecido pela doutrina, é uma condição resolutiva, enquanto M. TALAMANCA⁶⁰² sem adentrar nos efeitos resolutivos ou suspensivos se limita a afirmar que o fragmento é exemplificativo da condição positiva⁶⁰³, que ocorre quando se considera a efetiva ocorrência de um fato: “*si navis ex Asia venerit*”.

A reflexão originada de *D. 44, 7, 44, 2 (Paul. 74 ad ed. Praet.)*, no entanto, refere-se à *stipulatio* e deve ser limitada a esta área, pois as fontes parecem testemunhar que os termos “*dies*” e “*condicio*” serviram para indicar as cláusulas iniciais/suspensivas e finais/resolutivas, com efeitos de inaugurar ou encerrar os vínculos advindos das relações jurídicas obrigacionais⁶⁰⁴.

Outra conclusão obtida⁶⁰⁵ é a de que os juristas romanos efetivamente elaboraram uma condição resolutiva, ou seja, conceberam a possibilidade de que um negócio jurídico deixe automaticamente de produzir os efeitos quando o evento estabelecido na condição fosse verificado⁶⁰⁶.

Ademais, os textos informam a utilização de uma terminologia específica em contraposição à terminologia utilizada para a condição suspensiva⁶⁰⁷.

⁶⁰¹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, pp. 634/635.

⁶⁰² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249.

⁶⁰³ Para M. TALAMANCA, (*Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 249), a condição vincula a eficácia do negócio jurídico a ocorrência de um fato futuro e incerto: as partes querem proceder imediatamente à fixação de determinado regulamento específico de interesses, destinado, porém, a ter eficácia – ou eficácia definitiva – somente se ocorrer um determinado evento futuro e incerto. Deste ponto de vista, as condições são divididas em positivas e negativas.

⁶⁰⁴ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), *Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II*, Napoli, 2018, p. 26.

⁶⁰⁵ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 635.

⁶⁰⁶ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 635.

⁶⁰⁷ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 635.

8.4 A “*emptio pura quae sub condicione resolvitur*”: o pacto de resolução suspensivamente condicionado acrescido à compra e venda pura

Tradicionalmente foi transferida a informação de que o direito romano reconhecia apenas a condição suspensiva como um mecanismo que operava internamente ao ato, enquanto a condição resolutiva representava uma condição suspensiva afixada a um pacto⁶⁰⁸.

Entretanto, conforme já esclarecido, o negócio jurídico *emptio pura quae sub condicione resolvitur* representava, em verdade, uma compra e venda pura a qual era adicionado o pacto de resolução.

Para que o pacto de resolução irradiasse seus efeitos, era necessário o cumprimento de um pressuposto: o inadimplemento do comprador.

Conforme já analisado, a “*condicio*” era termo polissêmico⁶⁰⁹. E, apesar de no início não ter sido compreendida com efeitos resolutivos, mas tão somente suspensivos⁶¹⁰, com o desenvolvimento da experiência romana foi construído instituto jurídico que alcançava efeitos semelhantes à condição resolutiva, principalmente nos contratos consensuais tutelados pelas “*actiones bonae fidei*”⁶¹¹.

Diante da forte assimilação, pelos juristas, de que a “*condicio*” representava apenas a condição suspensiva, os juriconsultos passaram a descrever a estrutura da condição resolutiva (*ad condicionem*), criando, para tanto, novas estruturas⁶¹².

Por isso, é provável que a “*condicio*” - já no período clássico - indicasse tanto a condição suspensiva quanto a resolutiva na linguagem corrente⁶¹³.

⁶⁰⁸ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 13.

⁶⁰⁹ Nesse sentido, G. G. ARCHI, *Condizione*, *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano: Giuffrè, 1961, p. 34.

⁶¹⁰ Em se considerando a dificuldade já mencionada em se considerar a compra e venda a prazo e a propriedade resolúvel.

⁶¹¹ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 623.

⁶¹² V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 405

⁶¹³ B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 79. No mesmo sentido, C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 13.

Para B. B. QUEIROZ DE MORAES⁶¹⁴, diante desse contexto é sugestivo que o termo *condicio* pudesse ser sinônimo de “*pactum adiectum*” ou de “*lex dicta*”, e, tal amplitude do termo justificaria a existência dos três fragmentos apontados como inovadores na concepção da condição com efeitos resolutivos.

Os fragmentos do Digesto Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 3; Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 2, 2, pr; Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18,3 1 empregam a expressão “*emptio sub condicione resolvitur*”, e, o fato de ULPIANO contrapor as expressões “*emptio pura*” e “*emptio condicionalis*” em D. 18, 2,2, pr. não significa que no primeiro caso (“*emptio pura*”) não houvesse um negócio jurídico resolutivamente condicionado, mas que no segundo caso (“*emptio condicionalis*”) havia a delimitação técnica do que se chamava de “*condicio*”⁶¹⁵.

Reafirma-se a tese segundo a qual a condição resolutiva, já no final do período clássico, era aceita por alguns jurisconsultos, mormente por JULIANO, responsável pelas ideias que influenciaram o desenvolvimento posterior da experiência jurídica romana.

Entretanto, E. NICOSIA⁶¹⁶ acredita, que, apesar das semelhanças havidas, um primeiro argumento que indica que a expressão “*emptio pura quae sub condicione resolvitur*” não se referia ao contrato de compra e venda no qual se acrescenta uma condição resolutiva se fundamenta propriamente no dado terminológico: os juristas haviam elaborado uma terminologia técnica e específica para indicar a condição resolutiva: *ad condicionem*.

A autora⁶¹⁷ enfatiza ser incontestável que a expressão “*emptio pura quae sub condicione resolvitur*” tenha sido utilizada pelos mesmos juristas que abordam os negócios jurídicos “*ad condicionem*” e, em algumas ocasiões, no interior da mesma obra, motivo pelo qual sustenta a diferença entre ambos os institutos.

Apesar de E. NICOSIA⁶¹⁸ sustentar a tese de que os negócios “*ad condicionem*” eram distintos dos negócios jurídicos puros aos quais era acrescido um pacto de resolução,

⁶¹⁴ B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 79.

⁶¹⁵ B. B. QUEIROZ DE MORAES (*Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 80.

⁶¹⁶ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 636.

⁶¹⁷ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018, p. 636.

⁶¹⁸ E. NICOSIA, *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2018.

não havendo nesse último caso uma condição resolutiva propriamente dita, a autora fundamenta a sua ideia nos ensinamentos de B. ALBANESE, autor que, apesar de defender a autonomia dos institutos, reconhece a possibilidade de atingir objetivos semelhantes mediante o emprego da compra e venda suspensivamente condicionada e da compra e venda condicional.

Para o autor⁶¹⁹, na “*emptio sub condicione resolvitur*”, assim como nos negócios “*ad condicionem*”, a compra e venda é a prazo – pagamento diferido no tempo – mas a venda só é eficaz se o pagamento do preço tiver sido integralmente efetuado em um prazo determinado.

Logo, a conclusão obtida é a de que apesar da existência dos negócios jurídicos “*ad condicionem*”, de modo a evidenciar a construção romana da condição resolutiva, conforme amplamente demonstrado nos fragmentos do Digesto, os efeitos obtidos eram os mesmos daqueles gerados por meio do pacto suspensivamente condicionado adicionado à compra e venda pura.

A diferença, entretanto, entre os negócios “*ad condicionem*” propriamente ditos e a “*emptio sub condicione resolvitur*” reside no momento que as estruturas operam a sua eficácia.

Sobre o tema, A. D’ORS⁶²⁰ ao analisar a *in diem addictio* aponta que a eficácia da melhor oferta oferecida por terceiro depende de expressa aceitação do vendedor, ou seja, a cláusula *in diem addicito* não opera efeito *ipso iure*, na medida em que a celebração do negócio jurídico com terceiro que ofertou melhor proposta depende da sua concordância.

O mesmo ocorre com a *lex commissoria*, pois, ainda que seja verificado o inadimplemento do comprador dentro do prazo estabelecido, o devedor poderá escolher entre o exercício da *actio venditi* ou a resolução do negócio jurídico.

9. Os efeitos contratuais operados pela *lex commissoria*

⁶¹⁹ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 332.

⁶²⁰ A. D’ORS, *In diem addicition (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in AHDE, 16, (1945), p. 277.

Observa-se da passagem de Nerácio (*Ner. 5 membr., D. 18,3,5*) que o jurisconsulto já admitia que à compra e venda fosse acrescentado um pacto de resolução suspensivamente condicionado.

Neratius libro quinto membranarum, D. 18, 3, 5:

Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

Vendido um terreno com uma lex dicta <sob a condição de> que, se dentro de certo tempo não se tenha pago o preço, se considerará não comprada a coisa, com relação ao frutos, que entretanto tivesse percebido o comprador, deve-se entender que se tratou disso, que o comprador os percebesse entretanto para si e por seu próprio direito: porém se tivesse devolvido o terreno, entedia Aristão que ao vendedor se deve dar uma ação em relação a eles <os frutos> contra o seu comprador, porque não deve ficar em seu poder nada por força da coisa em relação a qual tivesse faltado boa-fé.

Entretanto, em que pese tal interpretação acerca da *condicio*, de modo a aproximá-la da *lex commissoria*⁶²¹, PAULO, ao citar Sabino, questiona-se sobre a natureza

⁶²¹ Qualquer que seja a sua natureza jurídica: se condição suspensiva ou pacto de resolução suspensivamente condicionado ao negócio jurídico puro.

jurídica da *lex commissoria*: *condicio* ou *conventio* (pacto de resolução) aplicada aos negócios jurídicos.

A posição que aqui se adota é a de que a *lex commissoria* era efetivo pacto de resolução acrescido aos negócios jurídicos (*conventio*), pois, conforme se verá a seguir, com o pacto comissório se inaugurava ao devedor uma escolha: a de resolver o negócio jurídico, com o retorno ao *status quo ante*⁶²² ou manter a eficácia do negócio jurídico celebrado, compelindo o comprador ao pagamento integral do preço.

Outros fragmentos confirmam a natureza convencional da *lex commissoria*:

Paulus *libro quinquagesimo quarto ad edictum*, D. 41, 4, 2, 3:

Sabinus, si sic empta sit, ut, nisi pecúnia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecúnia. Sed videamus, utrum condicio sit hoc, an conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.

Sabino diz que se foi comprada <uma coisa>, de modo que se entendesse como não comprada se o preço não fosse pago dentro de um certo prazo, não a usucapirá, a não ser que se tenha pago o preço. Porém vejamos se isso é uma condição ou uma convenção: se é uma convenção, de preferência será resolvida à implementada.

No fragmento acima reproduzido, PAULO se refere à possibilidade de usucapião da coisa após a conclusão de uma compra e venda com *lex commissoria*, esclarecendo que a questão está intimamente relacionada à estrutura da cláusula contratual: se fosse considerada uma condição suspensiva da obrigação do vendedor, então a coisa poderia ser usada após o pagamento da última parcela, caso o evento assinalado não fosse verificado.

⁶²² Decorre dos efeitos *ex tunc* do negócio jurídico, conforme reconhecido por G. G. ARCHI (*La restituzione dei frutti nelle vendi-te com in diem addictio e com lex commissoria*, in *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934).

Ao contrário, caso a *lex commissoria* fosse considerada um pacto adjeto aposto ao contrato de compra e venda pura, o prazo de usucapião começaria a contar a partir do aperfeiçoamento do contrato consensual⁶²³, pois se a coisa fosse considerada como não comprada – caso o preço não fosse adimplido dentro de um certo prazo -, não haveria usucapião do terreno.

SABINO é defensor da primeira conformação acima enunciada, e compreende que a compra e venda com *lex commissoria* se trata, em verdade, de uma condição suspensiva, conformando o que se denomina de *emptio condicionalis*⁶²⁴

Por esse motivo, mediante a interpretação de tal passagem atribuída a PAULO, assim como se verifica em *Paul 54 ad ed D. 41, 4, 2, 22*⁶²⁵, observa-se que a opinião de SABINO era a de que a compra e venda condicionada adquiria eficácia mediante a verificação do evento deduzido sob condição.

Essa teoria, contudo, foi afastada pela doutrina majoritária, com fundamento na construção introduzida por NERÁCIO, no século I d.C, e, posteriormente ratificada por JULIANO, por meio da qual foi possível compreender que ao negócio jurídico puro era adicionado um pacto de resolução suspensivamente condicionado⁶²⁶

Caso fosse verificada a ocorrência do evento deduzido no pacto adjunto, qual seja, o inadimplemento da obrigação, surgia a faculdade de o vendedor resolver a venda, a qual seria considerada como não celebrada⁶²⁷.

⁶²³ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 141.

⁶²⁴ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 140.

⁶²⁵ “*Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capiat. Idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. Contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum. Est tamen nonnulla diversitas, quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat condicionem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse. Quod apertius quaeri potest, si, cum defunctus emisset, heredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi, an usucapio cesset*”.

⁶²⁶ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 62.

⁶²⁷ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 62.

No mesmo sentido, F. WIEACKER⁶²⁸ concorda com os termos enunciados por PAULO, que reconhece ser a *lex commissoria* uma *conventio* adicionada a compra e venda pura, e que a tese segundo a qual a *lex commissoria* teria sido uma condição para os juristas clássicos decorria de uma incorreta interpretação do fragmento D. 18,3,1.

Observa-se em ULPIANO.

Ulpiano libro vincensimo octavo ad Sabinum, D. 18, 3, 1

Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur

Se um terreno for vendido com lex commissoria, é preferível que a compra se resolva sob condição ao invés de se considerar que a compra tenha sido celebrada sob condição.

Do fragmento acima mencionado diz ULPIANO que, se um terreno for vendido com *lex commissoria* (“*Si fundus commissoria lege venierit...*”), deve-se entender que essa compra e venda se desfaça sob condição (“*...ut sub condicione contrahi videatur*”) e não que se contraia sob condição (“*... quam sub condicione contrahi videatur*”).

Disso, observa-se que é a presença da *lex commissoria* na venda que possibilita a sua resolução sob condição. Por isso, a exemplo do que ocorre com os outros pactos adicionados a uma compra e venda pura, os efeitos do negócio jurídico são condicionados a uma convenção ou *pactum*⁶²⁹.

É difícil afirmar os motivos pelos quais a jurisprudência teria abandonado a posição sabiniana da “*emptio condicionalis*”. Entretanto, é provável que a inovação tenha se justificado em virtude da necessidade de ampliar a tutela concedida ao vendedor, pois na venda “*sub condicione*”, na qual há condição pendente, o risco do perecimento do

⁶²⁸ F. WIEACKER *apud* E. MARELLI, *Appunti in tema vi vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, in *Revista Internazionale Online*, X, (2017), pp. 9/10.

⁶²⁹ Disso, observa-se que é a presença da *lex commissoria* na venda que possibilita a sua resolução sob condição. Por isso, a exemplo do que ocorre com os outros pactos adicionados a uma compra e venda pura, os efeitos do negócio jurídico são condicionados a uma convenção ou *pactum*.

bem objeto da compra e venda continua a gravar o vendedor, o qual se submete ao risco de o comprador frustrar a venda, tornando-se inadimplente⁶³⁰.

Considerar a *lex commissoria* como indicativa de uma condição suspensiva significa conceder ao comprador a possibilidade de decidir sobre a validade do contrato, entretanto, as fontes reconhecem a *lex commissoria* como cláusula de interesse somente do vendedor⁶³¹.

A escolha de ULPIANO, na adoção da *lex commissoria* como *conventio* se deve ao fato de que o *pactum sub condicione* melhor se adapta ao objetivo de reforçar a posição do vendedor, que, verificando o inadimplemento, pode se utilizar da *actio venditi*⁶³² para compelir o comprador a executar a sua obrigação, ou ainda pode escolher pela resolução do negócio jurídico⁶³³.

E justamente porque a resolução do contrato não ocorre *ipso iure*, dependendo, portanto, da expressa manifestação do vendedor que a *lex commissoria* se afasta da estrutura característica da *condicio*⁶³⁴.

Soma-se a isso uma passagem de POMPÔNIO (Pomp. 35 ad Sab., D. 18, 3, 2), em que se verifica que o risco de perecimento da coisa recai sobre o comprador, fato esse que impossibilita conciliar a *lex commissoria* como condição suspensiva⁶³⁵:

⁶³⁰ E. MARELLI, *Appunti in tema vi vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato. Revista Internazionale Online*, X, (2017), pp. 7/8.

⁶³¹ E. MARELLI, *Appunti in tema vi vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato. Revista Internazionale Online*, X, (2017), p. 8.

⁶³² A questão relativa à ação a ser empregada para a resolução da venda é controvertida, pois se discute o emprego da *rei vindicatio* nos casos em que a propriedade houver sido transferida.

⁶³³ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 143.

⁶³⁴ A. D'ORS, (*In diem addiction (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*), in *AHDE*, 16, (1945), p. 277) ao analisar a *in diem addictio* aponta que a eficácia da melhor oferta oferecida por terceiro depende de expressa aceitação do vendedor, ou seja, a cláusula *in diem addicito* não opera efeito *ipso iure*, na medida em que a celebração do negócio jurídico com terceiro que ofertou melhor proposta depende da sua concordância. O mesmo ocorre com a *lex commissoria*, pois, ainda que seja verificado o inadimplemento do comprador dentro do prazo estabelecido, o devedor poderá escolher entre o exercício da *actio venditi* ou a resolução do negócio jurídico.

⁶³⁵ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 143.

Cum venditor fundi in lege ita caverit: “si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret funduum, qui eius periculo fuisset

Quando o vendedor de um terreno, em uma cláusula, assim tiver expressado: ‘caso o preço não tenha sido pago no prazo, o terreno será considerado não comprado’, desse modo, deve-se considerar não comprado o terreno se o vendedor quiser que o terreno se considere não comprado, porque tal cláusula se expressaria em benefício do vendedor. De fato, se diversamente se entendesse destruída pelo fogo uma casa de campo, estaria na faculdade do comprador, não entregando o preço, considerar não comprado o terreno, que teria estado a seu risco.

Conforme se verifica do fragmento acima reproduzido, POMPÔNIO aborda dois principais tópicos relativos à matéria: o estabelecimento da *lex commissoria* em benefício do vendedor e o *periculum rei* que deve ser suportado pelo comprador.

Da exegese do fragmento acima reproduzido, observa-se que quando o vendedor de um terreno estabelece em uma cláusula contratual “*se dentro de um determinado prazo, o preço não tenha sido pago, então o terreno será considerado como não vendido*” (<*cum venditor fundi in lege ita caverit: ‘si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit*>), a interpretação deve ser a de que o terreno permanecerá como não vendido se o vendedor manifestar a sua vontade nesse sentido (<*ita acciitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit*>).

Logo no início do fragmento, observa-se que a *lex commissoria* é pactuada em benefício do vendedor (<*quia id venditoris causa carevetur*>), logo, o pacto não poderá ser executado contra a sua vontade, ou contra a vontade de quem o represente⁶³⁶.

Mediante a análise de tal fragmento, é possível concluir que, em um contrato de compra e venda com *lex commissoria*, caso o comprador não tenha adimplido o preço, a compra é desfeita caso assim o vendedor queira⁶³⁷.

Com isso, o instituto jurídico é empregado em benefício somente do vendedor, em cujo arbítrio reside o desfazimento do negócio. Assim, se o risco era do comprador, operava efeitos resolutivos⁶³⁸.

Ness mesmo sentido se apresenta novo texto de ULPIANO, no qual se enfatiza a natureza potestativa da *lex commissoria*:

Ulpianus libro 30 as edictum, D. 18, 3, 3:

*Nam legem commissoriam, quae
in venditionibus adicitur, si
volet venditor exercebit, non
etiam invitus.*

*Porque da lex commissoria que
se acrescenta às vendas, fará o
uso do vendedor se assim quiser,
não utilizando-a contra a sua
vontade.*

A ideia que já era clara, relativa à necessária manifestação do vendedor para que a *lex commissoria* irradiasse seus efeitos, passa a ser reconhecida de maneira expressa por ULPIANO, oportunidade em que se demonstra que a *lex commissoria* não pode ser executada contra a vontade do vendedor, ou de quem o represente.

A classificação proposta por ULPIANO⁶³⁹ foi reafirmada pela romanística alemã do início do século XX que reconstruiu a compra e venda com *lex commissoria*

⁶³⁶ M. L. REIS, O pacto comissório no Direito Romano, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 81.

⁶³⁷ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 86.

⁶³⁸ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 86.

⁶³⁹ Em que se considera a compra e venda com *lex commissoria* uma compra e venda pura na qual é adicionado pacto de resolução suspensivamente condicionado (cf. D. 18,3,1).

conformando-a como venda pura acompanhada de um pacto resolutivo suspensivamente condicionada, que atribuiu ao vendedor o direito de retirar-se da relação jurídica obrigacional (“*Rücktrittsvorbehalt*”⁶⁴⁰).

Tal reconstrução conduz a disciplina da resolução contratual a um ato jurídico (escolha do vendedor)⁶⁴¹ e não a um mero fato jurídico (inadimplemento).

9.1 Regime jurídico enquanto pendente a condição

Característico do negócio submetido à condição (e também do pacto suspensivamente condicionado) é o estado da pendência, ou seja, o momento em que antecede a verificação do evento assinalado⁶⁴².

A resolução do estado de pendência do negócio inaugura o problema da identificação do momento em que a pendência cessa, ante a verificação do evento (fato jurídico). Com isso, importa identificar o momento específico em que a condição deve ocorrer ou estar ausente⁶⁴³.

Não surgem dificuldades se as partes estabelecerem um prazo dentro do qual a condição deva ocorrer: caso o evento assinalado não seja verificado dentro do prazo determinado, a condição deixa de existir.

Quando tal termo não é definido, é necessário esperar que o cumprimento da condição se torne objetivamente impossível para dirimir a incerteza sobre ter sido cumprida ou não a condição⁶⁴⁴.

Parte da doutrina entende emergir das fontes que a não verificação da condição suspensiva pode afetar a validade e a própria existência do negócio jurídico, que poderá ser declarado nulo.

⁶⁴⁰ E. MARELLI, *Appunti in tema vi vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato. Revista Internazionale Online*, X, (2017), p. 10.

⁶⁴¹ E. MARELLI, *Appunti in tema vi vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato. Revista Internazionale Online*, X, (2017), p. 11.

⁶⁴² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 256.

⁶⁴³ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 257.

⁶⁴⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 257.

Segundo os defensores desse posicionamento, tal nulidade encontra amparo na mentalidade romana, segundo a qual, um negócio jurídico que não produz efeitos é um negócio inútil⁶⁴⁵.

Todavia, em sentido contrário está o fragmento *D. 18, 4, 19 (Jul 25 Dig)*:

D. 18.4.19 (Iul. 25 dig.): Multum interest, sub condicione aliqua obligatio veneat an, cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat. Priore casu deficiente condicione nullam esse venditionem, posteriore statim venditionem consistere: nam si Titius tibi decem sub condicione debeat et ego abs te nomen eius emam, confestim ex empto vendito agere potero, ut acceptum ei facias.

É muito diferente vender sob condição uma obrigação e vender puramente uma obrigação submetida à condição. No primeiro caso, a venda será nula se a condição não for verificada; no segundo, a venda é imediatamente válida: se, de fato, Tício lhe deve dez sob condição, e eu adquiro esse crédito, poderei agir imediatamente com a ação de compra e venda, para que seja perdoada formalmente a dívida.

Do fragmento, extrai-se que a grande diferença (“*multum interest*”) de que trata JULIANO decorre da contraposição entre uma venda sob condição (“*sub condicione aliqua obligatio veneat*”) e uma venda de obrigação condicionada (“*cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat*”).

⁶⁴⁵ C. BANDIERAMONTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 61.

No primeiro caso, a falta de condição acarreta a nulidade da cessão (“*nullam esse venditionem*”), na segunda, a venda produz imediatamente os seus efeitos (“*statim venditionem consistente*”)⁶⁴⁶.

Vale notar que não se nega que a obrigação condicionada exista, inclusive porque pode ser atribuída uma *actio venditi* ao vendedor, o que refuta a ideia de que os juristas clássicos consideraram o negócio jurídico sob condição pendente como inexistente⁶⁴⁷.

Ademais, conforme se verifica do excerto, a nulidade no sentido romano do termo se relaciona à venda, que se tornou incapaz de produzir os seus efeitos típicos. Afinal, se a relação que o negócio jurídico pretende criar nunca foi estabelecida, pela inobservância da condição suspensiva, isso significa que o pacto que a estabeleceu foi inútil⁶⁴⁸.

Nem mesmo os juristas clássicos, portanto, consideraram inexistente o negócio jurídico condicional, fato reconhecido por WINDSCHEID⁶⁴⁹, ao afirmar que o negócio jurídico condicional tem, em qualquer caso, uma existência factual; e que não lhe falta sequer conhecimento jurídico ou eficácia jurídica, embora ainda não tenha manifestado os efeitos jurídicos desejados.

A fase de pendência da condição reflete a ideia de negócio condicionado concebida pelos romanos⁶⁵⁰. E a questão relativa à ocorrência ou não da condição tem efetiva relação com as épocas consideradas⁶⁵¹, de modo que só se pode atribuir uma

⁶⁴⁶ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 62.

⁶⁴⁷ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 62.

⁶⁴⁸ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 62.

⁶⁴⁹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pendette*, trad. por DI C. FADDA E P.E. BENZA, I, Torino, 1930, p. 286.

⁶⁵⁰ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 72.

⁶⁵¹ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 71.

resposta que considere efetivamente a unidade funcional dos efeitos suspensivos e resolutivos⁶⁵² gerados pela condição ou pelo pacto de resolução.

Diante desse contexto, salienta-se que a cláusula condicional deveria necessariamente afetar a vida útil do negócio jurídico mediante a instauração de novo regulamento específico entre as partes contratantes.

Dentre os fragmentos em que se denota a consideração dos interesses das partes, podem ser incluídos os que versam sobre o cumprimento fictício da obrigação.

Provavelmente a norma mais antiga é a que diz respeito ao incumprimento de uma condição causada pela intervenção intencional da contraparte (“*condicio pro impleta habetur, si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quo minus impleatur*”), Assim, caso a intervenção maliciosa tenha ocorrido e impedido a verificação do evento assinalado na *condicio*, a condição deve ser considerada verificada⁶⁵³.

Nesse sentido, *D. 18.1.50 (Ulp. 11 ad ed.)*:

⁶⁵² C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 62.

⁶⁵³ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 64.

Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.

Labeão escreve que, se você tivesse me vendido uma biblioteca sob a condição de que os membros da cúria municipal de Campani tivessem me vendido um lugar para colocá-la, e eu não tivesse obtido a venda <do lugar> não se deve duvidar que se possa agir com uma praescriptis verbis. Acredito que possível agir com a ação de venda como se a condição tivesse ocorrido, pois depende do comprador que a condição não tenha sido verificada.

A questão submetida a LABEÃO diz respeito a um contrato de compra e venda consensual relativo a uma biblioteca (“*si mihi bibliothecam ita vendideris*”).

A compra e venda não é pura, mas está sujeita a uma condição suspensiva “*decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem*”, presumivelmente colocada no interesse exclusivo do comprador, atinente à inserção da biblioteca em local específico⁶⁵⁴.

A condição não se verifica por fato atribuído ao comprador (“*et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem*”) e LABEÃO propõe o uso da *praescriptis verbis* (“*non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit*”), sendo claro quanto ao seu emprego para tutelar uma compra e venda típica, mas condicionada⁶⁵⁵.

9.1 A titularidade dos frutos percebidos na *emptio condicionalis* e na *emptio pura quae sub condicione resolvitur*

⁶⁵⁴ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 64.

⁶⁵⁵ C. BANDIERAMONTTE, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico*, (Tesi di Dottorato), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018, p. 64.

Quando estruturada com efeitos resolutivos (*emptio pura quae sub condicione resolvitur*), a *lex commissoria* atribuía os frutos ao comprador, pois o comprador se torna desde logo proprietário da coisa, de modo que o negócio passa a irradiar os seus efeitos típicos. A controvérsia se instaura diante do inadimplemento, em função do qual o negócio jurídico pode ser desfeito⁶⁵⁶.

Já quando a *lex commissoria* é pactuada com efeitos suspensivos (*emptio condicionalis*) há impossibilidade de perceber os frutos. Isso porque, sob condição suspensiva, o comprador, quando entrava na posse da coisa, não podia se valer do *tempus ad usucapionem* para se tornar proprietário, de modo que não percebia os frutos e não suportava os riscos.

Nesse sentido está Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 2, 4, pr.

Ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere

Mas quando a venda é condicional, diz Pompônio que ele <o comprador> não pode usucapir nem lhe pertencem os frutos.

A passagem se refere à condição suspensiva, pois, conforme já visto o termo *condicio* em sua forma pura representava efetivamente a condição suspensiva. O reconhecimento de que “*eum*” se refere ao comprador decorre do fato de que Ulpiano expressamente o indica em sua passagem anterior (“... *hunc, cui res in diem addicta est...*”)⁶⁵⁷.

Assim, como a compra e venda condicional (*emptio condicionalis*) não transferia a titularidade do bem, o efetivo problema da restituição dos frutos nos contratos de compra e venda surge com a adoção da *in diem addictio* e da *lex commissoria*, na fase do desenvolvimento histórico do instituto que a doutrina dominante atribuiu à Juliano,

⁶⁵⁶ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 71.

⁶⁵⁷ B.B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 111/112.

estágio em que era considerada a compra e venda pura com pacto de resolução e não como compra e venda submetida à condição suspensiva⁶⁵⁸.

Com isso, a investigação com relação à titularidade dos frutos se refere à construção clássica pós-Juliano, e não era relevante até o momento em que se conhecia a compra e venda condicional (com condição suspensiva)⁶⁵⁹.

Nesse sentido, Paulo, em D. 41, 4, 2, 4 se refere: “*si in diem addictio facta sit..., perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat...*”.

Entretanto, verificando-se a condição e havendo o vendedor optado pela resolução da venda, o problema que surge é da obrigatoriedade do comprador devolver os frutos, no caso de inexistir acordo expresso sobre a matéria.

Em D. 18, 3, 5⁶⁶⁰, é possível identificar o emprego do adjetivo *inemptus*, que exprime a ideia de extinção do acordo celebrado entre as partes – a coisa vendida é considerada como se não tivesse sido – posto que o comprador não pagou o preço avençado⁶⁶¹.

Neratius libro quinto membranarum, D. 18, 3, 5:

⁶⁵⁸ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 327.

⁶⁵⁹ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 331.

⁶⁶⁰ Tradução a seguir reproduzida.

⁶⁶¹ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 402; A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*. In *Il diritto romano caso per caso*. L. SOLIDORO. G. Giappichelli, 2018, p. 130.

Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

Vendido um terreno com uma lex dicta <sob a condição de> que, se dentro de certo tempo não se tenha pago o preço, se considerará não comprada a coisa, com relação ao frutos, que entretanto tivesse percebido o comprador, deve-se entender que se tratou disso, que o comprador os percebesse entretanto para si e por seu próprio direito: porém se tivesse devolvido o terreno, entedia Aristão que ao vendedor se deve dar uma ação em relação a eles <os frutos> contra o seu comprador, porque não deve ficar em seu poder nada por força da coisa em relação a qual tivesse faltado boa-fé.

Do fragmento é possível constatar que NERÁCIO entende ser direito do comprador perceber os frutos, a não ser que o negócio jurídico seja desfeito pela não ocorrência do evento assinalado. Nesse caso, os frutos deveriam ser restituídos em razão da boa-fé. Observa-se, por isso, que o jurisconsulto se preocupou em determinar a situação dos frutos antes e depois do término da venda.

Para G. G. ARCHI, NERÁCIO concebe a venda com *lex commissoria* como caso de venda pura com um pacto de resolução acrescido sob condição suspensiva, pois afirma que o comprador percebe “*suo iure*” os frutos⁶⁶².

⁶⁶² G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 349.

NERÁCIO trata a questão da titularidade dos frutos *quos interim emptor percepisset*, ou seja, o comprador percebe os frutos *suo iure*. Essa percepção é importante e indica como NERÁCIO apresentava a mesma ideia de Juliano⁶⁶³.

Primeiramente, o jurisconsulto concedeu provisoriamente os frutos ao comprador⁶⁶⁴. Logo após essa afirmação, o jurista passa a examinar o caso na resolução da venda: “*si fundus revenisset...*”. Como a solução dada na segunda parte do fragmento se opõe à primeira, F. WIEACKER⁶⁶⁵ entende que a partícula “*sed*” se prestaria justamente a enfatizar tal contradição de ideias e que o detalhamento pode ter sido suprimido por conduta dos compiladores.

F. WIEACKER⁶⁶⁶ explica que a oposição de ideias inaugurada pela partícula “*sed*” se refere, em verdade, à controvérsia havida entre NERÁCIO e ARISTÃO. A opinião de NERÁCIO, segundo a qual não se concedia a restituição dos frutos ao comprador, contrastava com a opinião de ARISTÃO⁶⁶⁷.

De toda forma, a suposição de que a posição conflitante de NERÁCIO estaria aposta à frente da partícula “*sed*” e que os compiladores a removeram é tarefa arriscada. Por isso, uma interpretação possível é demarcar dois momentos diferentes: antes e depois do aperfeiçoamento da compra e venda. Assim, uma vez que a venda estivesse resolvida, NERÁCIO concedia ao vendedor a possibilidade de exigir a restituição dos frutos⁶⁶⁸.

A questão da titularidade dos frutos é enfrentada por F. WIEACKER, e, segundo o autor, a restituição dos frutos tem origem em dois aspectos: (a) se na venda com *lex commissoria* os romanos costumavam pagar também uma parte do preço, diferindo apenas o pagamento do restante; (b) se na hipótese de adimplemento parcial, há retenção do pagamento no caso de resolução do contrato de compra e venda.

⁶⁶³ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 349.

⁶⁶⁴ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 350.

⁶⁶⁵ F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 26.

⁶⁶⁶ Para, F. WIEACKER (*Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932), NERÁCIO não tratou da restituição ou não dos frutos, mas atribuiu a sua titularidade ao comprador.

⁶⁶⁷ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 350.

⁶⁶⁸ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 350.

Como resposta, os textos oferecem exemplos de pagamento integral do valor devido. A fórmula da *lex* - como POMPÔNIO transmitiu em D. 18, 3, 2, pr. -, exclui da regra a hipótese do pagamento parcial do preço ao afirmar “*si ad diem pecunia soluta non sit, ur fundus inemptus sit*”.

A construção da *lex commissoria*, assim, demonstra o necessário pagamento integral do preço, mas não exclui a possibilidade de haver um valor residual a ser adimplido⁶⁶⁹. Há fragmentos do Digesto que demonstram a possibilidade de pagamentos parciais. Nesse sentido estão os fragmentos D. 18, 1, 6, 1⁶⁷⁰; D. 4, 4, 38⁶⁷¹.

F. WIEACKER⁶⁷² entende que nos casos em que há o pagamento parcial, ante a resolução do contrato de compra e venda, os valores devem ser devolvidos⁶⁷³. Todavia, G. G. ARCHI entende que a conclusão de F. WIEACKER se distancia da literalidade dos textos, pois, os fragmentos que abordam o pagamento parcial do preço silenciam quanto ao destino do preço efetivamente adimplido.

Em D. 18, 3, 6, pr. (*Scaevola libro secundum responsorum*) identifica-se: “*de lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi paratetur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esse, apud venditorem remansurum*⁶⁷⁴”. A expressão do texto “*id, quod arrae vel alio nomine datum esset*” suscitou alguns questionamentos⁶⁷⁵. O texto evidencia a importância decisiva atribuída à vontade do vendedor na implementação da cláusula resolutiva do contrato.

⁶⁶⁹ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 353.

⁶⁷⁰ “*Se fosse vendido um fundo com pagamento do preço em três prestações anuais, com a cláusula que, se o dinheiro não tivesse sido pago no dia do prazo acordado, o fundo deveria ser considerado como não comprado, e que se, entretanto, o comprador tivesse cultivado o fundo e originado frutos, no caso de o fundo ser considerado não comprado, os frutos deveriam ser restituídos (...)*”.

⁶⁷¹ “*Emilio havia comprado o fundo de Ovinio com lex commissoria, tendo dado parte do dinheiro, de modo que se dentro de dois meses da compra ele não tivesse adimplido metade do preço restante, o fundo teria ficado como se não tivesse sido comprado, e da mesma forma não seria comprado se ele não tivesse pago o preço restante dentro de dois meses*”.

⁶⁷² F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 26 e ss.

⁶⁷³ D. 18, 1, 6, 1 e D. 4, 4, 38.

⁶⁷⁴ “*Foi solicitado parecer sobre a resolução de contrato <por falta de pagamento do preço no prazo, o jurista> deu a resposta de que, cabendo ao comprador que o <pagamento no prazo previsto no> contrato não tivesse sido feito e o vendedor desejasse fazer uso do <acordo>, os fundos não seriam mais comprados e o que havia sido dado, como depósito ou de outra forma, permaneceria com o vendedor*”.

⁶⁷⁵ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 354.

Isso porque, o comprador não pode declarar que está resolvido o contrato apenas porque está disposto a perder o que pagou: a decisão é remetida apenas ao vendedor e ele também pode desconsiderar a vontade do comprador e o compelir ao pagamento do restante devido (preço inadimplido)⁶⁷⁶.

Fora do título relativo à *lege commissoria*, há um texto de POMPÔNIO que aborda a questão atinente à restituição dos frutos em caso de resolução do contrato de compra e venda: D. 18, 1, 6, 1 (*Pomponio livro ad Sabinum*): “*Se fosse vendido um fundo com pagamento do preço em três prestações anuais, com a cláusula que, se o dinheiro não tivesse sido pago no dia do prazo acordado, o fundo deveria ser considerado como não comprado, e que se, entretanto, o comprador tivesse cultivado o fundo e originado frutos, no caso de o fundo ser considerado não comprado, os frutos deveriam ser restituídos (...)*”.

O texto parece incluir um acordo especial para a restituição dos frutos e foi objeto de discussões para determinar se o acordo nele mencionado se presume essencial, de modo que sem ele não seria obtida a restituição dos frutos⁶⁷⁷.

Para responder ao questionamento relativo à possibilidade de o vendedor reaver os frutos em caso de inadimplemento sem a existência de acordo específico, deve-se considerar que o texto de POMPÔNIO está inserido no Livro IX, no qual o jurisconsulto tentou especificar como era o negócio jurídico de compra e venda⁶⁷⁸.

Com POMPÔNIO se está em um momento delicado do desenvolvimento da *lex commissoria* e da *in diem addictio*: por um lado existe a teoria de SABINO, segundo a qual a compra e venda deve ser considerada como não concluída no caso de inadimplemento. Por outro lado, a doutrina de JULIANO, mais atenta às necessidades práticas, considerava a venda concluída, mas com a adição de um pacto de resolução⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 354.

⁶⁷⁷ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 360.

⁶⁷⁸ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 30/361.

⁶⁷⁹ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 361.

Motivado pela própria concepção da fórmula da *lex commissoria*, LONGO⁶⁸⁰ aponta que POMPÔNIO concebe uma *actio ex venditio* para a recuperação dos frutos, nos termos do que sugerido por Juliano, conforme se observa em D. 18,1, 6, 1⁶⁸¹.

O fragmento atribuído à POMPÔNIO (D. 18, 1, 6, 1) pretende estudar se no caso concreto, a venda deveria ser concebida como encerrada, e, em consequência, qual seria a ação atribuída ao vendedor para reaver os frutos⁶⁸².

O jurisconsulto responde que a ação destinada é a *actio ex vendito*, todavia, não se debruça sobre ser necessária a prévia pactuação de acordo para a restituição dos frutos⁶⁸³.

Por fim, em F. V. 14 PAPIANO pretende esclarecer como a jurisprudência chegou a admitir que a referida restituição, mesmo quando não expressamente acordada, era admitida juntamente com a devolução da coisa⁶⁸⁴.

A regra relativa à restituição dos frutos, entretanto, não é justinianeia, pois já em F.V.14 há previsão de que os frutos percebidos antes do desfazimento da venda deviam ser devolvidos na ação de venda⁶⁸⁵: “*lege venditionis inempt praedio facto interea perceptos iudicio venditi restitui placuit...*”).

Na parte inicial de *Pomp 35 ad sab D. 18, 3.2*, o mesmo adjetivo *inemptus* é atribuído à coisa, em análoga situação de inadimplemento do preço pelo comprador, hipótese em que o bem seria considerado como não vendido⁶⁸⁶: “*Cum venditor fundi in lege ita caverit: ‘si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit’ (...)*”, ou seja, “.quando o vendedor de um terreno, em uma cláusula, tiver expressado: ‘caso o preço não tenha sido pago no prazo, ter-se-á o terreno como não comprado’ (...)”⁶⁸⁷”

⁶⁸⁰ G. LONGO, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943, p. 78.

⁶⁸¹ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 361.

⁶⁸² G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 362.

⁶⁸³ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 362.

⁶⁸⁴ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 362 e ss.

⁶⁸⁵ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 75.

⁶⁸⁷ D’ORS, Álvaro et al., *El Digesto de Justiniano*, t. I, Pamplona, Aranzadi, 1968, pp. 675-676; I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* cit (nota 1 supra), p. 911; J. A. GODDARD, *Libro*

Observa-se:

Cum venditor fundi in lege ita caverit: 'si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit', ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset

Quando o vendedor de um terreno em uma cláusula, assim tiver expressado: “caso o preço não tenha sido pago no termo, que o terreno seja considerado não comprado”, desse modo, deve-se considerar não comprado o terreno <apenas> se o vendedor quiser que <o terreno> se considere não comprado, porque tal cláusula se expressaria em benefício do vendedor. De fato, se diversamente se entendesse, destruída pelo fogo uma casa de campo, estaria na faculdade do comprador, não entregando o preço, considerar não comprado o terreno, que <diferentemente> teria estado a seu risco.

O fragmento acima reproduzido apresenta dois elementos centrais concernentes ao exercício potestativo da *lex commissoria* - característica importante do instituto analisado - e o *periculum rei* suportado pelo comprador.

Na primeira parte do fragmento, observa-se que a *lex commissoria* é estabelecida em benefício do vendedor (“*cum venditor... quia id venditoris causa caveretur*”). Diante

XVIII del Digesto (sobre la compraventa), Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, pp. 48-49.

disso, na ausência do pagamento o vendedor pode exercer a faculdade de resolver o contrato, pois é o seu benefício⁶⁸⁸ que justifica a existência da cláusula contratual⁶⁸⁹.

Ou seja, a falta de pagamento não produz em si o efeito previsto pela cláusula: é o vendedor quem deve decidir a esse respeito, escolhendo entre exigir o preço do comprador ou obter a coisa de volta, de modo que é vedada a mudança de decisão depois de já feita a escolha⁶⁹⁰.

Por isso F. WIEACKER⁶⁹¹ afirma que a cláusula de resolução (*Verwirkungsklausel*) surgiu do sinalagma dos negócios jurídicos consensuais, e, a partir dela, quem vende sob *lex commissoria* quer resolver a compra caso o comprador esteja inadimplente⁶⁹². Entretanto, a intenção não basta, pois é necessário que haja manifestação da parte neste sentido.

Por meio da *lex commissoria*, os efeitos da venda se resolverão em caso de inadimplemento, se assim quiser o vendedor, de modo que em POMPÔNIO, a condição se estabelece por meio de uma *lex dicta* – entendimento que corrobora o pensamento atribuído a Juliano, sobre a previsão do pacto de resolução adicionado ao contrato de compra e venda⁶⁹³.

Com isso, a prestação do comprador permanece passível de execução, mas o bem não está livre para a alienação. Por isso, quem quiser recuperar o item comprado

⁶⁸⁸ Nesse ponto A. BURDESE, ‘*Lex commissoria*’ e ‘*ius vendendi*’ nella *fidúcia* e nel *pignus*, Torino, Giappichelli, s.d., p. 21. defende residir o fundamento pelo qual se pode aplicar, por analogia, as regras da *lex commissoria* às garantias. No mesmo sentido, M. L. Reis (pp. 77/78 explica: “em que se considerem as peculiaridades da *lex commissoria* em matéria de venda e da *lex commissoria* em matéria de garantias reais, não seria absurdo, no que diz respeito à estrutura, estabelecer uma analogia substancial entre os dois pactos, a princípio pertencentes a dois tão diferentes campos da prática contratual. À primeira vista, parece ser possível encontrar um denominador comum no fato de que ambas importariam consequências bastante análogas no que diz respeito à eficácia do negócio jurídico a que são acessórias, no caso de faltante adimplemento em uma determinada data. Assim, enquanto na *lex commissoria* da venda resolver-se-iam os efeitos bilaterais do negócio caso o comprador não tivesse pago o preço dentro de um dado termo, nas garantias, com a *lex commissoria*, ter-se-ia a definitiva extinção da obrigação unilateral de restituir a coisa, caso não tenha o devedor efetuado a quitação de seu débito dentro do termo acordado”.

⁶⁸⁹ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 81.

⁶⁹⁰ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 102.

⁶⁹¹ F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 19

⁶⁹² F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 19.

⁶⁹³ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 70.

contra um terceiro fará com que a posição jurídica de direito real do comprador seja a mais frágil possível⁶⁹⁴.

A *lex commissoria* como direito potestativo é confirmada no já mencionado fragmento atribuído à Ulpiano (*Ulpianus libro 30 ad edictum, D. 18, 3, 3*⁶⁹⁵), em que se estabelece que “*porque da lex commissoria que se acrescenta às vendas, fará o uso do vendedor se assim quiser, não utilizando-a contra a sua vontade*⁶⁹⁶”.

A classificação proposta por ULPIANO⁶⁹⁷ foi reafirmada pela romanística alemã do início do século XX que reconstruiu a compra e venda com *lex commissoria*, conformando-a como venda pura acompanhada de um pacto resolutivo suspensivamente condicionada, que atribuiu ao vendedor o direito de retirar-se da relação jurídica obrigacional (“*Rücktrittsvorbehalt*”⁶⁹⁸).

Do inadimplemento do comprador decorria a resolução do contrato. Entretanto, tal consequência não era automática, na medida em que cabia ao vendedor a faculdade de escolher⁶⁹⁹ pela restituição do bem ou pelo pagamento do preço⁷⁰⁰, e, uma vez realizada a escolha, não poderia, o devedor, mudar a sua própria decisão.

Já a matéria analisada na parte final do fragmento se refere ao *periculum rei*, que, segundo POMPÔNIO, deve ser suportado pelo comprador, de modo a corroborar a ideia de que a *lex commissoria* operava com efeitos resolutivos, atribuindo a responsabilidade sob o perecimento da coisa ao comprador⁷⁰¹.

⁶⁹⁴ F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 19.

⁶⁹⁵ “*Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus*”.

⁶⁹⁶ A ideia que já era clara, relativa à necessária manifestação do vendedor para que a cláusula *lex commissoria* irradiasse seus efeitos, passa a ser reconhecida de maneira expressa por ULPIANO, oportunidade em que se demonstra que a *lex commissoria* não pode ser executada contra a vontade do vendedor, ou de quem o represente.

⁶⁹⁷ Em que se considera a compra e venda com *lex commissoria* uma compra e venda pura na qual é adicionado pacto de resolução suspensivamente condicionado (cf. D. 18,3,1).

⁶⁹⁸ E. MARELLI, *Appunti in tema vi vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato. Revista Internazionale Online*, X, (2017), p. 10.

⁶⁹⁹ É o que a doutrina moderna denomina de *jus variandi* do vendedor. Cf. O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 170 e ss.

⁷⁰⁰ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 129.

⁷⁰¹ O que não existia quando ao negócio jurídico era adicionada uma condição suspensiva. Nesse caso, se o comprador entrava na posse do imóvel, não poderia se valer do *tempus ad usucapionem* para se tornar proprietário, não percebia os frutos e não suportava os riscos.

A situação seria desfavorável caso o vendedor, diante do inadimplemento do preço, optasse pela resolução do negócio jurídico e ficasse desprovido dos frutos percebidos *pendente condicione*. Por esse motivo, no século III d.C foi admitida a retroatividade da condição resolutiva, a fim de que as posições das partes pudessem ser reequilibradas⁷⁰², alcançado o retorno ao “*status quo ante*”.

9.3 As opções do vendedor no caso do inadimplemento: resolução contratual, execução do valor inadimplido e as ações correspondentes

Como já submetido à análise, no direito romano antigo a noção de resolução por incumprimento não existia. Na compra e venda, por exemplo, as partes estavam obrigadas de forma definitiva e se alguma das partes não cumprisse o pactuado, a outra somente poderia exigir o cumprimento da obrigação⁷⁰³.

Tal concepção era problemática quando na venda se havia outorgado prazo para o pagamento do preço, e o comprador se encontrava em estado de insolvência⁷⁰⁴.

De acordo com tal lógica, como o vendedor somente poderia compelir o comprador ao cumprimento da obrigação, corria o risco de ficar sem o preço e sem a coisa.

Como resposta a essa situação, foi generalizada a estipulação da *lex commissoria*, mediante a qual o vendedor se reservava o direito de resolver o contrato caso o comprador não pagasse o preço dentro do prazo convencionado⁷⁰⁵.

Em sua obra, F. WIEACKER⁷⁰⁶ se dedicou a analisar especificamente a situação jurídica real do vendedor após a rescisão do contrato de compra e venda. As operações que envolvem alienação de bem mediante *lex commissoria* estão entrelaçadas com a existência da obrigação, de modo que ou a titularidade do bem é revertida em prol do

⁷⁰² V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 414.

⁷⁰³ R. M. Morales, *El pacto comissório: uno solo y sin declaración judicial*, In *Revista de Derecho Privado*, nº 42, jan/jun 2022.

⁷⁰⁴ R. M. Morales, *El pacto comissório: uno solo y sin declaración judicial*, In *Revista de Derecho Privado*, nº 42, jan/jun 2022.

⁷⁰⁵ R. M. Morales, *El pacto comissório: uno solo y sin declaración judicial*, In *Revista de Derecho Privado*, nº 42, jan/jun 2022.

⁷⁰⁶ F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 8.

vendedor, ou a *lex commissoria* não influencia a operação. De acordo com o autor, o material clássico não apresenta decisões uniformes⁷⁰⁷.

Na análise do fragmento *D. 18, 3, 5*, observa-se que a solução proposta por NERÁCIO, no caso de não pagamento do preço, é justamente a extinção da relação obrigacional, haja vista o fato de que se teria o terreno como não adquirido, atuando, a *lex commissoria*, com efeitos resolutivos⁷⁰⁸.

O efeito atribuído à *lex commissoria* importa pelas suas consequências jurídicas, que, inclusive, são mencionadas por NERÁCIO na segunda parte do fragmento, quando enuncia que os frutos pertencerão ao comprador quando forem percebidos “*para si e por seu próprio direito*” (“*...sibi suo quoque iure percipiet*”).

Isso porque, estruturada como condição resolutiva, o comprador, se já tiver entrado na posse do bem, imediatamente começa a usucapir *pro emptore*, percebendo os frutos derivados da coisa e responsabilizando-se pelo risco da perda, conforme a regra de que o risco compete ao comprador (*periculum est emptoris*)⁷⁰⁹, posto que o negócio jurídico terá se aperfeiçoado⁷¹⁰ desde a manifestação de vontade das partes.

Já na compra e venda sob condição suspensiva, até que ocorresse o pagamento do preço, os frutos não poderiam ser percebidos pelo comprador, sendo vedada, portanto, a aplicação do *tempus ad usucapionem*.

Além disso, o comprador não se responsabilizaria pelos riscos do perecimento da coisa⁷¹¹, pois, enquanto vigente o inadimplemento, a compra e venda não teria sido aperfeiçoada⁷¹², sendo obstados os efeitos jurídicos até o pagamento do preço avençado pelas partes.

⁷⁰⁷ F. WIEACKER, (*Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, p. 9.

⁷⁰⁸ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 129.

⁷⁰⁹ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 131

⁷¹⁰ M. KASER *Römisches Privatrecht*, 1992, trad. Port. Hämerle, Ferdinand, e Rodrigues Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 244.

⁷¹¹ Cf. *Pomp 35 ad Sab D (18, 3, 2)*; A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 131; M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*. Mestrado (Dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.71.

⁷¹² M. KASER *Römisches Privatrecht*, 1992, trad. Port. Hämerle, Ferdinand, e Rodrigues Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 244.

A resolução da venda cabia ao vendedor e não era o efeito categórico do incumprimento: o vendedor, em vez de exigir a devolução da coisa vendida e dos frutos percebidos pelo comprador – pendente condição –, podia exigir o pagamento do *pretium* mediante o ajuizamento da *actio venditi*, mantendo o contrato celebrado⁷¹³.

Todavia, o problema da proteção processual das partes contratantes surgiu, de fato, no caso de transmissão de propriedade no tempo decorrido entre a celebração do contrato e a cessação do estado de incerteza determinado pela cláusula pactuada (pendência da verificação do evento previsto na cláusula contratual)⁷¹⁴.

Ao se considerar a *lex commissoria* como cláusula suspensiva, o inadimplemento do preço no prazo avençado facultava ao vendedor considerar o negócio de compra e venda como não concluído, porque a eficácia deste negócio jurídico estava mesmo suspensa até que o evento (adimplemento) ocorresse⁷¹⁵. Por esse motivo, os frutos percebidos *pendente condicione* não pertenceriam, a princípio, ao comprador⁷¹⁶.

Em um primeiro momento, a jurisprudência questionou o direito de o vendedor ingressar com uma ação contratual: ou seja, para o caso em que o interesse em retornar ao “*status quo ante*” era do vendedor. Nesse caso, poderia ser utilizada a *actio vendit*, pois a venda deveria ser considerada como não concluída enquanto a condição estivesse pendente, nos casos em que a coisa *lex commissoria* operasse efeitos suspensivos⁷¹⁷.

Já sob a ótica da *lex commissoria* operando com efeitos resolutivos, o negócio da compra e venda já havia, pelo menos em parte, irradiado seus efeitos. Entretanto, verificada a ocorrência do evento, cessava a sua eficácia⁷¹⁸.

Com isso, a *lex commissoria* caso operasse com efeitos resolutivos, conformaria uma venda com parcial produção dos efeitos, mas que deixaria de existir caso verificado o evento assinalado na condição⁷¹⁹.

⁷¹³ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 102.

⁷¹⁴ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 105.

⁷¹⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 421.

⁷¹⁶ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 74.

⁷¹⁷ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 105.

⁷¹⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 421.

⁷¹⁹ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 105.

Verificada a condição resolutiva, portanto, havia a eficácia obrigatória dos negócios. V. ARANGIO-RUIZ⁷²⁰ considera que, ainda nesses casos, o vendedor poderia ingressar com a *actio venditi*, e, o comprador que quisesse se liberar da condenação poderia devolver a coisa já adquirida e os seus frutos, indenizando o vendedor pelos danos causados e dando garantia a esse respeito.

Entretanto, nos casos em que o imóvel fosse transmitido ao comprador, com a verificação da condição também havia a eficácia real de devolver o imóvel ao vendedor, autorizando-o a intentar, por sua escolha, com a ação contratual, a *rei vindicatio* ou extinguir os direitos reais constituídos em favor de terceiros⁷²¹

É o que se verifica no fragmento em estudo, quando NERÁCIO demonstra que a percepção dos frutos é direito do comprador, a não ser que o negócio jurídico fosse desfeito pela não ocorrência do evento previsto na cláusula (adimplemento), situação essa que promoveria a restituição dos frutos pelo princípio da boa-fé⁷²².

9.3.1 A restituição dos frutos e as ações cabíveis

Quanto aos frutos, se por um lado se defende que diante do regime da condição resolutiva a aquisição pelo comprador ocorre de maneira provisória, devendo haver a restituição dos frutos quando verificada a condição, alguns estudiosos⁷²³ entendem que a regra aplicável ao caso se condiciona ao momento histórico observado, em decorrência de dois diferentes estágios de desenvolvimento do tema⁷²⁴.

Assim, em um primeiro momento, os frutos percebidos pelo comprador seriam considerados por ele adquiridos de maneira definitiva, não sendo obrigado a devolvê-los ao vendedor⁷²⁵. Em um segundo momento, entretanto, para os juristas da idade de Severo,

⁷²⁰ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 105.

⁷²¹ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 103.

⁷²² M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, pp. 74-75.

⁷²³ De acordo com V. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974), os estudiosos capitaneados por BESSELER que entendiam a evolução do instituto em dois diferentes momentos históricos, sendo que a conclusão ensejava o entendimento de que os frutos deveriam ser restituídos caso o evento previsto na condição fosse verificado.

⁷²⁴ G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite com in diem addictio e com lex commissoria*, In *Studi in Memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 362.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 414.

⁷²⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 414.

uma vez alcançada a resolução do contrato, os frutos percebidos pelo comprador deveriam ser restituídos ao devedor, de modo a se retornar ao *status quo ante*⁷²⁶.

Essa retroatividade da condição resolutiva permitia reinaugurar o equilíbrio da relação jurídica, posto que, desfeito o negócio jurídico pelo inadimplemento do comprador, haveria desvantagem para o vendedor caso os frutos percebidos na pendência da condição⁷²⁷ não fossem restituídos.

Para A. LOVATO⁷²⁸, a razão do efeito *ex tunc* reside no fato de que as vantagens e desvantagens devem ser transmitidas ao comprador, mas, ao se verificar a ocorrência da condição (pressuposto de eficácia da *lex commissoria*) o comprador não deve obter vantagens nem sofrer desvantagens, operando-se, portanto, o retorno à situação inicial.

É este retorno ao *status quo ante* que NERÁCIO entende ser a solução atribuída à ARISTÃO⁷²⁹ na lide posta, ao enunciar que, operando-se a devolução do terreno, o vendedor deveria, de igual forma, reaver os frutos percebidos pelo comprador enquanto pendente a condição, posto que não deveria ficar em seu poder “*nada por força da coisa em relação a qual tivesse faltado boa-fé*”.

Não se vislumbra suposta divergência⁷³⁰ entre a solução proposta por NERÁCIO (“*com relação aos frutos que tivesse percebido o comprador, deve-se entender que o comprador os percebeu, para si e por seu próprio direito*”) daquela que o próprio jurisconsulto atribui a ARISTÃO (“... *se tivesse devolvido o terreno, entendia Aristão que deveria ser dado ao vendedor uma ação em relação aos frutos contra o comprador...*”).

Afinal, *a priori*, por força do efeito irradiado pela aposição do pacto resolutivo suspensivamente condicionado à compra e venda, reconhece-se o direito de o comprador perceber os frutos, tão logo tenha entrado na posse do bem. Contudo, decorrido o termo

⁷²⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 414.

⁷²⁷ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*. Mestrado (Dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 71; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 414.

⁷²⁸ A. LOVATO, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*, L. Solidoro. G. Giappichelli, 2018, p. 131.

⁷²⁹ Cf. J. A. GODDARD, *Libro XVIII del Digesto (sobre la compraventa)*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 50, “*la opinión de Neracio es que se entiende que el comprador adquiere los frutos, por derecho próprio, em el tempo intermedio, por lo cual podría retenerlos si devolvía el fundo; Ariston, aquí citado tenía la opinión contraria, que todos los frutos debían devolverse; una solución intermedia es la que ofrece Ulpiano (párrafo 4.1 de este título) de que puede retener frutos si pago una parte del precio, pero posiblemente sea una solución interpolada por los compiladores*”.

⁷³⁰ J. A. GODDARD, *Libro XVIII del Digesto (sobre la compraventa)*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 50.

sem que o comprador tenha adimplido o preço, opera-se a resolução do contrato, e, devolvido o terreno, justo se torna a devolução dos frutos percebidos pelo comprador, a fim de que o vendedor não incorra em prejuízo.

Por isso, no tocante aos frutos percebidos pelo comprador enquanto pendente a condição, o entendimento aqui adotado é distinto daquele enunciado por J. A. GODDARD⁷³¹.

Afinal, não se identifica no fragmento divergência entre NERÁCIO e ARISTÃO quanto à solução da lide posta, apenas se observa que o recorte temporal adotado por estes autores é distinto: primeiramente NERÁCIO se manifesta sobre os frutos percebidos antes de ocorrer o evento estabelecido na condição (adimplemento), enquanto que, ao citar ARISTÃO, o inadimplemento já foi verificado: ocorrida a condição prevista na cláusula, resolvido está o contrato, e, portanto, devida será a restituição dos frutos percebidos pelo comprador.

Nas hipóteses em que a condição resolutiva é acrescida ao ato translativo da propriedade, discute-se se, verificada a condição, o alienante recupera automaticamente o domínio da coisa (*ipso iure*), podendo reclamá-la de terceiro mediante a *rei vindicatio*, ou se o vendedor passa a ter o direito de natureza pessoal de exigir do adquirente a devolução da coisa⁷³².

E, diante disso, o questionamento que se coloca é atinente à ação adequada para o vendedor recuperar os frutos percebidos pelo comprador na pendência da condição resolutiva.

⁷³¹ J. A. GODDARD, *Libro XVIII del Digesto* (sobre la compraventa), Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 50

⁷³² M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 73.

Sobre o tema, V. ARANGIO-RUIZ⁷³³ questiona se a ação proposta por Nerácio, no fragmento em estudo, seria a *actio in factum*⁷³⁴, enquanto outros autores⁷³⁵ indicam que a restituição dos frutos poderia ser obtida através da *actio venditi*.

A justificativa para a restituição dos frutos percebidos pelo comprador na vigência da cláusula resolutiva através da *actio venditi*, reside no fato de que o contrato de compra e venda teria irradiado seus efeitos até que não verificado o adimplemento no prazo avençado.

A utilização da *actio venditi*, inclusive, era a solução indicada por VAN ZYL⁷³⁶ para a recuperação do imóvel pelo vendedor após a resolução negocial.

A conclusão obtida por VAN ZYL⁷³⁷ decorre da análise do Decreto Imperial C, 4, 53, 3, em que o Imperador Alexandre Severo nega ao vendedor do imóvel a recuperação da propriedade transferida pela *reivindicatio*, pois, em face do comprador inadimplente, quando resolvido o contrato de compra e venda com *lex commissoria*, a ação contratual aplicável deveria decorrer da venda (*actio venditi*).

Neste sentido, também, M. KASER⁷³⁸, entende que mediante o uso da *actio venditi*, o vendedor poderia exigir o pagamento do preço, os juros decorrentes do atraso e certas prestações acessórias⁷³⁹.

⁷³³ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 419.

⁷³⁴ De acordo com M. KASER (*Römisches Privatrecht*, 2 ed., 1992, trad. port. Hämerle, Ferdinand e Rodrigues, Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 197; 264), a *actio* é o meio processual para realizar o direito privado em litígio, e, os romanos para diferenciar as relações obrigacionais utilizavam as fórmulas redigidas para cada *actio*. Entretanto, com o enfraquecimento da tipicidade, foi permitido aos pretores criar ações para a resolução de casos fáticos específicos, além daquelas previstas nos editos – eram as *actiones in factum*. Para J. C. MOREIRA ALVES *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, pp. 242-243, as *actiones in factum*, entendidas como categoria das ações pretorianas, eram caracterizadas pela ausência da *intentio in ius*, posto que nesta parte da fórmula havia apenas a descrição dos fatos, e, por intermédio das *actiones in factum* era possível a tutela de situações não previstas no *ius civile*.

⁷³⁵ M. KASER (*Römisches Privatrecht*, 2 ed., 1992, trad. port. Hämerle, Ferdinand e Rodrigues, Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 197, p. 243; D. H. VAN ZYL, Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae Als Entscheidungsgrundlage des Römischen Privatrechts*, in *Fundamina*, (23), 2017, pp. 234-235.

⁷³⁶ D. H. VAN ZYL, Deon H. Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae Als Entscheidungsgrundlage des Römischen Privatrechts*, in *Fundamina*, (23), 2017, pp. 234-235.

⁷³⁷ D. H. VAN ZYL, Deon H. Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae Als Entscheidungsgrundlage des Römischen Privatrechts*, in *Fundamina*, (23), 2017, pp. 234-235.

⁷³⁸ M. KASER (*Römisches Privatrecht*, 2 ed., 1992, trad. port. Hämerle, Ferdinand e Rodrigues, Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, p. 243.

⁷³⁹ Entendidos os frutos como acessórios da coisa principal, a sua restituição deveria ocorrer mediante o uso da *actio venditi*.

Com efeito, o uso da *actio venditi* parece ser o instrumento mais adequado para a restituição dos frutos percebidos enquanto pendente a cláusula resolutiva, posto que, quando da percepção dos frutos, o negócio jurídico de compra e venda irradia os seus efeitos, sendo a eficácia obstada apenas quando do não cumprimento da obrigação do comprador.

Neste sentido, importante ressaltar que apesar de V. ARANGIO-RUIZ questionar a ação processual mais adequada para a recuperação dos frutos, sugerindo o uso da *actio in factum* - pela impossibilidade de se usar a ação da venda quando esta for considerada não celebrada ou revogada -, ao discorrer sobre o *pactum disiplicentiae*, o autor admite que, a partir da obra de Sabino, a *actio in factum* poderia ser substituída pelas ações próprias da compra e venda⁷⁴⁰.

9.3.2 Ações cabíveis para a restituição da *res* objeto da prestação

A opinião dominante é a de que no direito pré-justiniano ocorria a resolução obrigatória do negócio, ou seja, o vendedor tinha direito pessoal de exigir do adquirente a devolução da coisa⁷⁴¹ em caso de inadimplemento do preço.

Esse entendimento é obtido mediante a análise de D. V. 283 e Diocl. et Max., C. 8, 54, 2 (de 286 d. C.).

Tais fragmentos se reportam ao período clássico e pós-clássico respectivamente e tratam da questão de forma contraditória.

Em F. V. 283 é possível identificar que, realizada a doação da propriedade *praedia stipendiariorum* sob a condição de que retornasse ao patrimônio do doador após a morte do donatário, o negócio jurídico não poderia ser considerado válido.

A invalidade decorria do entendimento já analisado, relativo à impossibilidade da propriedade ser transferida *ad tempus*⁷⁴² (“*si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferi nequiverit*”).

⁷⁴⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974, p. 404.

⁷⁴¹ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 72.

⁷⁴² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 251. e M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 72.

Já em Diocl. et Max., C. 8, 54, 2 (de 286 d. C), por outro lado, a constituição é interpretada no sentido de possibilitar que o negócio jurídico estivesse submetido a determinado prazo certo ou incerto (“... *donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda*”).

Em razão da expressa contradição entre os fragmentos, que se referem a mesma Constituição Imperial, F. WIEACKER⁷⁴³ defende que a segunda passagem é fruto de interpolação, pois, enquanto o primeiro fragmento salienta o caráter perpétuo da propriedade, o segundo admite a propriedade resolúvel, mitigando a regra vigente relativa à perpetuidade da propriedade.

Com o direito justiniano a demanda passa a ser analisada sob um novo prisma, identificado em dois fragmentos específicos referentes à *lex commissoria*: *Scaed. 7 dig., D. 18, 3, 8 e Alex. Sev., C. 4, 54, 4 (de 222 d.C)*.

No primeiro fragmento, Cévola informa a situação de uma mulher que recebeu parcialmente uma quantia a título de arras pela venda de terrenos, tendo sido acordado, para um momento posterior, o pagamento do restante (*muier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta tempora solutioni reliquae pecuniae...*)⁷⁴⁴.

Na hipótese de inadimplemento, o comprador Caio Seio perderia as arras e o negócio seria considerado não celebrado (“... *quibus si non paruisset emptor, pactus est ut arram perderet et inemptae villae essente...*”)⁷⁴⁵.

No prazo acordado, entretanto, o pagamento não pode ser realizado em virtude da ausência da parte vendedora (“...*die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem...*”).

Malgrado o inadimplemento ter se verificado em razão de comportamento atribuído à vendedora, o comprador foi citado no dia seguinte a fim de sofrer as

⁷⁴³ F. WIEACKER, *Lex Commissoria: Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932, pp. 66 e ss. No mesmo sentido está B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madri, Dykinson, 2010, p. 104.

⁷⁴⁴ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 73.

⁷⁴⁵ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 73.

consequências do não pagamento (“... *posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante muliere pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret...*”)⁷⁴⁶.

O jurista questiona ser possível o emprego de uma *reivindicatio* (“... *quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris...*”). A essa pergunta, o jurista responde que o comprador não poderia sofrer os efeitos da *lex commissoria* (“... *Respondit secundum e aquae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem*”).

Ainda que o uso da *reivindicatio* não seja possível, pois o inadimplemento foi ocasionado por ato atribuído à vendedora, o pensamento justiniano adotado indica uma resolução real do negócio jurídico celebrado, tendo sido mencionada a *vindicatio* a propósito da coisa, cuja propriedade já houvera sido transferida resolutivamente⁷⁴⁷.

Já em *Alex. Sev., C. 4, 54, 4 (de 222 d. C)*, extrai-se a vedação no emprego da *lex commissoria* (“*Commissoriae venditionis legem exercere non potest...*”), nos casos em que, verificado o termo, não se exige a coisa por *rei vindicatio* (“...*qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere...*”), por preferir receber o preço (“... *sed usurarum pretii petitionem sequi maluit...*”)⁷⁴⁸.

Ou seja, o vendedor que, podendo se beneficiar pelos efeitos da *lex commissoria* preferir a cobrança do valor inadimplido, não pode se arrepender. E, verificado o inadimplemento do pagamento, o vendedor teria a sua disposição uma *reivindicatio* (*ação real*) para recuperar a coisa vendida⁷⁴⁹.

V. CARRO⁷⁵⁰ entende ser contrário a qualquer experiência romanista que o contrato de compra e venda pudesse ter atuado para transferir ou constituir direitos reais. Entretanto, as possibilidades para evitar a aquisição de propriedade do imóvel pelo

⁷⁴⁶ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 74.

⁷⁴⁷ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, (Tese de Doutorado), São Paulo, FADUSP, 2004, p. 75.

⁷⁴⁸ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 74.

⁷⁴⁹ M. L. REIS, *O pacto comissório no Direito Romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014, p. 74.

⁷⁵⁰ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 105.

comprador eram tais, que era necessário pensar que só em casos muito excepcionais poderia surgir a oportunidade de uma *reivindicatio* do vendedor⁷⁵¹.

Os vendedores se prestavam ao ato solene porque, em tema de obrigação, sempre que as partes fossem romanas e as coisas *mancipi*, o vendedor era obrigado a transferir a titularidade da coisa mediante *macipatio*⁷⁵².

Entretanto, V. CARRO acredita que a *mancipatio* era efetivamente utilizada entre as partes romanas em virtude da ampla difusão do ato solene, e porque cada comprador tendia a garantir a melhor situação possível para si, em termos de segurança, e não porque o contrato de compra e venda exigisse uma obrigação nesse sentido: o contrato consensual se executava mediante a *traditio*⁷⁵³.

A adoção da *reivindicatio* no último período clássico se justifica porque a doutrina atribuía efeitos resolutivos à condição, e no período justiniano foi restaurada a possibilidade da condição suspensiva, ainda que alternativamente, de acordo com o *quid actum sit*. Isso abriu caminho para o reconhecimento da *reivindicatio* a depender da conveniência do caso concreto⁷⁵⁴.

Isso explica em parte o aspecto controvertido de alguns textos da jurisprudência, como aquele evidenciado no confronto entre duas constituições de Severo em C. 4, 54, 3-4. Enquanto a primeira exclui a *reivindicatio* ao remeter o vendedor para a ação contratual, a segunda considera a *reivindicatio* como remédio normal para aquele que não renuncia à validade da cláusula⁷⁵⁵.

O primeiro texto é completo na fixação dos limites da regra negativa enunciada, sendo aplicável sempre que se tenha transferido a propriedade ao comprador. E, para aqueles que consideram a condição como suspensiva, nem mesmo uma *res nec Mancipi* teria sido capaz de transmitir a propriedade do imóvel sem a *iusta causa traditionis*.

⁷⁵¹ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 105.

⁷⁵² V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 106.

⁷⁵³ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 106.

⁷⁵⁴ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 107.

⁷⁵⁵ V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, In: *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 107.

Tal mecanismo é consoante ao entendimento justinianeu, de que a retroatividade da condição enseja a extinção automática do domínio do adquirente.

10.A condição no Código Civil Brasileiro

Assim como na experiência jurídica romana⁷⁵⁶, para o ordenamento jurídico brasileiro, a condição é palavra polissêmica. Seu emprego pode representar qualquer circunstância, requisito, situação, estado ou relação de dependência.

Para C. F. DE ALMEIDA⁷⁵⁷, a condição é sinônimo de cláusula contratual, não só no ordenamento jurídico brasileiro, como no inglês (*condition*) ou alemão (*geschäftsbedingung*).

Com relação à função da condição, condicionar significa fazer depender um ou mais efeitos jurídicos à ocorrência de determinado acontecimento incerto. E tal significado se aproxima do próprio conceito atribuído ao termo pela linguagem comum⁷⁵⁸.

Assim como na experiência romana, a condição entendida como termo polissêmico representa, ao mesmo tempo a cláusula contratual e o evento condicionante, a ser verificado na realidade fática.

Segundo CANTALI⁷⁵⁹, a partir da previsão “se” e uma consequência “então”, a condição se apresenta como uma norma, que incide no contrato, e atua no campo da eficácia. Já como evento, se refere tanto à descrição do fato na cláusula contratual quanto ao próprio evento verificado, que dá início ou encerra a eficácia do contrato.

No Código Civil brasileiro, a condição se apresenta no campo da eficácia, tendo como base o artigo 121 do Código Civil, aos dispor que a condição subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

Ainda que esse entendimento também seja identificado no Direito Francês, no qual MATHIAS LATINA⁷⁶⁰ identifica uma relação de dependência entre a eficácia de um

⁷⁵⁶ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

AES, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 76.

⁷⁵⁷ C. F. DE ALMEIDA, *Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Coimbra, Almedina, 2014. p. 115-116.

⁷⁵⁸ R. U. CANTALI, *Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos*, *In Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p.2.

⁷⁵⁹ R. U. CANTALI, *Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos*, *In Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p.2.

⁷⁶⁰ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats. Bibliothèque de Droit Privé. Prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*. Paris, LGDJ, 2009, p. 125.

contrato e um evento futuro externo, e no Direito Italiano, em que PIETRO RESCIGNO⁷⁶¹ identifica uma relação de subordinação entre os efeitos e a resolução do contrato quando a condição é verificada, CARIOTA FERRARA⁷⁶² salienta a existência de um grupo de juristas que atribui aos contratos condicionais a ideia de contratos não perfectibilizados. Para tais autores, a condição, como decorrente da vontade das partes, seria elemento de existência do negócio jurídico⁷⁶³.

Para aqueles que entendem ser a condição elemento que interfere na existência do negócio jurídico, há peculiar existência de duas vontades: uma afirmativa, para o caso da condição se verificar, e uma negativa, caso a condição não se verifique.

Assim, a conclusão para tais autores é a de que a vontade não existe sem que a condição se realize. E, por estar a manifestação de vontade no plano da existência, não haveria, por conseguinte, negócio jurídico⁷⁶⁴.

A posição majoritária e adotada por esse trabalho, entretanto, é a de que a condição interfere no plano da eficácia dos negócios jurídicos, e, um dos fundamentos utilizados para tal conclusão é a concepção da condição não como negócio jurídico acessório, mas parte incidível de um único negócio.

Com isso, na declaração negocial, a manifestação de vontade nasce sujeita a uma condição, que é dela inseparável⁷⁶⁵.

Esse entendimento tem como representantes WINDSCHEID e ENNECCERUS, para quem não existia uma dupla vontade, de modo que a condição afeta apenas a eficácia do contrato.

⁷⁶¹ P. RESCIGNO, *Condizione* (diritto vigente), v. VIII, Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1961, p. 763.

⁷⁶² L. C. FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. para o espanhol de Manuel Albaladejo. Madri, Aguilar, 1956. p. 548.

⁷⁶³ A denominação “*elementos de existência*” decorre da Teoria de A. J. DE AZEVEDO (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 40.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2002), para quem elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe a sua existência no campo do direito. Nesse sentido, os elementos do negócio jurídico seriam classificados como gerais, ou seja, comuns a todos os negócios jurídicos, categoriais, próprios de cada negócio jurídico e particulares, existentes em um negócio jurídico determinado. Dentre os elementos gerais estão a forma, o objeto e as circunstâncias negociais (elementos intrínsecos ou constitutivos), tempo, lugar e o agente.

⁷⁶⁴ R. U. CANTALI, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos, *In Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p. 3.

⁷⁶⁵ R. U. CANTALI, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos, *In Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p. 4.

A superação de tal divergência acerca da natureza da condição é sugerida por MATHIAS LATINA⁷⁶⁶, para quem deve ser diferenciada a relação contratual do contrato propriamente dito. Segundo a autora, as condições não influenciam a existência do contrato, em razão da existência autônoma da relação contratual⁷⁶⁷.

10.1 A condição como manifestação de vontade das partes

No direito brasileiro, A. J. DE AZEVEDO⁷⁶⁸, ao classificar os elementos de existência do negócio jurídico, o faz mediante três categorias: (a) elementos gerais dos negócios jurídicos; (b) elementos categoriais dos negócios jurídicos; (c) elementos próprios dos negócios jurídicos.

Os elementos gerais do negócio jurídico são comuns a todos os negócios e consistem na forma, objeto, circunstâncias negociais, tempo, lugar e agente. De acordo com o autor⁷⁶⁹, na ausência dos elementos tempo ou lugar, não haverá nem ao menos fato jurídico. Já quando ausente o agente, pode haver fato, mas não ato jurídico.

Por fim, sem as circunstâncias negociais forma ou objeto poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico. E, a falta de qualquer um desses elementos acarreta a inexistência do negócio.

Diante disso, forçoso reconhecer que a condição não consta como elemento geral do negócio jurídico. A condição consubstancia, em verdade, segundo a classificação de A. J. DE AZEVEDO⁷⁷⁰, elemento particular, decorrente necessariamente da vontade das partes.

Assim, ainda que a condição seja classificada como elemento particular do negócio jurídico, e, portanto, componha o plano da existência, não afeta a existência do

⁷⁶⁶ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats. Bibliothèque de Droit Privé*. Prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Paris, LGDJ, 2009.

⁷⁶⁷ A sugestão proposta por MATHIAS LATINA (*Essai sur la condition en droit des contrats. Bibliothèque de Droit Privé*. Prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Paris, LGDJ, 2009) se insere no cerne do Direito Francês, que compreende o contrato como uma troca de consensos. Diferentemente, no Brasil além do contrato ser compreendido como negócio jurídico bilateral, Pontes de Miranda propõe os planos dos negócios jurídicos (Teoria Tricotômica).

⁷⁶⁸ A. J. DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 40.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 30 e ss.

⁷⁶⁹ A. J. DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 40.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 30 e ss.

⁷⁷⁰ A. J. DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 40.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 30 e ss.

negócio - situação que apenas ocorre quando se trate de um elemento geral do negócio jurídico.

Por isso, a conclusão obtida é a de que apesar da condição ser elemento do negócio jurídico, a verificação do evento é fator de eficácia⁷⁷¹.

Diante disso, dizer que o contrato está submetido à condição significa reconhecer que os seus efeitos são condicionados a evento futuro e incerto, motivo pelo qual R. U. CANTALI⁷⁷² sustenta que os efeitos do contrato permanecem condicionados, sendo a condição relativa à exigibilidade da prestação.

Ou seja, para o autor⁷⁷³, o contrato condicional tem alguns de seus efeitos submetidos à ocorrência de determinado evento futuro e incerto, motivo pelo qual há incertezas quanto à exigibilidade da prestação.

Tal característica, enseja duas considerações: (a) a relação de dependência não condiciona a existência da relação jurídica obrigacional e (b) a exterioridade do evento condicional é consequência do caráter acessório da condição (mais especificamente do seu caráter não essencial)⁷⁷⁴.

Com isso, a conclusão é a de que a incerteza é a essência da condição, e carrega um risco necessário, que é o da condição se implementar ou não. O risco se relaciona com o motivo das partes, ou seja, com as razões que ensejaram a contratação, em se considerando que a implementação da condição resolutiva enseja o desaparecimento do motivo⁷⁷⁵.

Apesar de o motivo não ser relevante para o ordenamento jurídico, F. C. PONTES DE MIRANDA⁷⁷⁶ bem considera que o motivo, quando se apresenta como condição, recebe relevância pelo ordenamento jurídico.

⁷⁷¹ R. U. CANTALI, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos, *in* *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p. 5.

⁷⁷² R. U. CANTALI, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos, *in* *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p. 6.

⁷⁷³ R. U. CANTALI, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos, *in* *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p. 6.

⁷⁷⁴ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats. Bibliothèque de Droit Privé*. Prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Paris, *LGDJ*, 2009, p. 34.

⁷⁷⁵ R. U. CANTALI, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p. 6.

⁷⁷⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pp. 371-372

No mesmo sentido F. AMARAL⁷⁷⁷ afirma que os motivos psicológicos do agente não são suficientes para impedir ou limitar os efeitos que a ordem jurídica atribuiu aos efeitos da declaração negocial. E, por isso, a condição serve à autonomia privada, pois proporciona a acomodação da vontade nas relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam⁷⁷⁸.

A relação entre condição e autonomia privada já era reconhecida por A. VON TUHR⁷⁷⁹, ao admitir que a vontade poderia ser considerada elemento integrante do negócio, quando lhe fosse atribuída característica de elemento accidental.

Para o autor⁷⁸⁰, a condição dilata em termos de importância, a autonomia privada, pois, a vontade da parte tem poder soberano para decidir sobre a delimitação jurídica dos seus interesses.

Com isso, a condição permite ao sujeito jurídico adaptar os efeitos da sua vontade às distintas modalidades do futuro, em cuja possibilidade prevê e dá relevância jurídica a motivos que são irrelevantes ao ordenamento jurídico⁷⁸¹. Ademais, a condição permite influenciar na capacidade de agir de outra pessoa, sem impor uma obrigação a respeito da conduta que há de ser executada⁷⁸².

No mesmo sentido, F. S. AMARAL NETO⁷⁸³ dispõe que a razão de existência da condição é servir de instrumento jurídico às partes, a fim de que adaptem os efeitos de sua declaração de vontade a circunstâncias especiais, imprevisíveis e futuras, de modo que certos fatos nasçam ou extingam certos direitos.

⁷⁷⁷ F. S. AMARAL NETO, *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 79-80.

⁷⁷⁸ J. S. RIBEIRO, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999. p. 21; R. U. CANTALI, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, p. 7.

⁷⁷⁹ A. VON TUHR, *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán: los hechos jurídicos*, v. II, traduzido do Alemão por T. RAVÀ, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 222

⁷⁸⁰ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 214.

⁷⁸¹ A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, Reus, 1934, p. 214.

⁷⁸² Para o autor, “se A promete a B uma prestação para o caso de se realizar um determinado ato, essa promessa contribuirá para a abstenção deste ato. Se a promessa foi uma recompensa pela realização de um ato, servirá de estímulo para a sua realização” (tradução livre).

⁷⁸³ F. S. AMARAL NETO, *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 78.

Entretanto, não é qualquer espécie de acontecimento que condiciona a eficácia do contrato, pois a autonomia privada é limitada⁷⁸⁴. Entendida tal limitação, o ordenamento jurídico concebe como ilícita a condição meramente potestativa, em decorrência da impossibilidade lógica de se obrigar e deixar a obrigação à própria vontade⁷⁸⁵.

Outra limitação diz respeito aos negócios jurídicos que não aceitam a adição de condição. Assim, apesar da tendência a ser aplicada aos negócios jurídicos, por se tratar de expressão da autonomia privada, assim como no direito romano⁷⁸⁶, existem espécies de negócios jurídicos que ainda hoje não suportam a sua presença, em razão de expressa previsão legal ou pela sua própria natureza.

Dentre eles destacam-se o casamento, a ratificação do casamento, o reconhecimento de filiação, a adoção, a transmissão da propriedade mobiliária e imobiliária, a enfiteuse, a aceitação ou renúncia de herança ou legado, a aceitação ou impugnação de inventariante ou testamenteiro, a compensação, a procuração judicial e os atos jurídicos *stricto sensu*⁷⁸⁷.

Com isso, a conclusão obtida é a de que, assim como na experiência romana, (i) a condição atua na eficácia do negócio jurídico⁷⁸⁸, a incerteza do acontecimento é elemento essencial para a existência da condição e a implementação da observância do evento assinalado na condição decorre de ato volitivo das partes contratantes, que expressam claramente a vontade destinada à aposição de tal cláusula; (ii) existem negócios jurídicos que, por sua natureza, não aceitam a adição de uma condição.

11. A resolução contratual no Código Civil de 2002

⁷⁸⁴ R. U. CANTALI, *Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos* Revista de Direito Civil Contemporâneo, (22), 2020, p. 8.

⁷⁸⁵ L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5 ed., v. II, Madrid, Civitas, 1996, pp. 351-352.

⁷⁸⁶ Vide M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 250.

⁷⁸⁷ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato* (arts 472 ao 480), v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 369.

⁷⁸⁸ Ainda que a experiência romana não tenha desenvolvido bases sólidas relativas à Teoria do Negócio Jurídico, importante considerar que do estudo realizado sobre as fontes é possível concluir que a condição opera na eficácia do negócio jurídico.

Ressurgida nos Códigos Civis Modernos, a resolução contratual foi concebida como o ato de um dos contratantes que se dirige à dissolução do vínculo contratual, de modo a fazer com que as partes retornem ao *status quo ante*⁷⁸⁹.

Tal resolução pode ser aplicada tanto aos contratos de prestações duradouras como aos contratos de prestações instantâneas⁷⁹⁰ e pode ser conceituada como a destruição da relação obrigacional, requerida por um dos contratantes, com base em fato posterior à celebração do contrato⁷⁹¹.

A existência da condição no negócio jurídico enseja uma modalidade específica da obrigação, entendida como condicional, em oposição à pura ou simples⁷⁹².

Alguns sistemas jurídicos não diferenciam a condição da cláusula resolutiva, vez que as consequências alcançadas são as mesmas e se referem à resolução e extinção do negócio jurídico, independente da nomenclatura atribuída⁷⁹³.

De maneira geral, hoje são reconhecidas duas espécies de resolução contratual, a primeira dita legal e a segunda denominada convencional. Quando convencional, a revogação se opera no mesmo momento em que o contrato se reporta, ou em momento posterior.

Em ambas, entretanto, a premissa para a subsunção dos fatos à norma é a existência de negócio jurídico bilateral, inadimplemento definitivo e que o contratante que invoca a resolução não esteja inadimplente⁷⁹⁴. Além destes pressupostos, a exigência que se repercute, ainda, é a de que o autor invoque e prove o fundamento da resolução⁷⁹⁵ pretendida.

⁷⁸⁹ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 49.

⁷⁹⁰ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 7 ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 267.

⁷⁹¹ A. VARELA, *Das obrigações em geral*, v. II, Coimbra, Almedina, 2001, p. 275.

⁷⁹² R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato* (arts 472 ao 480), v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 369.

⁷⁹³ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato* (arts 472 ao 480), v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 369.

⁷⁹⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 414.

⁷⁹⁵ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 7 ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. p. 268.

Havendo como base a distinção entre as duas formas de se operar a resolução dos contratos, o Código Civil brasileiro dispõe no artigo 474⁷⁹⁶ sobre a hipótese da resolução negocial, enquanto no artigo 475 estabelece as regras para a resolução legal.

11.1 A cláusula resolutiva e a condição resolutiva no ordenamento jurídico brasileiro

Apesar de mencionado acima que parte da doutrina e dos sistemas jurídicos não diferencia a cláusula resolutiva da condição resolutiva, porque ambas as estruturas alcançam o mesmo efeito - a extinção da obrigação – a experiência jurídica romana bem indica a importância de se diferenciar os dois conceitos.

Conforme elucida R. R. AGUIAR⁷⁹⁷, a condição resolutiva é “*um modo de ser do contrato, desenhado e subordinado ao evento condicional*”, enquanto a cláusula resolutiva é pacto ou convenção acessória (dispositivo) que eventualmente atuará no futuro.

Ainda, elucida o autor que a condição resolutiva, salvo as exceções já mencionadas, pode constar em todos os tipos de negócios jurídicos, já a cláusula resolutiva, em razão de sua natureza convencional, figura apenas nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos⁷⁹⁸.

Ademais, observa-se que a maior diferença havida entre a cláusula resolutiva e a condição é a mesma daquela existente entre a *lex commissoria* e a *condicio* na experiência jurídica romana: a condição resolutiva extingue a relação jurídica estabelecida pelas partes e tem eficácia imediata⁷⁹⁹, enquanto a cláusula resolutiva atribui ao credor o direito de resolver⁸⁰⁰ o contrato.

⁷⁹⁶ Art. 474 CC/02: A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

⁷⁹⁷ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato* (arts 472 ao 480), v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 370.

⁷⁹⁸ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato* (arts 472 ao 480), v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 371.

⁷⁹⁹ Ao elucidar o tema, J. M. ITURRASPE (*Contratos: edición actualizada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 390) pontua que “*não podem confundir-se a ‘condição resolutória’ com a cláusula ou pacto comissório expresso. Ambas operam de pelo direito a resolução, mas uma, a condição, desde a ocorrência do fato e o pacto, diversamente, desde que se declara e comunica a vontade de resolver sobre a base do incumprimento. Ou seja, a arte cumpridora tem sempre a possibilidade de optar por exigir da incumpridora a execução de suas obrigações com danos e prejuízos ou declarar a vontade de resolver*”.

⁸⁰⁰ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato* (arts 472 ao 480), v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, pp. 371/372.

Diante desse contexto, é possível afirmar que a condição resolutiva extingue um direito adquirido, enquanto a cláusula resolutiva extingue o contrato justamente porque o devedor não adquiriu o direito previsto no negócio jurídico⁸⁰¹, pois a prestação não foi executada⁸⁰².

Por isso, a cláusula resolutiva expressa pode ser concebida como um meio de defesa do credor – como a *exceptio* – para tutelar a condição de igualdade entre as partes, tutelando o equilíbrio contratual.

11.2 Antecedentes da cláusula resolutiva no ordenamento jurídico brasileiro

No Código Civil de 1916, o fato superveniente com força resolutiva era identificado em três diferentes dispositivos, a saber: (i) artigo 119, parágrafo único; (ii) artigo 1.092, parágrafo único e (iii) artigo 1.163.

O artigo 119, parágrafo único (*a condição resolutiva da obrigação pode ser expressa ou tácita, operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo*) prevê a condição resolutiva em suas duas modalidades: resolutiva e tácita, sendo esta última o fundamento para a resolução prevista no artigo 1.092, parágrafo único (“*a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos*”).

Inclusive, o próprio artigo 1.092, parágrafo único permitia efetivamente a resolução do contrato por inadimplemento do devedor, enquanto o artigo 1.163 apresentava expressamente a *lex commissoria* (ou pacto comissório), mediante a previsão

⁸⁰¹ R. R. AGUIAR JÚNIOR, (*Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 373) é didático ao diferenciar a cláusula resolutiva da condição resolutiva mediante a descrição de um exemplo prático. Para o autor “*no contrato de compra e venda de uma casa, por exemplo, pode constar a condição resolutiva de desfazimento do negócio se o comprador não vencer uma eleição. Essa é uma condição, não é uma cláusula resolutiva, porque não diz com a bilateralidade da relação, em que o vendedor transmite o bem e o comprador paga o preço. A cláusula que estabelece a obrigação de o comprador pagar em 90 dias, sob pena de desfazimento do negócio é cláusula resolutiva, pois significa que a prestação não foi cumprida no tempo previsto, cabendo ao credor escolher entre extinguir o contrato (ação de resolução) ou cobrar o débito (ação de adimplemento). Na condição, os contratantes cumpriram com as suas prestações; na cláusula, pelo menos uma das partes ainda não cumpriu*”.

⁸⁰² R. R. AGUIAR JÚNIOR, (*Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 372).

de cláusula especial do contrato de compra e venda que promovia a extinção do contrato por inadimplemento do comprador⁸⁰³:

“ajustado que se desfça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda”.

No mencionado art. 1.092, parágrafo único do Código Civil de 1916 era possível identificar a influência da *lex commissoria*, tanto pela opção terminológica quanto pelo mecanismo de funcionamento do pacto comissório, que atribuía à opção manifesta do devedor o pressuposto para que a resolução do contrato fosse eficaz.

No Código Civil de 2002, foi prevista apenas a condição resolutiva expressa⁸⁰⁴, com eficácia *pleno iure*, nos artigos 127 e 128, que pode figurar em qualquer negócio jurídico (salvo as exceções legais) e que atribui uma modalidade (condicional) à obrigação⁸⁰⁵.

Já para a extinção do contrato bilateral por inadimplemento, o legislador previu a cláusula resolutiva expressa, inserida não mais no capítulo destinado às condições, mas naquele pertinente à extinção do contrato, haja vista a consolidação da diferença entre ambos os institutos.

Com isso, a primeira parte do já analisado artigo 474 do Código Civil de 2002 prevê a condição resolutiva expressamente convencionada pelas partes, que pode ser exercida mediante notificação do credor e se aproxima do pacto comissório antes previsto no artigo 1.163 do Código Civil de 1916, com a diferença de que o seu campo de aplicação é mais extenso, visto que não se aplica apenas aos contratos de compra e venda⁸⁰⁶.

⁸⁰³ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 375.

⁸⁰⁴ De modo a não repetir a regra prevista no artigo 119, parágrafo único do CC/16, na parte em que mencionada sobre a condição resolutiva tácita.

⁸⁰⁵ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 376.

⁸⁰⁶ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 377.

11.3 A resolução legal prevista no artigo 475 do Código Civil de 2002⁸⁰⁷

A resolução legal concede ao contratante, contra quem se operou o inadimplemento, o direito à resolução⁸⁰⁸. É considerada, portanto, como instrumento destinado à parte que se viu prejudicada pelo inadimplemento, apta a romper o vínculo contratual mediante ação judicial.

A resolução legal, portanto, exigirá sempre uma manifestação de vontade do contraente⁸⁰⁹.

O direito formativo modificativo à resolução⁸¹⁰ surge quando do inadimplemento e não é de eficácia automática, mas sim, *ex lege*, posto que dependerá do exercício do direito do interessado, que buscará decisão judicial de natureza constitutiva com eficácia executiva e condenatória, retroagindo seus efeitos à época da celebração do negócio⁸¹¹.

Por isso afirmar que a resolução por descumprimento é uma opção do credor, que pode optar entre extinguir o contrato ou exigir o cumprimento/execução da prestação em mora⁸¹².

Assim, ainda a resolução contratual fundada no artigo 475 do Código Civil⁸¹³ não pode ser confundida com a condição resolutiva prevista nos artigos 127 e 128 do Código Civil⁸¹⁴. Diante disso, a resolução do contrato por inexecução do devedor

⁸⁰⁷ Art. 475 do CC/02: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

⁸⁰⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 414.

⁸⁰⁹ A. VARELA, *Das obrigações em geral*, v. II, Coimbra, Almedina, 2001, p. 278; R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p.49.

⁸¹⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 404.

⁸¹¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 425.

⁸¹² R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 378.

⁸¹³ Que se relaciona ao artigo 1.092 do Código Civil de 1916.

⁸¹⁴ Da mesma forma como não estava previsto, no artigo 1.092 do Código Civil de 1916 uma condição resolutiva subentendida.

(inadimplemento) tem como fundamento dispositivo legal⁸¹⁵, e não a vontade presumida das partes⁸¹⁶.

Entendido o direito à resolução legal, deve-se compreender as hipóteses fáticas que ensejarão a subsunção do fato à norma⁸¹⁷.

O primeiro requisito para que haja o direito à resolução é a existência de um negócio jurídico bilateral e sinalagmático. Ou seja, mediante a prestação de um contratante, caberá a contraprestação da outra parte, e é justamente esta interdependência⁸¹⁸ das obrigações do comprador e do vendedor que justificará a resolução por um dos contratantes.

O segundo requisito será a existência de decisão judicial, pois, como já visto, a resolução se opera *ex lege*.

O terceiro requisito se refere ao incumprimento definitivo da obrigação, e, neste ponto, há significativas divergências com relação ao sentido alcançado pelo termo inadimplemento.

Para F. C. PONTES DE MIRANDA⁸¹⁹, qualquer inadimplemento ensejaria o direito à resolução, sendo seu pressuposto a existência de mora não purgada pelo devedor. No mesmo sentido está O. GOMES⁸²⁰ ao enunciar que a resolução legal poderia operar seus efeitos nos casos em que genericamente houvesse a inexecução da obrigação.

⁸¹⁵ Nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado: parte geral*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, t. 5, pp. 14/149). elucida que “*cumpra que não se confunde a condição resolutiva com o direito de resolução por inadimplemento, nos contratos bilaterais (art. 1.091, parágrafo único, do CC/16). Na espécie do art. 1.092, parágrafo único, não há qualquer condição, há apenas incidência de regra jurídica concernente aos contratos bilaterais, devido à dependência entre as prestações (...) a condição geraria direito expectativo a favor daquele que não tivesse o direito atual, ao passo que, no que se refere ao art. 1.092, parágrafo único (CC/16), o direito do contraente, nos contratos bilaterais, nasce do inadimplemento da prestação e é direito formativo gerador, que se exerce por ação e nada tem com a interpelação judicial do artigo 119, parágrafo único*”.

⁸¹⁶ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 374.

⁸¹⁷ Cf. R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, pp. 79 e ss.

⁸¹⁸ O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 171.

⁸¹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 425.

⁸²⁰ O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 170.

Por outro lado, alguns autores⁸²¹ entendem que a simples mora não seria, por si só, a causa para a resolução. Afinal, verificado o atraso ou o cumprimento imperfeito da prestação, seria possível ainda, o seu cumprimento ou o seu refazimento⁸²².

Assim, se de um prisma, alguns autores⁸²³ entendem pela possibilidade de se exercer o direito à resolução, ainda nos casos em que verificada apenas a mora, com fundamento no fato de que a expressão “inadimplemento” deveria ser interpretada em seu sentido amplo⁸²⁴, de outro, há entendimento de que o direito à resolução poderia ser exercido somente nos casos de inadimplemento absoluto ou de inadimplemento relativo que tornasse a obrigação inútil.

De toda forma, R. R. AGUIAR JÚNIOR⁸²⁵ estabelece que o incumprimento da obrigação, entendido como o requisito para a resolução dos contratos, é apenas aquele que se opera de maneira definitiva, “*originário de impossibilidade superveniente, total, absoluta, ou relativa, imputável ao devedor, ou resultante da perda de interesse do credor em receber uma prestação ainda possível, mas que não foi efetuada ou foi malfeita por impossibilidade parcial ou temporária, por cumprimento imperfeito ou pela mora*”⁸²⁶

Por fim, como quarto requisito para a verificação da resolução contratual, o contratante que alega o incumprimento da obrigação, não pode, ele mesmo, estar inadimplente na relação jurídica *in casu*.

Nessa situação, o ordenamento jurídico permite a *exceptio non adimpleti contractus* como matéria de defesa contra quem, ainda que inadimplente, pretenda a resolução contratual⁸²⁷

Assim, verificada a ocorrência cumulativa dos requisitos expostos, a parte lesada pelo inadimplemento contratual poderá exercer o *jus variandi*, pois, apesar de ter a faculdade de resolver o contrato pleiteando perdas e danos, caso seja de seu interesse,

⁸²¹ O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 37; R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p.120.

⁸²² A. ARRUDA. ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo, Saraiva, 5ed., 1980, p. 37.

⁸²³ O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 170.

⁸²⁴ M. CATALAN, *Descumprimento Contratual*, 6 ed., Curitiba, Juruá, 2010, p, 232.

⁸²⁵ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 96.

⁸²⁶ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 96.

⁸²⁷ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. XXXVIII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 419; R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, pp. 171-173.

poderá exigir o cumprimento da contraprestação⁸²⁸, nos casos em que a prestação puder ser conservada em sua utilidade⁸²⁹, de modo a ser resguardado o vínculo contratual.

11.4 A resolução convencional prevista no artigo 474 do Código Civil de 2002⁸³⁰

A resolução convencional, ou também conhecida como resolução negocial, é assim denominada em virtude da necessária existência de convenção ou acordo entre as partes contratantes.

Assim, caso estipulada a cláusula resolutiva expressa, e, verificado o inadimplemento, a resolução operará de pleno direito.

Contudo, sendo a cláusula tácita, conforme previsto na segunda parte do dispositivo legal em comento, para que a resolução opere seus efeitos, será necessária a interpelação judicial.

Entretanto, a assertiva legal de que a cláusula resolutiva expressa atua de pleno direito não significa eficácia automática. Ou seja: a dispensa - na cláusula resolutiva expressa - é de interpelação judicial, mas não se dispensa a deliberação do credor sobre a extinção do contrato ou execução da prestação inadimplente⁸³¹.

Esta comunicação do credor não se confunde com a interpelação exigida em leis específicas para que se caracterizar a mora do devedor⁸³².

Observa-se que os requisitos exigidos para que se opere a resolução convencional mantêm-se os mesmos da resolução legal, com exceção da decisão judicial,

⁸²⁸ O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 170-171.

⁸²⁹ R. PAULINO; R. CHUERI; R. AZEVEDO; O problema da causa na resolução dos contratos, *Revista de informação legislativa: RIL*, (53), nº 211, 2016 e ALVIM, Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit (nota 103 supra), p. 54.

⁸³⁰ Art. 474 do CC/02: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

⁸³¹ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 378.

⁸³² Previsão contida no artigo 32 da Lei nº 6.766/1979, que prevê a intimação do promissário comprador de bem imóvel loteado para sua constituição em mora; Decreto-Lei nº 745/1969 que exige a prévia interpelação para a constituição em mora do promissário comprador de imóvel não loteado; artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/1969 que prevê a carta registrada para a comprovação da mora; artigo 63 da Lei nº 4.591/1964 sobre incorporação imobiliária, que autoriza estipular a resolução contratual após prévia notificação com prazo de dez dias para a purgação da mora do adquirente com três prestações em atraso.

que será substituída pela interpelação judicial, necessária apenas na hipótese de cláusula tácita convencionada pelos contratantes.

De todo modo, a resolução do contrato continuará operando com eficácia *ex tunc*⁸³³, o que significa dizer que o negócio jurídico será entendido como não celebrado, havendo como consequência, o retorno das partes à situação em que se encontravam antes da celebração do negócio⁸³⁴.

Importa considerar que com a resolução contratual se obtém o efeito liberatório, o que significa dizer que o exercício do direito formativo à resolução contratual extingue a relação obrigacional havida entre as partes, liberando tanto o credor, quanto o devedor das obrigações previamente avençadas⁸³⁵.

O artigo 474 do Código Civil cita a interpelação judicial no caso de resolução tácita, em evidente transposição da literalidade do artigo 119, parágrafo único do Código Civil de 1916.

Entretanto, tanto na resolução tácita quanto na expressa, o credor deve manifestar a sua vontade no sentido de que o contrato será desfeito, pois sempre cabe ao credor escolher o exercício do direito potestativo⁸³⁶.

A grande diferença reside nas situações em que a passagem do termo essencial sem a prestação esperada caracteriza o inadimplemento incontroverso⁸³⁷, de modo que o credor considera o negócio jurídico extinto independente de interpelação judicial, operando-se a cláusula resolutiva tácita por meio de comunicação extrajudicial⁸³⁸.

⁸³³ Cf. R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 64, os efeitos esperados da resolução são *ex tunc*, na medida em que restituirá as partes à posição ocupada ao tempo da celebração do negócio jurídico. Todavia, em se tratando de contratos duradouros de execução continuada, ou ainda de execução periódica, o efeito alcançado pela resolução será *ex nunc*, haja vista a necessária manutenção das prestações recíprocas que já foram efetivamente prestadas.

⁸³⁴ A. VARELA, *Das obrigações em geral*, v. II, Coimbra, Almedina, 2001, p. 277; R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p.49.

⁸³⁵ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 49.

⁸³⁶ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 381.

⁸³⁷ É o caso do vestido de noiva que não é finalizado na data do casamento ou do músico que não comparece no dia da audição.

⁸³⁸ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 382.

Não se descarta que ainda nos casos em que o inadimplemento seja incontroverso o credor pode se manifestar pela execução da prestação, alterando datas ou exigindo o equivalente.

Todavia, caso opte pela resolução, não será necessária a interpelação judicial, mas mera comunicação, ainda que extrajudicial.

Ainda, existem casos em que umas das partes, ou ambas, já tenham prestado parte de suas obrigações⁸³⁹, hipótese na qual, para se evitar enriquecimento ilícito, haverá a restituição da parcela adimplida, ainda que parcial ou defeituosa⁸⁴⁰, para que só então haja a eficácia liberatória.

11.5 A cláusula resolutiva no compromisso de compra e venda: posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Apesar de já mencionado que a existência da cláusula resolutiva expressa ou tácita dispensa a iniciativa judicial para que se tenha a resolução do contrato, há efeitos materiais da resolução contratual, tais quais a indenização por perdas e danos, a

⁸³⁹ R. C. STEINER, *Resolução do contrato e reparação de danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, pp. 6-7

⁸⁴⁰ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed., Rio de Janeiro, Aide, 2004, p. 50.

reintegração de posse do bem objeto da venda⁸⁴¹ e o cancelamento do registro público, que são alcançadas apenas mediante a via judicial⁸⁴².

Ainda no ano de 2009, o Superior Tribunal de Justiça⁸⁴³ se manifestou no sentido de ser imprescindível a prévia manifestação judicial para a resolução do contrato, ainda que prevista cláusula resolutiva expressa, diante da necessidade de se observar o princípio da boa-fé objetiva.

A jurisprudência, com isso, era majoritária no sentido de considerar ineficaz a cláusula resolutiva expressa ineficaz quando aposta ao compromisso de compra e venda de imóvel. O argumento para tanto residia na necessária exigência legal de que o compromissário comprador inadimplente fosse constituído em mora pelo promitente vendedor, mesmo em face de obrigações vencidas, positivas e líquidas⁸⁴⁴.

Com relação aos compromissos de compra e venda de imóvel não loteado, o parágrafo único do art. 1º do Decreto-lei 745/69, após a modificação inaugurada pela lei nº 13.097/2015, passou a prever que

⁸⁴¹ Sobre o tema, A. J. GOMIDE e A. ABELHA (In <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/318094/clusula-resolutiva-produz-efeitos-no-compromisso-de-compra-e-venda>. Disponível em: 05.04.2022) reconhecem que parte da doutrina acredita ser possível a incidência da cláusula resolutiva expressa no compromisso de compra e venda de imóvel e parte que rejeita tal hipótese. Para os autores, “*a divergência em questão traz consequências práticas relevantes. Ao se admitir que a cláusula resolutiva expressa seja manejada no caso de inadimplemento do compromissário comprador em pagar o preço, o compromitente vendedor poderia, sem necessidade de ingressar com uma ação de resolução, propor ação de reintegração de posse contra o compromissário comprador inadimplente que estivesse na posse do imóvel. Nesse caso, também não haveria espaço para se discutir a perda de interesse útil do credor para que ele pudesse optar pela resolução, pois pela própria cláusula resolutiva expressa entende-se que as partes consideram o inadimplemento nela indicado como suficiente para que o credor lesado escolha a resolução. Do contrário, negando-se a eficácia da cláusula resolutiva expressa, o compromitente vendedor deveria primeiramente propor ação de resolução para, após a prolação de sentença desconstitutiva da relação jurídica, propor a ação de reintegração de posse contra o compromissário comprador. Nessa hipótese, ao contrário da primeira, o juiz deve averiguar se há perda de interesse útil do credor com o inadimplemento do compromissário comprador, podendo a resolução ocorrer apenas se o inadimplemento for definitivo, e não simples mora*”. E, como se verá a seguir, especificamente essa matéria foi submetida à análise do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.789.863/MS.

⁸⁴² R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato* (arts 472 ao 480), v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 383.

⁸⁴³ STJ, Recurso Especial nº 620.787/SP; Órgão Julgador: 4ª Turma; Min. Rel. Luís Felipe Salomão, DJ: 28.04.2009.

⁸⁴⁴ J. O. DE AZEVEDO JÚNIOR, *Compromisso de compra e venda*, 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 179; A. J. GOMIDE; A. ABELHA, in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/318094/clusula-resolutiva-produz-efeitos-no-compromisso-de-compra-e-venda>. Acesso em: 05.04.2022.

“Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora”.

O *caput*, por sua vez, previa que

“nos contratos a que se refere o art. 22 do decreto-lei no 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação”.

Já com relação aos compromissos de compra e venda relativos a imóveis loteados, o art. 32 da Lei nº 6.766 determina que *“vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor”.*

Observa-se com isso, que os dispositivos legais que tratam da mora do promissário comprador em relação ao pagamento do preço exigem que ele seja constituído judicialmente em mora (*mora ex persona*), de modo a fundamentar o entendimento até então aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça⁸⁴⁵.

Diante disso, não havia antecipação de tutela de reintegração de posse antes da resolução do compromisso de compra e venda, pois somente após operada a resolução é que a posse seria considerada injusta, avaliado o eventual esbulho possessório⁸⁴⁶.

Entretanto, no ano de 2021 o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.789.683-MS alterou o entendimento antes vigente, sob o fundamento de ser necessária a adaptação às expectativas da sociedade, relativas à

⁸⁴⁵ A. J. GOMIDE; A. ABELHA, in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/318094/clausula-resolutiva-produz-efeitos-no-compromisso-de-compra-e-venda>. Acesso em: 05.04.2022.

⁸⁴⁶ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 383.

desjudicialização, mínima intervenção estatal no mercado e primazia da autonomia privada.

Com isso, a conclusão da Corte foi a de que não é viável exigir do autor o prévio ajuizamento da ação de resolução do contrato, diante da (a) existência de cláusula resolutiva expressa no compromisso de compra e venda; (b) notificação extrajudicial do réu para que purgue a mora, decorrendo o prazo sem manifestação; (c) pretensão do autor à reintegração de posse não cumulada com o pedido de rescisão do compromisso de compra e venda.

No julgamento da mencionada demanda foi admitida a possibilidade de se ajuizar ação possessória fundada em cláusula resolutiva expressa, decorrente de inadimplemento contratual do promitente comprador, dispensado o prévio ajuizamento de ação para a resolução do contrato.

Todavia, importa considerar, uma vez mais, que os efeitos da cláusula resolutiva dependem da expressa manifestação de vontade do credor e de outros requisitos, a seguir analisados.

Como já mencionado, a cláusula resolutiva expressa não opera efeitos *ipso iure*, mas apenas dispensa a interpelação judicial, que pode ser substituída, na espécie, pela notificação extrajudicial do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça ao dispensar a interpelação judicial para a resolução do compromisso de compra e venda, manteve a necessidade de constituir o devedor em mora, abrindo prazo para que o compromissário comprador eventualmente purgue a mora.

Nesse período, a resolução contratual ainda não opera efeitos, pois o devedor pode adimplir o valor devido.

Com o decurso *in albis* do prazo assinalado, sem que haja a purgação da mora, o promitente vendedor poderá exercer o seu direito potestativo, a fim de se obter a resolução do negócio jurídico.

Assim, com o novo entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, diante do inadimplemento do devedor, é necessário que o credor constitua o devedor em mora extrajudicialmente, comunicando-o sobre a intenção de não mais prosseguir com a avença.

Importante considerar que a notificação extrajudicial do devedor deve conter o valor do crédito em aberto, o cálculo dos encargos contratuais, o prazo, local de pagamento e a advertência expressa de que a não purgação da mora no prazo acarreta a extinção do contrato por resolução.

Ultrapassado o prazo para a purgação da mora, a cláusula resolutiva expressa opera os seus efeitos, sem que seja necessária a interpelação judicial.

Com isso, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça foi o de que, após o decurso do prazo para a purgação da mora, a inércia do réu autoriza o ajuizamento de ação possessória pelo autor, sem a exigência de que seja previamente ajuizada ação de resolução contratual, pois

“a restituição da prestação já cumprida ou a devolução da coisa entregue, ou perdas e danos, não tem efeito desconstitutivo do contrato, mas meramente declaratório de relação evidentemente já extinta por força da própria convenção das partes”.

A adequação do novo entendimento da Corte Superior já havia sido sinalizada pela doutrina capitaneada por A. J. GOMIDE e A. ABELHA⁸⁴⁷, ao indagar a necessidade de interpelação para constituição em mora do compromissário comprador na hipótese de inadimplemento do preço, de modo a impedir a resolução extrajudicial da relação jurídica por meio do manejo de cláusula resolutiva expressa⁸⁴⁸.

Para tais autores⁸⁴⁹, a dispensa da interpelação judicial se justifica em razão do reconhecimento de que a constituição em mora e a resolução contratual operam em momentos diversos.

⁸⁴⁷ A. J. GOMIDE; A. ABELHA, in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/318094/clausula-resolutiva-produz-efeitos-no-compromisso-de-compra-e-venda>. Acesso em: 05.04.2022.

⁸⁴⁸ Para os autores, “em síntese, conclui-se que a cláusula resolutiva expressa é eficaz no compromisso de compra e venda de imóvel, devendo o compromitente vendedor, por exigência específica da legislação sobre compromisso de compra e venda, interpelar o compromissário comprador para constituí-lo em mora (mora ex persona) e esperar o período imposto pela lei para que o compromissário tenha a chance de purgar a mora. Passado tal período sem a referida purga da mora, o compromitente vendedor poderá exercer o direito potestativo de resolver a relação jurídica extrajudicialmente, devendo, para isso, comunicar o compromissário comprador de sua escolha”.

⁸⁴⁹ A. J. GOMIDE; A. ABELHA, in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/318094/clausula-resolutiva-produz-efeitos-no-compromisso-de-compra-e-venda>. Acesso em: 05.04.2022.

Assim, ainda que a lei exija a interpelação para constituição em mora do compromissário comprador, isso não constitui óbice para a resolução extrajudicial da compra e venda com base na cláusula resolutiva expressa.

Verificado o inadimplemento previsto no pacto resolutivo surge ao credor lesado o direito potestativo de colocar fim à relação jurídica. Caso opte por fazê-lo, deve notificar o devedor de sua opção, exercendo, portanto, o seu direito potestativo (direito formativo extintivo).

Com isso, há de se reconhecer que o inadimplemento e a resolução não se confundem, já que, diante de cláusula resolutiva expressa, mesmo com o inadimplemento do devedor, o credor pode optar por não resolver a relação jurídica.

Por isso, a opção por resolver a avença, não se confunde com a interpelação para a constituição em mora realizada quando da verificação do inadimplemento do preço, de modo a não se justificar a interpelação judicial para constituir o devedor em mora⁸⁵⁰.

11.5.1 A teoria do adimplemento substancial aplicada à cláusula resolutiva: critérios para aplicação

No que tange ao Direito das Obrigações, certas vezes, o inadimplemento do contrato não promove, para aquele que foi lesado, o direito de resolver o contrato, vez que o ilícito relativo ocorreu quando já havia se estabelecido o adimplemento substancial do instrumento negocial.

Configura-se como hipótese muito utilizada na *Common Law*, em que o devedor, após quitar as diversas prestações que lhe cabiam, deixa de pagar em dia, a última⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Nesse sentido, A. J. GOMIDE; A. ABELHA, in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/318094/clausula-resolutiva-produz-efeitos-no-compromisso-de-compra-e-venda>. Acesso em: 05.04.2022 elucidam que “entender a exigência de interpelação para constituição em mora como necessidade de se resolver o compromisso de compra e venda apenas judicialmente significa confundir esses dois momentos, indo muito além do que a legislação específica sobre compromisso de compra e venda de imóvel determina”.

⁸⁵¹ S. BENETI; S. BENETI FILHO, Teoria do adimplemento substancial do contrato na atualidade, in *Revista do Advogado*, (134), 2017, pp. 224 e ss.

Diante desse cenário, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido se o inadimplemento for mínimo, a ponto de considerar-se substancialmente adimplida a prestação⁸⁵².

Assim, a boa-fé objetiva adotada em sede de teoria do adimplemento substancial, exerce função de limitar o exercício dos direitos subjetivos, pois o credor fica impedido de utilizar uma cláusula específica do contrato – resolutiva - em benefício da economia contratual⁸⁵³.

No Diploma Civil brasileiro, ainda que se tenha a cláusula geral do artigo 422, a função de interpretação-integração recebeu norma específica para exercer essa função, qual seja, o artigo 113 do Código Civil.

Assim, quando exerce a função interpretativa, a boa-fé orienta a compreensão dos negócios jurídicos, de modo a reconsiderá-los⁸⁵⁴.

É o que ocorre especificamente com a teoria do adimplemento substancial que exclui o direito de resolução, facultando-lhe, tão somente, o pedido de adimplemento ou de perdas e danos⁸⁵⁵.

Com isso, apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sedimentado no Informativo nº 704⁸⁵⁶ acima analisado, nos casos de inadimplemento substancial a parte devedora poderá socorrer-se da via judicial a fim de alcançar a declaração de manutenção do negócio jurídico, de modo a transformar o inadimplemento absoluto em parcial, oferecendo, na oportunidade, todas as defesas que considerar adequadas a fim de obter a declaração de manutenção do contrato.

12. A identificação, pela doutrina brasileira, da cláusula resolutiva como condição

⁸⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie, Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito Processual Civil Brasileiro, *in Revista Eletrônica de Direito Processual*, (IV), p. 58.

⁸⁵³ S. BENETI; S. BENETI FILHO, Teoria do adimplemento substancial do contrato na atualidade, *in Revista do Advogado*, (134), 2017, pp. 224 e ss.

⁸⁵⁴ R. M. ANDRADE NERY, *Pensamento Jurídico e Teoria Geral do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 258.

⁸⁵⁵ J. H. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 459.

⁸⁵⁶ Fixado no julgamento do Recurso Especial nº 1.789.863/MS.

Ainda hoje é comum a menção à cláusula resolutiva como se condição fosse, em razão do entendimento de que “*quando estabelecida [a cláusula resolutiva] nos negócios jurídicos, possibilita que esse negócio seja desfeito caso o preço não seja integralmente satisfeito*”⁸⁵⁷.

Todavia, o direito de escolha do devedor entre cobrar o valor devido ou resolver o contrato demonstra a natureza potestativa da cláusula resolutiva, afastando os efeitos obrigatórios e automáticos operados pela *condicio*⁸⁵⁸.

O reconhecimento de que a condição resolutiva tem natureza consensual (tratando-se, portanto, de cláusula contratual adicionada à compra e venda e não condição pura e simples) foi admitido pela doutrina brasileira e recentemente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A doutrina registral brasileira sempre reconheceu a possibilidade de se adicionar a cláusula resolutiva aos contratos de compra e venda, entendendo se tratar de hipótese de cláusula resolutiva expressa, prevista no art. 474 do Código Civil.

Para tanto, estipula-se na escritura de compra e venda o pagamento do preço por meio de cheque ou nota promissória, inscrevendo-se a cláusula resolutiva na matrícula do imóvel.

Entretanto, apesar da existência de cláusula resolutiva expressa, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era o da imprescindibilidade da prévia manifestação judicial⁸⁵⁹ na hipótese de resolução do compromisso de compra e venda do imóvel para

⁸⁵⁷ W. SALOMÃO, Cláusula resolutiva instituída na escritura pública em favor dos intervenientes cedentes, in <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/clausula-resolutiva-instituida-na-escritura>. Acesso em 10 out 2022.

⁸⁵⁸ O próprio texto mencionado (W. SALOMÃO, Cláusula resolutiva instituída na escritura pública em favor dos intervenientes cedentes, in <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/clausula-resolutiva-instituida-na-escritura>. Acesso em 10 out 2022) como exemplo de que ainda há emprego da cláusula resolutiva como se condição fosse explica que “*a falta de pagamento das prestações gera para o credor o direito de escolha entre cobrar o valor devido ou resolver o contrato, ficando a seu critério a escolha do que melhor convém. Assim, uma vez estipulada, a cláusula resolutiva acarreta na venda em prestações fracionadas do preço, a possibilidade de resolução contratual, por descumprimento do contrato*”. O autor, ao mencionar que a cláusula resolutiva possibilita a resolução do contrato, por expressa manifestação de vontade do devedor, bem indica a natureza potestativa da cláusula, contrariando os efeitos obrigatórios decorrentes da condição.

⁸⁵⁹ Conforme explicado por W. SALOMÃO, Cláusula resolutiva instituída na escritura pública em favor dos intervenientes cedentes, in <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/clausula-resolutiva-instituida-na-escritura>. Acesso em 10 out 2022, “*presente a cláusula resolutiva expressa, e não se verificando o pagamento, o negócio considera-se desfeito de pleno direito. Isso não significa, contudo, que é possível o requerimento de cancelamento do registro direto ao oficial de Registro de Imóveis. Ao contrário, para o cancelamento do registro por falta de pagamento é necessária uma sentença judicial que reconheça que o negócio não foi cumprido e, por isso, merece ser desfeito*”.

que seja consumada a resolução do contrato, “*diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos*”⁸⁶⁰”.

Com o recente julgamento do Recurso Especial nº 1.789.683-MS, a questão foi parcialmente alterada, para afastar a exigência de ajuizamento de ação, sendo suficiente a notificação extrajudicial para constituir o devedor em mora.

De toda forma, na hipótese de inadimplemento do devedor e manifestação de vontade do credor acerca da resolução do negócio, após o prazo para purgação da mora o registro da cláusula resolutiva e da matrícula em nome do devedor é cancelado, restaurando-se a situação anterior, em nome do primitivo devedor.

Questão complexa é a referente à possibilidade de transferência do imóvel em cuja matrícula há inscrição da cláusula resolutiva.

Na decisão nº 276/2009⁸⁶¹ emitida pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o entendimento exarado foi o da impossibilidade da transferência de imóvel a terceiros enquanto não cancelada a cláusula resolutiva no registro do imóvel.

Segundo o parecer, “*as conseqüências que o pacto comissório pode gerar, na hipótese de inadimplemento, não permitem, portanto, que tenha ingresso no fôlio real título que materialize, em caráter definitivo, a transmissão da propriedade do imóvel a terceiros, enquanto pendente aquela condição resolutiva anterior*”.

No julgamento do recurso administrativo CG 2010/40933⁸⁶², a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo classificou a cláusula resolutiva como gravame em razão de se tratar de restrição à livre disponibilidade do imóvel⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Conforme julgamento do REsp 620.787/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 27.04.2009.

⁸⁶¹ *REGISTRO DE IMÓVEIS – Negado o cancelamento de pacto comissório sem prova de quitação – Inviável presumi-la – Condição resolutiva que, enquanto pendente, impede o registro de nova escritura de venda e compra dado seu caráter definitivo – Irrelevância de ter sido admitido o registro de compromisso de venda e compra – Natureza de contrato preliminar – Prescrição – Inviabilidade de apreciação em procedimento administrativo – Recurso não provido.*

⁸⁶² “*REGISTRO DE IMÓVEIS – Emolumentos – Averbação de pagamento do preço – Contrato com cláusula resolutória expressa – Averbação com valor, tendo em vista cuidar-se de cancelamento de gravame – Recurso Improvido*”.

⁸⁶³ Segundo o Parecer nº 214/2010-E, “*a cláusula resolutória de fato integra os gravames de que cuida o item 2.1 da Tabela de Custas. Gravames não são apenas os atos restritivos que figurem entre os passíveis de registro no art. 167, I, da Lei de Registros Públicos. Dentre eles, figuram quaisquer restrições à livre disponibilidade do imóvel e é isso que ocorre quando a cláusula resolutória está expressa no instrumento contratual levado a registro*”.

Entretanto, tal entendimento tem se ajustado às exigências práticas e à consideração da autonomia da vontade, a partir da concepção de que a transferência do imóvel em cuja matrícula está registrada a cláusula resolutiva, é possível sempre que o novo adquirente declarar o seu conhecimento acerca da mencionada cláusula⁸⁶⁴.

12.1 O registro da compra e venda com pacto comissório

Sabe-se que em matéria de direitos reais vige o princípio da taxatividade. Logo, os direitos reais são aqueles expressamente estabelecidos por lei.

Conforme já estudado, no Código Civil de 1916 o pacto comissório era considerado cláusula acessória da compra e venda (cláusula resolutiva expressa típica). E, apesar de a *lex commissoria*, durante o desenvolvimento do direito romano, ter se referido também à forma de garantia real, o sentido estudado nesse trabalho se refere propriamente à *lex commissoria* como cláusula contratual.

Com isso, o registro da compra e venda com pacto comissório (previsto no art. 1163 CC/16) ocorria sob à luz da tipicidade da compra e venda condicional, conforme previsão do art. 167, inciso I, 29, da Lei nº 6.015/73).

Com a publicação do Código Civil de 2002, o pacto comissório foi extirpado do ordenamento jurídico, oportunidade em que a função do instituto foi mantida mediante a previsão da cláusula resolutiva expressa.

Nesse sentido, R. G. KOLLET⁸⁶⁵ acena que a confusão que passou a existir é a de que “*as escrituras com cláusula resolutiva expressa, lavradas pelos mandamentos do novo ordenamento jurídico (CC/2002), não possuem a ‘tipicidade’ legal para ingressar no álbum imobiliário, tendo em vista que o pacto comissório foi extirpado do ordenamento jurídico*”.

Entretanto, justamente o que determina o registro da compra e venda com cláusula resolutiva expressa não era a sua previsão no artigo 1163 do Código Civil de

⁸⁶⁴ W. SALOMÃO, Cláusula resolutiva instituída na escritura pública em favor dos intervenientes cedentes. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/clausula-resolutiva-instituida-na-escritura>. Acesso em: 10 out 2022.

⁸⁶⁵ R. G. KOLLET, a registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa. Disponível em: [A registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa \(irib.org.br\)](http://www.trib.org.br). Acesso em: 08 out 2022.

1916, mas o item 29, inciso I do artigo 167 da Lei nº 6015/73: a existência da compra e venda condicional⁸⁶⁶.

13. Conclusões

13.1 A evolução histórica da *condicio* e a diferença em relação à *lex commissoria*

A compra e venda é um dos mais relevantes negócios jurídicos existentes até os dias atuais, em se considerando a utilização prática do instrumento para a consecução dos objetivos das partes.

Essa importância pode ser extraída da *emptio et venditio*, origem romana da compra e venda, objeto de vários fragmentos constantes no *Corpus Iuris Civilis* e de formulações casuísticas que objetivavam a resolução de casos concretos.

Apesar da experiência romana não ter delineado as bases de uma teoria geral dos negócios jurídicos, é possível reconhecer os elementos constantes nos diversos tipos contratuais, bem como institutos jurídicos comuns aos negócios jurídicos (termo, condição).

Nesse contexto, SEXTO PÉDIO indica que o consenso é o elemento unificador dos tipos contratuais, enquanto LABEÃO defende ser a *ultra citroque obligatio* o elemento característico dos contratos, decorrente das convenções recíprocas.

Independente do nome atribuído, a manifestação convergente de vontade foi considerada essencial ao contrato de compra e venda (negócio jurídico bilateral, sinalagmático e consensual).

Por meio da manifestação de vontade convergente ínsita ao contrato de compra e venda, foi possível ampliar a autonomia da vontade das partes contratantes, seja por meio da inserção de condições, cláusulas contratuais (*lege dicta*) ou pactos adjetos.

As condições, formuladas pela experiência romana, possibilitaram a extinção do negócio jurídico mediante a verificação de um evento futuro e incerto. Durante muito tempo, tanto nos estudos específicos sobre a condição, como nos Manuais de Direito

⁸⁶⁶ R. G. KOLLET, a registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa. Disponível em: [A registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa \(irib.org.br\)](http://irib.org.br). Acesso em: 08 out 2022.

Romano, o ensino circundava a informação de que os juristas romanos haviam elaborado apenas a condição suspensiva, a qual se atribuía o termo *condicio*.

Isso se justifica em razão do desconhecimento pelo Direito Romano das relações jurídicas temporárias.

Diante do entendimento de que a experiência romana não havia desenvolvido o conceito de condição resolutiva, para as hipóteses em que se desejava fazer cessar os efeitos de um ato, quando verificado um evento futuro e incerto, era acrescido um pacto aos negócios jurídicos puros (como ocorre com a compra e venda com *lex commissoria*).

Por meio deles, havia um negócio jurídico puro e acrescia-se a ele um pacto de resolução suspensivamente condicionado. Se o evento estabelecido na condição ocorria, o pacto de resolução produzia o seu resultado e provocava a cessação dos efeitos jurídicos do ato principal.

Todavia, a contribuição deste trabalho é no sentido de que a experiência romana conheceu a condição resolutiva, mediante o uso da expressão *ad condicionem*.

Por isso, a pesquisa evidencia que a *emptio pura quae sub condicione resolvitur* representava um negócio jurídico puro (aperfeiçoado mediante a manifestação de vontade das partes isenta de vícios) ao qual era adicionado um pacto de resolução (*lex commissoria*).

Logo, a condição (inadimplemento) se apresentava apenas como um pressuposto para que o vendedor exercesse a faculdade prevista na cláusula contratual celebrada⁸⁶⁷.

Por isso, a melhor técnica orienta diferenciar a *lex commissoria* e a *condicio*, por conformarem institutos jurídicos distintos.

Assim, ao se afastar a identificação entre *lex commissoria* e condição aposta aos contratos de compra e venda, algumas considerações foram delineadas:

- (a) Para a doutrina majoritária, a *condicio* operava apenas com efeitos suspensivos, pois era o único sentido atribuído à época. Por isso, foram desenvolvidas cláusulas resolutivas adicionadas ao contrato de compra e venda, a fim de alcançar o efeito resolutivo pretendido;

⁸⁶⁷ O entendimento desse trabalho se filia àquele apresentado por E. NICOSIA *La condición resolutoria em los actos jurídicos*, In: Revista Internacional de Derecho Romano, 2018.

- (b) A *emptio condicionalis* é denominação atribuída à compra e venda submetida à condição suspensiva, diferenciando-se, portanto, da compra e venda pura com pacto de resolução, que este trabalho entende ser a natureza da compra e venda com *lex commissoria*.
- (c) Na *emptio condicionalis*, a eficácia do ato fica suspensa até o efetivo pagamento do preço, enquanto na *emptio pura quae sub condicione resolvitur* (venda pura na qual é acrescido um pacto de resolução), a venda se aperfeiçoa com a manifestação de vontade das partes, mas os seus efeitos serão cassados caso o preço não seja adimplido no prazo avençado;
- (d) Na *emptio pura quae sub condicione resolvitur* é acrescido um pacto de resolução ao contrato de compra e venda, por meio do qual, quando há o evento assinalado na condição, cabe ao vendedor decidir sobre utilizar ou não o pacto de resolução entabulado a seu favor (*lex commissoria*);
- (e) No direito romano, a condição podia ser aposta a qualquer negócio jurídico celebrado entre as partes, (excepcionada a vedação aplicável à condição resolutiva, não admitida nos *actus legitimi* e na propriedade temporal), enquanto a *lex commissoria* poderia ser inserida apenas nos contratos de compra e venda;
- (f) Os efeitos que decorrem da condição operam automaticamente, ou seja, mediante a verificação do evento assinalado na condição e não dependem de manifestação de vontade da parte contratante. A autonomia privada, portanto, é exercida na inserção da cláusula no negócio jurídico, e não na produção dos efeitos, que são automáticos. Já com a *lex commissoria* (e com as demais *lege dicta* reconhecidas pelo Direito Romano, quais sejam, *in diem addictio*, *pactum displicentiae*), verificado o evento assinalado (inadimplemento) surge para o vendedor o direito potestativo extintivo, ou seja, a faculdade de resolver a relação jurídica obrigacional, com o retorno do *status quo ante* ou exigir o valor inadimplido;
- (g) Nos negócios jurídicos com *lex commissoria* era possível ao vendedor optar entre exigir o valor inadimplido ou resolver a relação jurídica obrigacional. Feita a opção, o devedor não poderia mudar de ideia e deveria se utilizar das *actiones* disponíveis para tanto. A doutrina majoritária indica que tanto para a resolução do contrato, quanto para exigir o valor inadimplido, deveria se

utilizar da *actio venditi*, haja vista o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda.

As principais diferenças decorrentes da análise comparativa entre a *lex commissoria* e a *conditio* consistem:

- (a) Eficácia automática da condição, que opera efeitos *ipso iure*, ou seja, independente da manifestação de vontade das partes;
- (b) Natureza jurídica da *lex commissoria* é de convenção e a essa expressão deve-se atribuir o pacto adjeto acrescido ao contrato de compra e venda que faculta a escolha do vendedor pela resolução do negócio em caso de inadimplemento.
- (c) A função prática da *lex commissoria* é a possibilidade de o vendedor resolver o negócio jurídico em caso de inadimplemento, pois antes a única possibilidade era a execução do preço inadimplido.
- (d) A *condicio* é elemento interno do contrato, ou seja, é elemento acidental previsto pelas partes e que, estando no interior do instrumento contratual, irradia efeitos no próprio contrato (fazendo cessar ou iniciando a eficácia). Já a *lex commissoria* é composta por um pacto adjeto previsto, portanto, fora do contrato, irradiando efeitos no contrato principal.

Já as semelhanças entre a *lex commissoria* e a *condicio* podem ser enumeradas da seguinte forma:

- (a) Há semelhança com relação aos efeitos operados, pois em ambas um dos objetivos alcançados é a resolução do contrato de compra e venda, com o retorno ao *status quo ante*.
- (b) Tanto a *lex commissoria* quanto a *condicio* se referem ao plano da eficácia do negócio jurídico.

13.2 Análise comparativa entre a *lex commissoria* e a resolução dos contratos no Código Civil de 2002

Apreende-se que a *lex commissoria*, elemento acidental adicionado aos contratos de compra e venda, a partir de Nerácio, passou a ser vislumbrada como cláusula suspensivamente condicionada, mediante a qual, identificado o decurso do prazo sem que

o comprador adimplisse a prestação, operava-se a resolução contratual, extinguindo a relação jurídica antes havida entre as partes.

A sua previsão, portanto, decorria do próprio instrumento contratual, de maneira expressa, de modo a exteriorizar a intenção resolutiva das partes caso o adimplemento não ocorresse no prazo avençado. Entretanto, nota-se que já no Direito Romano, o vendedor poderia exercer o *jus variandi*: facultava-se ao credor exigir a contraprestação devida, ou resolver o contrato, reavendo para si a *res* e os frutos percebidos enquanto pendente a condição.

Apesar das diferenças verificadas entre os dois institutos, principalmente em virtude do fato de que a resolução contratual no Direito Romano⁸⁶⁸ se restringia aos contratos aos quais era adicionada a *lex commissoria*, enquanto hoje, ainda que não convencionalizada pelas partes, é regra geral aplicada aos negócios jurídicos bilaterais (artigo 475 do CC/02), é possível verificar a similitude dos institutos em seus delineamentos gerais.

Isso porque, como observado, a resolução convencional prevista no artigo 474 do Código Civil prevê a cláusula expressa que exteriorize a possibilidade de extinção dos contratos, nos moldes do que verificado no Direito Romano.

Somado a isso, apreende-se ainda que a cláusula preserva a sua eficácia resolutiva: caso não verificado o adimplemento da prestação, é possibilitado ao credor o exercício do direito formativo à resolução, mediante o qual, o vendedor poderá exigir o cumprimento da obrigação ou a restituição do bem, resguardando-se as parcelas já adimplidas ainda que parcialmente, as quais deverão ser restituídas ao comprador.

E, a principal característica que se reputa mantida é a tentativa de o ordenamento jurídico extirpar o enriquecimento sem causa, que poderia ocorrer caso não houvesse para o credor instrumento que possibilitasse a exigibilidade da prestação, ou o retorno ao *status quo ante*. Assim, identificado o descumprimento do devedor na prestação que lhe cabia,

⁸⁶⁸ Para R. R. Aguiar, (*Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 369) *a ideia de condição resolutiva tácita, como uma cláusula subentendida nos contratos sinalagmáticos (que atuaria sempre que uma das partes não cumprisse a sua obrigação), tem sua origem no Direito Romano. Como o contratante não podia deixar de cumprir a sua prestação caso o outro não cumprisse a sua, porque as obrigações eram independentes, as partes passaram a incluir uma cláusula pela qual uma delas poderia dar por extinto o contrato se a outra não cumprisse a sua. Era a lex commissoria, usual nos contratos bilaterais, a qual, mesmo ausente, passou a ser subentendida nos contratos com interdependência de obrigações.*

possibilita-se ao vendedor, caso a prestação não mais lhe seja útil, o retorno à situação anterior, entendido o negócio jurídico como se não houvesse sido celebrado.

O uso da *lex commissoria* como se condição fosse é evidenciado desde o direito romano até o direito contemporâneo, sem que se atente para as diferenças significativas relativas aos dois conceitos jurídicos.

A conclusão obtida é a de que a *lex commissoria* pode ser estudada em três diferentes fases de atuação (a) fase pré-contratual; (b) fase contratual propriamente dita; (c) fase da eficácia.

A fase pré-contratual antecede a própria inserção do pacto comissório ao contrato de compra e venda, posto se tratar de fase de punctuação, em que as partes decidem pela adoção da cláusula contratual.

Essa fase inicial é extraída da evolução histórica da própria compra e venda. Conforme estudado, a compra e venda real representava a troca imediata e concomitante da coisa (*merx*) pelo preço (*pretium*). Com a evolução histórica da compra e venda, e, mediante a possibilidade de troca da coisa pelo preço diferida no tempo (não concomitante), surgia para o credor a insegurança de que o preço não fosse integralmente adimplido, oportunidade em que se valeria da ação de venda apenas para compelir o devedor ao pagamento do preço.

Diante da preocupação real de se criar uma cláusula contratual que oportunizasse a resolução do negócio jurídico diante do inadimplemento, a experiência romana criou a *lex commissoria*. E, a fase inicial do instituto é justamente a convergência das partes sobre o seu emprego no negócio jurídico, haja vista existir a compra e venda pura e a compra e venda com o pacto de resolução.

Após a decisão das partes, com relação à inserção da *lex commissoria*, a segunda fase se refere à sua vigência contratual, com eficácia contida (visto que os efeitos da *lex commissoria* apenas serão irradiados caso haja o inadimplemento⁸⁶⁹)

A terceira fase se refere à eficácia do pacto comissório que pode ou não ocorrer, a depender da verificação do evento futuro e incerto: o inadimplemento do credor. Logo, o inadimplemento – entendido como uma condição – é o pressuposto para o exercício

⁸⁶⁹ Evento futuro e incerto.

facultativo do pacto comissório, visto que, é a partir do inadimplemento que surge, para o credor, o direito potestativo resolutivo.

O reconhecimento da natureza consensual do pacto comissório não afasta a compra e venda com cláusula resolutiva de uma compra e venda condicional, visto que essa expressão, para a doutrina contemporânea⁸⁷⁰, significa a submissão do contrato à condição ou a cláusulas especiais.

14. Referências bibliográficas

ACUTIS, Giuseppe, *De lege commissoria*, Torino, Subalpina, 1901.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed. Rio de Janeiro, Aide, 2004.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Comentários ao Novo Código Civil – Da extinção do contrato (arts 472 ao 480)*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

ALLEN, Alexaxdeii et. al. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*. v.2, Boston: Little Brown and Co., 1867.

ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Coimbra, Almedina, 2014.

ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo, Saraiva, 5ed., 1980.

AMARAL, Francisco, *Direito civil: introdução*, 8. ed. rev., mod. e aum., Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

⁸⁷⁰ Nesse sentido, P. L. N. LÔBO (Coord.) in A. J. de Azevedo, *Comentários ao Código Civil: parte especial - das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564)*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 23.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La comprévendita in diritto romano*, 2 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1954.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1974.

ARCHI, Gian Gualberto, La restituzione dei frutti nelle vendite con “in diem addictio” e con “lex commissoria”, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934.

ARCHI, Gian Gualberto, *Condizione*, *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961.

ARCHI, Gian Gualberto, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti II*, Milano, Giuffrè, 1962.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. Atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 40.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2002.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de, *Compromisso de compra e venda*, 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

BANDIERAMONTE, Carlotta, *La condizione in diritto romano: tra negozio e rapporto giuridico. (Tesi di Dottorato)*, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2018.

BENETTI, Sidnei e BENETTI FILHO, Sidnei, Teoria do adimplemento substancial do contrato na atualidade, in *Revista do Advogado*, 134, (2017), pp. 224-238.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1938.

BERGER, Adolf, *Encycloedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953.

BERTOLINI, Cesare. *Appunti Didattici di Diritto Romano*, Torino: Pietro Gerbone, 1907.

BIRKS, Peter, *The Roman Law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

BURDESE, Alberto, *Catone e a vendita di vino*, in *SDHI*, 46, (2000).

BURDESE, Alberto, *La dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Milano, CEDAM, 2006.

CARMIGNANI, Maria Cristina, A aequitas e a aplicação do Direito em Roma, *In. RFD*, v. 104, 2009.

CATALAN, Marcos, *Descumprimento Contratual*, 6 ed., Curitiba, Juruá, 2010.

CANTALI, Rodrigo Ustarróz, Contratos Condicionais: Uma releitura da condição na teoria geral dos contratos, *In Revista de Direito Civil Contemporâneo*, (22), 2020, pp. 51-85.

CHAMOUN, Ebert, *Instituições de direito romano*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957.

COSTA, Emilio, Sul papiro florentino n. 1, *in BIDR* 14, (1901).

COSTA, Gabriel José Bernardi, A *affectio societatis* no Direito Romano, *in Revista de Direito Mercantil*, nº 170, 2015, pp. 140/150.

CESARE, Bertolini, *Appunti didattici di diritto romano (contratti)*, Torino, Gerbone, 1908.

DEL CORRAL, Ildefonso L. García. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. v.1, Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

DI PIETRO, Alfredo; LAPIEZA, Angel Enrique, *Manual de derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

DIAZ, Emma, *Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español*, in *RIDA* 45 (1998).

DIDIER JÚNIOR, Fredie, Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito Processual Civil Brasileiro, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, (IV), pp. 58/61.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5. ed., v. II, Madrid, Editorial Civitas, 1996.

D'ORS PEREZ-PEIX, Álvaro, *In diem addictio contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano*, in *AHDE* 16 (1945).

D'ORS PEREZ-PEIX, Álvaro, *El Digesto de Justiniano*, t. 1, Pamplona, Aranzadi, 1968.

D'ORS PEREZ-PEIX, Álvaro, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en derecho romano*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XLV, Madrid, 1975.

D'ORS PEREZ-PEIX, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1981.

DU PLESSIS, Paul, Theory and Practice in the Law of Contracts, in *Obligations in Roman Law – past, present, and future*, T. A. J. MCGINN (organizador). Michigan: University of Michigan Press, 2012.

FINO, Michele A, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004.

FERRARA, Luigi Cariota, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956.

FONSECA NETO, Dilson Jatahy, *Da compra e venda a contento na compilação de Justiniano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014.

GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* (sobre la compraventa), Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

GOMES, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GOMIDE; Alexandre Junqueira; ABELHA, André in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/318094/clusula-resolutiva-produz-efeitos-no-compromisso-de-compra-e-venda>. Acesso em: 05.04.2022

GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 4 ed., Napoli, Jovene Napoli, 1976.

GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano di contratti*, 3 ed., Torino, Giapichelli, 1963.

GUILLAMÓN, María del Carmen Lázaro, *Las transacciones comerciales a través de leasing en las fuentes jurídicas romanas*, in RIDA XLVIII (2001).

HADDAD, Luís Gustavo, *A proibição do pacto comissório no Direito Brasileiro*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

HIRATA, Alessandro; SILVA, Beatriz Hernandes, *O contrato como desigualdade: o estudo dos contratos não paritários e apontamentos sobre o direito de arrependimento no código de defesa do consumidor*, in *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, v. 6, (2020).

HONORÉ, Tony. *The Theodosian Dynasty and its Quaestors*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ITURRASPE, Jorge Mosset, *Contratos: edición actualizada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.

JAÉN, Francisco Javier Rovira, *El pacto de la lex commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno*, in *anuario de derecho civil*, 46, (1993).

JUSTO, Antonio dos Santos, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporâneo*, t. VI, pp. 659/692.

JUSTO, Antonio dos Santos, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, in *Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de derecho romano*, Fortaleza, 2003.

JUSTO, Antonio dos Santos, A transferência da propriedade no direito comum: compra e venda e doação, in *Lusíada*, 2019.

KASER, Max, Recensão a A. Burdese, “*Lex commissoria*” e “*ius vendendi*”, in *SZ* 67 (1950).

KASER, Max, *Römisches Privatrecht*, 1992, trad. Port. Hämerle, Ferdinand, e Rodrigues Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KOLLET, Ricardo Guimarães, A registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa. Disponível em: *A registrabilidade da compra e venda com cláusula resolutiva expressa (irib.org.br)*. Acesso em: 08 out 2022.

LATINA, Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Bibliothèque de Droit Privé, Prix de thèse de l’Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, LGDJ, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.) in A. J. de Azevedo, *Comentários ao Código Civil: parte especial - das várias espécies de contratos (arts. 481 a 564)*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 2003.

LONGO, Carlo, Sulla “*in diem addiction*” e sulla “*lex commissoria*” nella vendita, in *BIDR*, 31 (1921).

LONGO, Gaetano, *Diritto Romano – Contratti Consensuali*, Roma, E. Calzone, 1943.

LOVATO, Andrea, *Lex commissoria nella compravendita*, In *Il diritto romano caso per caso*. L. SOLIDORO. G. Giappichelli, 2018

MANFREDINI, Arrigo D., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giapichelli, 2003, p. 361.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita, *Periculum rei venditae e periculum dotis aestimatae*, in *RFD*, 93, (1998).

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita, *Guia de metodologia jurídica*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MARCHI, Eduardo César Silveira Vita, Dos riscos pela perda fortuita da coisa vendida no direito romano, in *RFD*, 96, (2001), pp. 45/76.

MARELLI, Elena, *Appunti in tema vi vendita con lex commissoria*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato Revista Internazionale Online*, X, (2017).

MARTINS-COSTA, Judith Rofmeister, *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MANZANO, Jose Luiz Zamora, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior em el pignus*, in *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* LIV, 2007.

MELILLO, Generoso, *Il negozio bilaterale romano e tra il primo e il terzo secolo*, 2 ed., Napoli, Liguori, 1986.

MITTEIS, Ludwig, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians – Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, I, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1908.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Manual de Direito Romano*, 16 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 20 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021.

MOTA, Marcel Moraes, As raízes romanas do contrato, in *RJLB*, ano 5, 2019, pp. 1449/1555.

NEFF, Stephan, *Hugo Grotius on the law and of War and Peace: Student Edition*. New York: Cambridge University Press, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado*, 7 ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULINO; Roberto; CHUERI, Rodrigo Cunha, AZEVEDO, Rafael. O problema da causa na resolução dos contratos. In: *Revista de informação legislativa: RIL*, (53) nº 211, 2016, pp. 335- 352.

PARICIO, Javier, *De la justicia y el derecho – Escritos misceláneos romanísticos*, Laxes, Madrid, 2002.

PENNACHIO, Carmen, Note in tema di lex commissoria: a proposito di Scaev. 7. Dig. D. 18, 3, 8 in *Rivista Internazionale Online*, X, (2017).

PEROZZI, Silvio, *Le Obligazioni Romane*, in *Scritti Giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1948.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado: Parte especial*, t. XXV, N. NERY JÚNIOR; R. M. ANDRADE NERY (atualizadores), Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano ('in diem addictio') e projeções no direito atual*, (Tese de Doutorado), São Paulo, FADUSP, 2004.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto, Plauto e a 'in diem addictio', in *Revista General de Derecho Romano*, 14, 2010, 52

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto, *Pacto de Melhor Comprador: configuração no direito romano (in diem addictio) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010.

RESCIGNO, Pietro. *Condizione (diritto vigente)*, *Enciclopedia del diritto*, v. VIII, Milano, Giuffrè, 1961.

REIS, Mayara de Lima, *O pacto comissório no direito romano*, (Dissertação de Mestrado), São Paulo, FADUSP, 2014.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999.

RICHARDS, Ernest Randolph, *Paul and First-Century Letter Writing: Secretaries, Composition and Collection*. Illinois: Inter Varsity Press, 2004.

RICCOBONO, Salvatore, *Corso di Diritto Romano, Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole e Giustiniano*, parte II, Miano, Giuffrè, 1933.

RICCOBONO, Salvatore *Corso di Diritto Romano – Stipulationes, Contractus, Pacta*, Milano, Giuffrè, 1935.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, *Verba e voluntas no Direito Romano e no Código Civil Brasileiro*, In *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 11, 2005, pp. 85-96.

RODRIGUÉZ, Socorro Moncayo, *La Concepción romana del contrato*, in *Revista Letras jurídicas*, nº 10, jul/2004, pp.1-8.

ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, 2. Ed, Milano, Giuffrè, 2011.

SACCHI, Alessandro, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, 55, (1894).

SACCHI, Osvaldo, *Lex commissoria e divieto del patto comissório. Autonomia negoziale o tutela dela contraente piu debole?* in *Ius Antiquum*, 19, (2007).

SALOMÃO, Wendell, *Cláusula resolutive instituída na escritura pública em favor dos intervenientes cedentes. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/clausula-resolutiva-instituida-na-escritura>. Acesso em: 10 out 2022.*

SARGENTI, M. *Labeon: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA*, 38, 1987.

SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, trad. esp. de Jose Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.

SCHREIBER, Anderson, A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, *In Direito contratual - temas atuais*, Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.).São Paulo, Método, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, Inadimplemento das obrigações, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2007.

STEINER, Renata Carlos. Resolução do contrato e reparação de danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/RenataSteiner.pdf>.

SYME, Ronald. The jurist Neratius Priscus. In *Hermes*, (85), 1957, pp. 480-493.

TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

THOMAS, J. A. C., Provisions for calling off a sale, in TR 35 (1967).

VAN ZYL, Deon H. Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae Als Entscheidungsgrundlage des Römischen Privatrechts*, in *Fundamina*, (23), 2017, pp. 232-242.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. II, Coimbra: Almedina, 2001.

VAUGHN, John W., *Law and Rhetoric in the Causa Curiana, Classical Antiquity*, v. 4, nº 2, 1985, pp. 208-222.

VOCI, Pasquale, *La Dottrina di Contratto nei Giuristi Romani dell'Età Classica*, in *Scritti di Diritto Romano in Onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1946.

VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, traduzido do Alemão por W. ROCES, t. II, Madri, 1934.

VON TUHR, Andreas, *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán: los hechos jurídicos*, traducido do alemão por T. RAVÀ, v. II, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1947.

WATSON, Alan, *The Law of obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1965.

WIEACKER, Franz, *Lex Commissoria Erfüllungszwang und widerruf im römischen kaufrecht*, Berlin, Springer-Verlag Berlin Heidelberg GMBH, 1932.

WIEACKER, Franz, *The causa curiana and contemporary roman jurisprudence*, Irish Jurist, n° 1 (1967), pp. 151/164.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations*, Oxford, Oxford University, 1996.