

Existiu, em Roma, Direito Comercial? *

Alexandre A. de Castro Corrêa

Catedrático de Direito Romano da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Grande número de legislações modernas conhecem ou conheceram o desdobramento do Direito Privado em *Commercial* e *Civil*. Assim, por exemplo, as legislações da França, Alemanha, Espanha, Itália, Áustria, Japão, etc.¹. A Suíça, com seu Código Único das Obrigações suprimiu a dicotomia. A Inglaterra, às vêzes colocada entre as nações ignorando o desdobramento possui, entretanto, um “*Mercantile*” ou “*Merchant Law*”, com caracteres nítidos, embora, em consequência da falta de codificação, a separação entre êle e o Direito Civil seja menos pronunciada do que na França, por exemplo. Em *Roma* os juriconsultos nunca pensaram em separar doutrinariamente o Direito Comercial do resto do Direito Privado. Nem mesmo termo técnico existe designando o comércio. “*Negotiatio*” significa ou exclusivamente o comércio por atacado ou uma operação isolada (equivalente ao “*tékne*” grego). O vocábulo “*mercatura*” refere-se ao comércio de *mercadorias* em sentido estrito.²

*. Fora as notas, reunidas pelo autor, a matéria do presente estudo é tirada dos *Études d'Histoire du Droit Commercial Romain. (Histoire Externe. Droit Maritime)*, Paris, 1929, do insigne romanista francês PAUL HUVELIN.

1. O Brasil também, até ser promulgado o projeto de *Código Único das Obrigações*, unificando o direito privado, separa ainda o Comercial do Civil.

2. A analogia é sensível, neste ponto, entre o direito Anglo-Americano e o direito romano pré-justiniano.

Em tempo algum, ao contrário da Idade Média, se fala, entre os Romanos, do “Jus Mercatorum” (ou “Mercatorium”); êles nunca distinguem o *ato de comércio* do *ato jurídico civil*. — Por que?

A questão é tanto mais interessante quanto o direito grego, estreitamente aparentado ao romano e exercendo sôbre êste profunda influência, distinguia o Direito Comercial do Civil muito mais nitidamente do que o faziam os romanos. Existem, em Direito Grego processos comerciais (“emporikáí dikai”) sujeitos a regras especiais e quanto ao Direito Marítimo encontramos corpos de direito costumeiro ou legislativo (“emporikói nómoi”) dotados de *unidade* e *autonomia*. O Direito Grego antigo, semelhante neste ponto ao Direito Inglês, não chegou à divisão da maioria das legislações modernas devido à insuficiência da doutrina, interpretando o direito e elaborando-lhe a síntese.³

Os romanos, pelo contrário, tiveram grandes juriconsultos: e no entanto a autonomia, entre êles, do direito comercial, não chegou nem mesmo a esboçar-se. Por isso não tem sentido em Direito Romano a questão relativa à *natureza do ato de comércio*.

Vêr, aliás, a importante obra de BUCKLAND e MCNAIR, “*Roman Law and Common Law — A Comparative study*”, Londres, 1952. Em relação ao assunto, o “Common Law” é “comum” inclusive enquanto não distingue formalmente os dois ramos do direito privado.

3. A tendência para a dicotomia seria, assim, inerente ao direito grego o qual, neste particular, corresponderia mais ao espírito do direito moderno do que o Direito Romano. Seriam porisso, dignas d’interêsse investigações históricas sôbre o direito grego clássico.

Vêr “*L’Autonomia del Diritto Commerciale nella Grecia Classica*”, artigo do Prof. UGO PAOLI, in “*Revista del Diritto Commerciale*”, 1935, vol. XXXIII, 1, pág. 36; vêr ainda, “*The law and legal theory of the Greeks*”, de J. WALTER JONES, Oxford, 1956, 1 vol.

Na conhecida “*História Universal del Derecho Mercantil*” (tr. espanhola de Gomez Orbaneja, Madrid, 1941) dedica PAUL REHME à Grécia um parágrafo, o 5.º (pp. 49-53), de seu capítulo II sôbre a Antiguidade.

Certos autores como PARDESSUS (in “*Lois Maritimes*”, I, 55) e MOREL (“*Les juridictions commerciales au Moyen-Âge*”, p. 13 e ss.) afirmam ter sido, em Roma, inútil o Direito Comercial. Tal opinião, segundo HUVELIN, carece por completo de fundamento. São, entretanto, divergentes as opiniões dos autores examinando a questão. GOLDSCHMIDT por exemplo (“*Universal Geschichte des Handelsrechts*”, p. 71-72) invoca a “tendência enérgica dos romanos para a abstração e a centralização (“*Abstraktions — und Centralisierungstrieb*”) — levando-os a elaborar e desenvolver a noção jurídica de *pessoa*, da *personalidade privada abstrata*, tendo por corolário a *igualdade jurídica* de todos os homens. A mesma tendência fê-los construir a noção de *coisa* (bem corpóreo)”. Para MOREL também, “a existência d’um Direito especial aos comerciantes contrariava diretamente a idéia romana da *unidade do direito*. O gôsto inato dos Romanos para a *abstração*, levava-os a *unificar* invéz de *desdobrar* as normas jurídicas: assim, as normas *sôbre pessoas* não distinguiam os *comerciantes* dos *não comerciantes* hem como *os bens* comerciais não eram separados dos *civis* ou *não comerciais*, nem os *atos de comércio* se distinguiam dos *atos civis*.

A razão de GOLDSCHMIDT não convence: o alegado espírito de abstração dos romanos não os impediu de consagrarem muitas desigualdades entre as pessoas, tais como as existentes entre cidadãos e estrangeiros, libertos e ingênuos, pessoas “*sui juris*” e “*alieni juris*”, etc.. Não se compreende, pois, porque êles não procederiam de maneira idêntica distinguindo o comercial do civil caso observassem *na prática* separação nítida entre os dois domínios.

GOLDSCHMIDT acrescenta: “O fato da indistinção se torna mais compreensível se considerarmos a seguinte circunstância: o grande número de questões pertencentes ao direito comercial ficou, em Roma, fora do âmbito jurídico; entre o senhor e o escravo, ou “*filiusfamilias*” comerciantes pode haver relações de contas sem haverem relações jurídicas pròpriamente ditas”. Entre o senhor e a pessoa “in

potestate” não há comércio nem relações jurídicas, pois, falando juridicamente *existe uma só pessoa*. A observação, apesar de verdadeira, não impede o desdobramento do direito em comercial e civil; o campo do direito comercial seria apenas mais restrito eliminando as relações entre o senhor e os “*alieni juris*”.⁴

THALLER (in “*De la place du commerce dans l’histoire générale*”, *Annales de Droit Commercial*”, 1892) dá explicação mais clara e plausível: é preciso considerar sobretudo o *espírito d’assimilação dos romanos* recolhendo principalmente da filosofia e do direito gregos o patrimônio intelectual bem como os *preceitos de política prática*. “Devido à rápida penetração no direito privado das concepções da filosofia liberal os comerciantes não precisavam colocar-se sob proteção de estatuto especial: a administração oficial da justiça pelo pretor romano peregrino satisfazia-lhes as exigências processuais. O comércio não precisa modelar-se segundo tipo corporativo quando os poderes públicos superiores sabem protegê-lo e compreendê-lo”. Quando a classe intermediária *dos cavaleiros*, plebeus enriquecidos, transformou as mais elevadas centúrias em diretoras da opinião e do direito a legislação se preocupou por assim dizer com sancionar os contratos suscitados pelo comércio. Se assim não procedessem, as centúrias teriam

4. Parece procedente, ao menos em parte, a resposta de HUVELIN: a tendência, apontada por GOLDSCHMIDT, dos Romanos para a abstração e a centralização, de modo nenhum suprime ou anula seu senso *crítico* e *analítico*, revelado em tôdas as partes do direito e responsável pela transformação da *mera prática em ciência*. Sôbre o espírito analítico dos jurisconsultos romanos lembramos, entre outras, as brilhantes observações de JHERING nos parágrafos 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65 de seu “*Espírito do Direito Romano*”; vêr, também, SCHULZ — “*Principles of Roman Law*”, Oxford, Clarendon Press, 1936 (ou a tradução italiana de ARANCIO-RUIZ, Florença, 1946); do mesmo romanista alemão consulte-se ainda “*History of Roman Legal Science*”, Oxford, 1946.

desservido a seus próprios interesses profissionais pois os grandes encargos financeiros estavam em suas mãos; continuariam o regime de opressão contra povo sedentário, formado de “clientes” e fariam triste figura perante os mercados estrangeiros, trazendo, com suas trocas, riquezas aos romanos.

Veio finalmente o momento no qual os “clientes” se libertaram. Tal fato poderia ter prejudicado o comércio caso a plebe, senhora dos destinos da República, pendesse para um socialismo de igualdade forçada. A constituição do Império atendeu é certo a idéias igualitárias jamais chegando, entretanto, a limitar o livre exercício da maioria das profissões. As ofensas à liberdade verificadas no último período e levando, nos municípios imperiais, à organização corporativa forçada, decorrem de razões policiais e fiscais especiais sem qualquer relação com a necessidade de proteção autônoma dos homens, quando a autoridade deles desconfia, abandonando-os à própria sorte.”

Em resumo, observa HUVELIN, as idéias de THALLER se consubstanciam nas duas proposições seguintes:

1 — Um direito comercial diferenciado, encontra sua fonte no *direito corporativo dos comerciantes*; faltando corporações de comércio não há direito comercial diferenciado. Esta primeira proposição parece mui contestável a HUVELIN: o direito comercial das nações modernas sofreu por certo a influência do direito interno das corporações, sobretudo quanto à organização corporativa dos comerciantes com jurisdições comerciais e registros do comércio em certas legislações. Ele *não nasceu*, porém, do direito interno das corporações, sendo, como é, direito inter-corporativo, nascido no mercado em consequência da prática das trocas e estas encontram na corporação apenas *parte* de sua razão de ser. A verdadeira causa das trocas se encontra nas relações de uma corporação com outra, nas relações entre o membro da corporação e o estranho à mesma.

Na Idade Média “*jus mercatorum*” ou “*jus mercati*” é o *Direito Internacional ou inter corporativo do mercado*.⁵

2 — Em Roma não existiram corporações mercantis ou pelo menos elas só tardiamente apareceram para atenderem às necessidades administrativas e fiscais; tal fato se explica pelo direito comum dar aos comerciantes tôdas as garantias e liberdades necessárias. Esta última afirmação parece também inexata a HUVELIN, o qual nota:

5. Concordamos também com a crítica de Huvelin à engenhosa hipótese de THALLER; o direito comercial moderno é *inter-corporativo* e não *corporativo*: as corporações medievais surgiram como órgãos de defesa da burguesia nascente contra o poder feudal, baseado na conquista do solo e na servidão.

Visavam defender o comércio já existente é claro e juridicamente regulado, perante um poder central ou inexistente ou muito fraco. As trocas e o direito disciplinador delas são de todos os tempos e porisso HUVELIN chama com razão o “*jus mercatorum*” da Idade Média de *direito internacional* (no sentido de inter-corporativo) do mercado.

As opiniões do tratadista francês sôbre o assunto podem ser melhor apreciadas através de seu clássico “*Éssai historique sur le droit des Marchés e des Foires*”, 1 vol., Paris, Rousseau, 1897; leiam-se por exemplo, os caps. VII, “*Le Marché au moyen-âge-Sa place dans le régime seigneurial et féodal*” e VIII “*Le droit du marché et les formations municipales au moyen-âge*”.

Sôbre as rotas do comércio internacional durante o Império Romano (comércio de Roma com o Egito, a Síria; rotas marítimas para a Índia e Ceilão; comércio com a Ásia Menor; roteiros terrestres para a China e a Índia; comércio com a Grécia, a África, a Espanha, a Itália e as fronteiras do norte, com a Galia e com a Britania), vêr o conhecido livro de M. P. CHARLESWORTH “*Trade-Routes and Commerce of the Roman Empire*”, Hildesheim (Alemanha) 1961 — com tradução italiana de 1940 publicada em Milão.

Obra clássica sôbre as classes sociais e a economia do Império Romano é a de ROSTOWZEW, M., “*The social and economic history of the Roman Empire*”, Oxford, 1926; há traduções, espanhola de 1937 por LOPEZ BALLESTEROS, Madrid, e italiana por SASENA, 1933.

desde os mais antigos tempos existiram em Roma corporações mercantis vivendo em regime de liberdade⁶.

6. Também aqui concordamos com HUVELIN: as "societates" e os "collegia" existem em Roma desde as XII Tábuas, onde eram permitidas em geral as associações, com a condição de "ne quid ex publica lege corrumpant" ("que os "sodales" (sócios) façam para si os regulamentos que entenderem contanto que não prejudiquem o público", Tab. VIII, 2, segundo a tradução do prof. SILVIO MEIRA, em seu livro "*História e Fontes do Direito Romano*", Editôra da U. de São Paulo, Saraiva, 1966, pp. 94).

No direito romano clássico as pessoas jurídicas do tipo das associações chamam-se "universitates", "collegia", "sodalitates", "corpora", v.g. D, 3, 4, "Quod cujuscumque universitatis nomine, vel contra eam agatur", 38, 3 "De libertis universitatum", 40, 3, "De manumissionibus, quae servis ad universitatem pertinentibus imponuntur", 47, 22, "De collegiis et corporibus". Apontam-se as seguintes no campo do direito privado: colégios sacerdotais, associações para funerais e sepultamento, "collegia tenuiorum", "funeraticia", associações de artes e ofícios (o rei Numa teria já formado nove corporações hierarquizadas na seguinte ordem: músicos, ourives, pedreiros e empregados de construções, tintureiros, cordeleiros, marceneiros, ferreiros, ceramistas, outros ofícios — vêr o precioso livrinho de DAUTRY e MAISANI, premiado pela Academia Francêsa, "*Guide Romain Antique*", Paris, Hachette, 1952, pp. 35, 100 e 164) associações de funcionários públicos, "Apparitores" chamadas "Collegia, decuriae apparitorum".

Desde a República são famosas as corporações industriais explorando minas de ouro, de prata e sal. As salinas, por exemplo, eram propriedade do Estado romano o qual concedia sua exploração a particulares, os "conductores salinarum", "salarii". Quanto à administração das finanças públicas, os "publicani", formando "societates" ou pessoas jurídicas cram classe poderosa ("cavaleiros") dentro do Estado romano, unida aos senadores. Obtinham dos *censores*, por cinco anos, a concessão de recolhimento dos impostos. Adiantavam ao Estado a soma a perceber dos contribuintes aos quais oprimiam. Os publicanos se reuniam em *sociedades* por *ações*, dispondo de numeroso pessoal em Roma e nas províncias.

A discussão sobre si constituíam pessoa jurídica é excelentemente resumida entre outros por CUQ, "*Manuel des Institutions Juridiques des Romains*", 2.^a ed., Paris, 1928, p. 500, n. 6.

Que lhes era permitido erigirem-se em corporações prova-o, entre outros, o texto de Ulpiano, D, 37, 1, 3, 4.

Durante o Império podem elas ter adquirido o caráter originariamente desconhecido de órgãos fiscais e administra-

As “societates publicanorum” apareceram na época das guerras púnicas. Eram sociedades financeiras, exigindo grandes capitais, os quais ultrapassavam a fortuna dum particular. CUQ, op. cit., p. 493, explica: durante as guerras púnicas o tesouro público se esvaíra e o Estado precisava de empréstimos para poder garantir o funcionamento regular dos serviços públicos. O Senado, por conseguinte, apelou para o crédito, aparecendo assim a classe dos publicanos, credores do Estado. Associavam êles seus capitais, surgindo as “societates publicanorum”, semelhantes, nota CUQ (op. cit., pp. 500-1) às modernas sociedades em comandita, pois compreendiam duas espécies de membros: associados e participantes (“socii”, “adfinis” — Tito Lívio, 34, 16, 2).

Êstes últimos são meros prestadores de capitais, não participando da administração nem usando da ação “pro-sócio”. Podem usar a “Communi dividundo” — TITO LIVIO menciona a existência de “societates publicanorum” em 215 a.C. Elas subsistiram por muito tempo, sobretudo para a cobrança de direitos alfandegários (“portoria”), durando até o V.º século d.C.

Quanto às “salinae”, minas de sal, eram elas propriedade pública e exploradas mediante concessões a particulares, os “conductores salinarum”, “salarii”. As salinas existentes em terrenos particulares devem ser declaradas aos censores, informa o D, 50, 15, 4, 7. Os imperadores cobram direitos sobre as salinas pertencentes ao Estado e arrendadas a concessionários os quais têm o monopólio da venda aos particulares (C.4, 61, 11).

As minas de ouro e prata eram também exploradas por “societates” — Segundo o C, 11, 6, 1, os exploradores eram obrigados a entregar ao govêrno oito escrúpulos por onça de metal extraído. Em C. 11, 6, 1, lemos: os exploradores de minas situadas em propriedades alheias devem 10% ao proprietário do fundo onde se encontra a mina, ficando para si próprios com o restante.

Durante o Império desaparecem os publicanos e com êles a possibilidade da formação do *grande capitalismo*: de Tibério aos Severos os imperadores confiscam as propriedades dos adversários, sobretudo terras de senadores e *minas das sociedades capitalistas*. Vêm assim a possuir enormes latifúndios (os “saltus” ou terras imperiais onde HADRIANO por exemplo, incentiva as pequenas indústrias. Da mesma forma procedem os particulares ricos, explorando por todos os meios os vizinhos pobres, transformando-os em meieiros quase servos (“coloni”) de seus domínios (v. DAUTRY e MAISANI op. cit., p. 161). Para um apanhado

tivos⁷. Da mesma forma, exemplifica HUVELIN, as corporações francesas de comerciantes e artesãos tenderam, no séc. XVIII, a assumir funções fiscais e administrativas ignoradas no século XIII. O Direito Romano, por outro lado, não parece ter sido desde o início liberal, individualista e favorável ao comércio: a “exceptio doli”, os contratos consensuais de compra e venda, locação e condução aparecem só no VII século; depósito, comodato e penhor surgem tardiamente; o formalismo subsiste mesmo no Baixo Império⁸. A explicação de THALLER, conclui HUVELIN, parece, pois, insuficiente devendo procurar-se alhures a causa da anomalia. O direito comercial romano ter-se-ia sem dúvida separado do direito civil se continuasse a se desenvolver nas mesmas condições de seu nascimento, a saber como

sobre a evolução econômica de Roma, desde o término das guerras púnicas até à época de Constantino, consultar entre outros ROSTOVZEFF, “*História de Roma*”, tr. portuguesa de Waltensir Dutra, Zahar editores, Rio, s. d., caps. 8, 13, 20, 22, 24.

7. Em consequência, parece-nos claro, da crescente intervenção do Estado na economia privada. Desaparecidos, por exemplo, os antigos “publicani” a “societas publicanorum” transformou-se em órgão estatal arrecadador e em órgão portante do próprio Estado. Aliás, segundo observa PAUL REHME, op. cit., p. 56, os bancos públicos do Estado, imitando modelo egípcio, surgem a partir do Império, principalmente na África do Norte.

O mesmo autor, a pp. 59 e ss. resume, com brilho, a evolução do Direito Romano no Baixo Império, mostrando as restrições à economia capitalista, decorrentes da intervenção estatal.

8. Também aqui devemos concordar com HUVELIN: a influência do “jus gentium”, movido pela força propulsora do comércio, só lentamente se fez sentir; nos primórdios do Direito Romano não havia a bem dizer comércio, nem por conseguinte qualquer esboço de instituição de natureza comercial. A sociedade romana, até o fim das guerras púnicas, foi durante séculos patriarcal e de economia agrária, ignorando os contratos reais e consensuais, por exemplo.

*direito internacional do comércio.*⁹ Tal não aconteceu porque o direito dos mercados se tornou direito privado interno, em consequência do desenvolvimento político e das conquistas de Roma. A expansão do comércio romano e a conquista dos países com os quais Roma comerciava coincidiram; por conseguinte as *convenções* bilaterais de “commercium” transformaram-se em *concessões unilaterais* de “commercium” modificando-se o próprio sentido de “commercium”; em igual medida o “jus gentium”, internacional na origem, tornou-se direito interno, tendo os súditos do Império conquistado a igualdade de direitos. O direito comercial especializado, observa HUVELIN, só existe quando se pode desenvolver *como direito internacional*. Nas civilizações modernas se o abismo cavado entre o direito civil

9. Parece ao não especialista extremamente sugestiva a idéia de HUVELIN, ligando, de modo necessário, *internacionalismo* e *direito comercial*: com efeito, sendo universal, o fenômeno da circulação econômica transpõe, pela própria natureza das coisas, as fronteiras, por assim dizer, artificiais dos Estados. Vemos, em nossos dias, os países ocidentais negociando com a Cortina de Ferro. Na Antiguidade, embora a partir de certa época sujeitas à hegemonia de Roma e ao Império, perdendo por conseguinte sua soberania, as nações ou “gentes” não deixaram de existir, com suas peculiaridades respectivas. Neste sentido, o “jus gentium” seria expressão lídima de *internacionalismo*, embora encerrado dentro dos limites políticos e militares do Império Romano, durante a existência deste. Aqui, justamente, encontramos alguma dificuldade em atinar com o verdadeiro alcance do pensamento de HUVELIN: precisará o direito internacional ser necessariamente *inter-estatal*? Dentro do Império Romano, único *Estado*, politicamente falando, havia inúmeras “naciones”, concorrendo, com suas culturas diferentes para a eclosão do “jus gentium” o qual se formou não por imposição estatal e sim pela própria força das relações entre as diversas culturas, mantidas pela *mediação* de Roma.

Encontramos modernamente o “Commonwealth” britânico reunindo em unidade política “sui generis”, aliás análoga à do Império Romano, várias e diferentes nações: deixará, por isso, o “Common Law” à semelhança do “jus gentium” romano, de ser formação eminentemente internacional? E internacional por se abrir, por assim dizer, a todos os povos, graças ao espírito mercantil do povo inglês?

e o comercial tende a desaparecer isto se explica pelo fato de *atenuar-se* o caráter internacional do comércio, à medida que progride a idéia da comunhão de interesses e solidariedade econômica entre os súditos de nações estrangeiras.¹⁰

Seja como fôr se, em verdade, não existe em Roma ramo jurídico próprio das instituições comerciais existem por certo instituições de direito privado tendendo a satisfazer às necessidades interiores das transações comerciais.¹¹ Quais os caracteres comuns, indaga HUVELIN, dessas instituições? Os meios diretos e imediatos, empregados pelas legislações modernas, afim de satisfazerem às exigên-

10. Também aqui podemos observar: a incorporação de nações inteiras ao Império Romano, transformando, diz HUVELIN, em concessões unilaterais as convenções antes bi-laterais de “*commercium*” não pôde alterar em sua essência o fenômeno comercial. Da mesma forma si no futuro a O.N.U., por exemplo, vier sobrepor a dos diferentes Estados uma super soberania, nem porisso terá desaparecido o direito comercial, com finalidades diversas das do direito civil. A solidariedade crescente entre as nações aumenta a interdependência entre os respectivos cidadãos, atenuando a força da noção de soberania. Assim, a prosperidade européia ou a norte-americana, por ex., são essenciais à nossa e muitas leis regulam a economia interna dum país em função do comércio exterior. O direito internacional do comércio vem, na exata proporção, a tornar-se direito *interno*. Mas, nem porisso desaparece a essência *mercantil* dos interesses internacionalmente regulados, nem, por conseguinte, o próprio *direito mercantil*. O direito comercial só desapareceria, propriamente, si dentre os motivos da conduta dos indivíduos e dos povos desaparecesse, como por milagre, o intuito de lucro..

11. Pelas razões indicadas acima não podemos concordar inteiramente com HUVELIN: o essencial para nós é a existência de instituições jurídicas tendentes à satisfação das necessidades do comércio, quer tais instituições pertençam ao direito externo quer pertençam ao interno. Por isso mesmo, a unificação do direito privado não pode eliminar a natureza *comercial* de certas relações jurídicas nem, por conseguinte, o *direito comercial*.

No caso do Direito Romano essa observação é reforçada pelo fato de, enumerando as características do direito comercial moderno, o próprio HUVELIN reconhecer com sua autoridade, que elas já existem no “*jus gentium*” romano como passa a demonstrar.

cias do comércio, facilitando o crédito pessoal e a circulação de valores, garantindo a boa fé e favorecendo a realização dos contratos são os seguintes: 1 — Presunção de solidariedade em tôdas as obrigações comerciais; 2 — presunção de seu caráter oneroso; 3 — materialização das obrigações; 4 — simplificação do processo; 5 — supressão, nos contratos, de tôdas as formalidades retardando-lhes a conclusão.

Ora, nota HUVELIN, tais meios (é possível mostrá-lo) não eram desconhecidos ao Direito Romano e nós os encontramos, desenvolvidos ou em germe, no direito das instituições privadas aplicadas ao comércio.

1.º — *Presunção de solidariedade nas obrigações comerciais*. Os legisladores modernos (especialmente o francês) admitiram êste princípio para darem mais segurança ao credor, favorecendo, por conseguinte as operações de crédito. Em direito civil (Código Civil Francês, art. 1.971) a solidariedade deve ser estipulada; em todos os contratos comerciais, pelo contrário, tal solidariedade se presume. Na compra e venda todos os compradores são solidários podendo o vendedor, se lhe convier, reclamar de qualquer dêles a totalidade do preço. O mesmo acontece nos outros contratos, sobretudo na fiança: a fiança comercial é solidária e nela se renuncia tácitamente aos benefícios de discussão ou de divisão. É a extensão do princípio governando os associados em nome coletivo. Sucederá o mesmo em Direito Romano? Questão discutida, responde HUVELIN e difícil de resolver. A lei presume solidariedade em tôdas as instituições do direito comercial sôbre as quais possuímos informações. São por exemplo solidárias as obrigações dos “*argentarii*”, dos armadores de navio e dos estalajadeiros, dos “*institores*” e dos “*magistri navium*”, etc.¹²

12. “*Argentarii*”, informa BERGER, em seu “*Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*”, são banqueiros, donos de firma bancária (Vêr na coleção “*Que sais je*”? — Presses Universitaires de France, Paris, 1964 — o volume “*Histoire de la Banque*”, por A. DAUPHIN-MEUNIER, cap. III, pp. 22-32). Realizavam diversas operações financeiras tais

Embora não possamos, em rigor, concluir que a solidiedade se presuma em *tôdas* as obrigações comerciais e

como compra e venda de moedas, empréstimos a juros, com ou sem hipoteca, etc. Estavam obrigados a manter contabilidade exata e honesta, pois seus livros (*"rationes"*) gozavam de fé pública, *"fides publica*, devendo ser exibidos como prova (*"edere rationes"*, *"editio rationum"*) em processo envolvendo clientes, ainda quando o banqueiro mesmo não fôsse parte. O dever de exibição dos livros em juízo era explicitamente formulado no edito do pretor, dando-se ação especial contra o *"argentarius"* recalcitrante. Quando executasse o cliente por dívida em dinheiro (*"actio qua argentarius experitur"*) devia o *"argentarius"* deduzir do pedido tudo quanto por sua vêz devesse àquele (*"agere cum compensatione"*) sob pena de perder a ação por *"pluspetitio"*. As mulheres não podiam exercer a profissão de banqueiras — V. D., 2, 13 — *"De edendo"* (*"Da apresentação em juízo"*). *"Relegare pecuniam"* significava a ordem dada pelo cliente ao banqueiro para êste efetuar um pagamento *em nome e por conta* daquele. *"Nummularius"* era o dono de pequeno banco realizando principalmente operações de câmbio. *"Mensa"* era o balcão onde se faziam tais operações *"mensa argentaria"*, *"nummularia"* e *"mensalarius"* chamava-se o dono do estabelecimento, aceitando, também, depósitos em dinheiro. A responsabilidade de capitães de navio *"nautae"* e estalajadeiros, *"caupones"* pelo dano, furto ou roubo causados às coisas custodiadas por êles (Cód. Civ. br., arts. 1.284-5) era sancionada pelo pacto pretoriano denominado *"receptum nautarum, cauponum, stabulariorum"*.

"Institores" donde *"responsabilidade institoria"*, *"actio institoria"* etc., são os administradores de estabelecimentos comerciais ou industriais, nomeados pelos donos dêstes. Tais donos podiam responder diretamente aos têrmos duma *"actio institoria"* em razão das obrigações, conexas com o ramo de indústria ou de comércio, assumidas pelo *"institor"*, isto é, preposto ou gerente (G. 4, 71; Inst. 4, 7, *"Dos contratos feitos com quem está sob o poder de outrem"* 2; D., 14, 3, *"Da ação institoria"*; C. 4, 25, *"Da ação exercitória e da institoria"*). Durante ainda o período clássico prescindiu-se do caráter comercial da transação, de modo a qualquer pessoa poder responder pelas obrigações contraídas por um administrador (*"procurator"*) seu. A ação chamou-se porisso *"quasi institoria"*, modelando-se pela institoria. Esta ação junto com outras afins como a *"exercitoria"*, a *"quod jussu"*, a *"de in rem verso"*, a *"de peculio"*, etc., pertence ao grupo das ações chamadas *"adjecticiae qualitatis"* (ações adicionais ou obliquas) pelo fato de

em *tôdas* aquelas contraídas por comerciantes é lícito, pelo menos, pensar, tivesse a prática romana sentido a necessi-

nelas a responsabilidade “in solidum” do preponente resultar de ato do preposto. “Magister navis”, define o D. 14, 1, “De exercitoria actione” 1, 1 (Ulp.) é aquêlê “cui totius navis cura mandata est”, isto é, “o encarregado (preposto) de cuidar de todo o navio” — Seu contrato com o dono do navio (armador), informa BERGER, op. cit. v. “Magister navis” era ou de locação de serviços (locatio conductio operarum) ou de mandato, caso assumisse o encargo gratuitamente.

Em 4, 71, GAIO diz: “Pela mesma razão, instituiu o pretor mais duas ações, chamadas uma “exercitoria” e “institoria” a outra. A primeira tem lugar quando o pai ou o dono colocam o filho ou o escravo como comandante de navio e alguém realiza negócios com o preposto, dentro dos limites das suas atribuições. Pois, considerando-se serem também concluídos por vontade do pai ou do dono, parece justíssimo dar uma ação para haver a totalidade da dívida, contra êles. E esta ação pretoriana é exercitável contra o pai ou dono quer tenham colocado um estranho como comandante do navio quer o próprio filho ou um escravo. Chama-se a ação “exercitoria” por denominar-se “exercitor” (armador) aquêlê que conhece dos lucros quotidianos do navio.

Aplica-se a fórmula “institoria” quando alguém coloca o filho, um escravo ou homem livre como preposto de taberna ou de qualquer emprêsa e algum negócio se conclui com o preposto, dentro dos limites das suas atribuições.

Chama-se à ação “institoria” por denominar-se “institor” (gerente) o preposto à taberna”.

Em livro interessantíssimo intitulado “Études sur les classiques latins, appliquées au droit civil Romain” — lère Série — “Les Satiriques — Horace, Perse, Martial, Juvenal”, por BENECH, Paris, 1853, informa o Autor (p. 221):

“Êste preposto toma o nome “d’institor”, “ex eo quod negotio gerendo instet” (D. 14, 3, “Da ação institoria” 3, Ulp.) “pelo fato de *instar* na gestão dum negócio”, dizem os juriconsultos. O “institor” estabelecia seus empórios e lojas nos bairros mais frequentados e suas usurpações acabaram obstruindo e asfixiando grande parte das ruas, invadindo o próprio “Forum”.

Marcial agradece ao Imperador pelo fato dêste haver reprimido as espoliações do “institor” fazendo-o voltar a justos limites e ressuscitando assim Roma, sumida por assim dizer no meio das lojas, transformada de fato, em imensa loja: “Abstulerat totam temerarius institor

dade de adotar a regra, *generalizada* pela prática moderna.¹³

2.º — *Presunção do caráter oneroso das obrigações comerciais*. Sendo a especulação o móvel da atividade comercial tôda a obrigação presume-se assumida mediante contra-prestação. Êste princípio se manifestou de maneira esporádica em Direito Romano, embora jamais tenha sido afirmado pelos jurisconsultos de maneira dogmática. O antigo mútuo, por exemplo, como contrato entre amigos era gratuito e os romanos por muito tempo o consideraram como insuscetível de juros; o contrato, a princípio, não era comercial.¹⁴ O empréstimo comercial, entretanto, desenvol-

urbem. In que suo nullum limine limen erat; Jussisti tenues, Germanice, crescere vicos, Et modo quae fuerat semita, facta via est.

Nulla catenatis pila est praecincta lagenis; Nec praetor medio cogitur ire luto.

Nunc Roma est; nuper magna taberna fuit". (*"Satiras"*, VII, epigrama 61).

Tradução: "O mercador temerário acabara privando-nos de Roma inteira e nenhuma entrada havia onde entretanto deveria haver (*). Mandaste, ó Germânico, alargar nossas ruelas e a outrora estreita passagem transformou-se em avenida. Não mais se vêem colunas rodeadas de bilhas acorrentadas (**), nem o pretor é mais obrigado a caminhar em plena lama. . Agora, Roma existe; antes, não passava de grande armazém".

* O poeta quer dizer: a exposição das mercadorias ocupava o limiar das casas vizinhas às lojas. Dessa forma, os comerciantes em Roma tinham invadido aos poucos a via pública, dificultando muito a circulação. Domiciano (81-96) regulou a matéria mediante edito.

** Trata-se de estabelecimento de vendedores de vinho os quais encadeavam as bilhas para evitarem o seu furto. A palavra "pila" parece indicar espécie de coluna móvel servindo à exposição ou anúncio dos gêneros vendidos.

13. A fórmula da "actio institoria" é também "in solidum". Sôbre a solidariedade vêr nosso pequeno: "*Estudo sôbre as obrigações solidárias em Direito Romano*", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1960.

14. Tal concepção, liga-se, sabemos-lo, à evolução histórica do Direito Romano, preso durante séculos, até às guerras púnicas, às necessidades rudimentares de sociedade patriarcal e agrária, com escasso comércio.

"A agricultura era, de longe, o modo de vida mais importante da antiga Roma. O termo latino "cultura" significa "o trabalho da terra"

veu-se sob a influência de circunstâncias econômicas novas e passou a render normalmente juros. Chamaram-no “foenus” e nos séculos VI e VII de Roma distinguiram-se com cuidado os vocábulos “mutuum” e “foenus”. Assim por exemplo na “Asinaria”, I, 3,59 PLAUTO diz: “Nam si mutuo non petero, certunst suman foenere” (“pois si eu não puder obter o dinheiro gratuitamente, obterei a juros”). Mais tarde os dois tērmos se confundiram às vēzes chegando-se a falar de mútuo a juros, admitindo-se que todo o empréstimo consentido por “argentarii”¹⁵ fôsse oneroso. Talvez

(agri-cultura)”. CARL GRIMBERG, “*História Universal 4.^a Das origens de Roma à formação do Império*”, Tr. de Jorge de Macedo, da Faculdade de Letras de Lisbôa, Publicação Europa-América p. 51. A partir de 146 a.C., mais ou menos, começa, com o capitalismo o “jus gentium”. Daí por diante generaliza-se o mútuo feneratício, aparecendo junto com os juros as figuras clássicas dos usurários, satirizados pelos poetas latinos — Na *Sátira* II, livro 1, descreve Horácio a Fufidio, exigindo 5% ao mês pagos antecipadamente (BENECH, op. cit., p. 96). Vale a pena recordar com GRIMBERG, op. cit., p. 181, a figura de Crasso: “Estabelecera as bases de enorme fortuna comprando bens e propriedades por preços ridículos e enriquecera ainda mais por meio de novas iniciativas: especulações imobiliárias e atividades industriais. duma longa série de especuladores e capitalistas, que surgiram com a transformação econômica da Itália, que fôra até então país agrícola. Além disso praticava a usura em grande escala. Crasso foi o primeiro. Este processo era a consequência inevitável das conquistas de Roma no Oriente. O espírito mercantil fêz imensos progressos e foi acompanhado, em tôdas as classes da sociedade, de uma necessidade sempre crescente de luxo e de prazer”.

O aparecimento relativamente tardio, em Roma, do comércio, talvez seja a causa principal da distinção entre “jus civile” e “jus gentium”, origem histórica da distinção moderna entre direito civil e comercial. O mútuo “amicitiae causa” é gratuito (C.c., art. 1.262) enquanto o empréstimo comercial é sempre oneroso (art. 248, C. Com.).

15. Depois das guerras púnicas, a profissão de banqueiro (“mensa argentaria”) foi regulamentada pelo Estado. Os banqueiros, apesar das sátiras dos poetas têm, em geral, boa reputação (“optimi viri”), enquanto os falidos são manchados pela “infamia”; falir, dizia-se: “mergere mensam” (“afundar a mesa”), “mensam evertere” (“virar a mesa”). Vêr “*Guide Romain Antique*”, op. cit., p. 61, contendo a

devamos estender a mesma regra a outros comerciantes e outras obrigações tomando por base o seguinte fragmento de PAPIANO in D., 22,1, “*De usuris*”, 1,1 — “Socius si ideo condemnandus erit quod pecuniam comunem invaserit, vel in suos usus converterit: omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae” (Tr.: “Se o sócio duma sociedade comercial — devêr ser condenado por desvio de fundos sociais ou pelos ter empregado para seu uso particular, pagar-se-ão juros mesmo sem constituição em mora”). Há finalmente, sempre presunção de onerosidade nos casos de mútuo comercial, isto é, de “*nauticum foenus*”¹⁶. Neste contrato o simples pacto basta para fixar

fotografia de recibo passado por banqueiro de Pompéia. O “*receptum argentarii*” é contrato pelo qual o Banqueiro (“*argentarius*”) se obriga a efetuar determinado pagamento por conta do cliente, confundindo-se, assim, com o “*constitutum debiti alieni*” — (Inst., 4, 6, “*De actionibus*”, 9; D., 13, 5, “*De pecunia constituta*”, C., 4, 18, “*De const. pec.*”; Nov. 115, 6).

16. Sobre o “*nauticum foenus*”, ou “*trajecticia pecunia*”, (D. 22, 2; C. 4, 33) como origem remota da *sociedade em comandita simples*, vêr o artigo do Prof. DARCY DE ARRUDA MIRANDA JUNIOR, in “*Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos, econômicos e sociais*”, (publicada pela “*Instituição Toledo de Ensino*”, de Baurú); para o histórico da mesma sociedade, *ibid*, pp. 45 e 55. Enquanto as simples convenções não bastam em Direito Romano para obrigarem o devedor ao pagamento dos juros sobre o dinheiro mutuado, exigindo-se as *estipulações* (“*stipulationes usurarum*”) respectivas, (v. C. Civil Bras., art. 1.262) o dinheiro emprestado para viagem marítima (“*empréstimo a risco*” do C. Com. Brasileiro, art. 633 e ss.) e chamado porisso “*trajecticia pecunia*” autoriza a cobrança de juros convencionados por *simples pacto* e até mesmo acima da taxa legal, fixada, respectivamente, em 4% (“*tertia centesima*”) ao ano para os devedores “*nobiles*” ou “*inlustres*”, em 8% para os comerciantes e em 6% para as demais pessoas.

Desde o fim da República encontramos a taxa legal de juros fixada em 1% ao mês (“*centesimae usurae*”) mas, na prática, os mutuantes se contentavam com a metade ou 0,5% ao mês (“*semisses usurae*”, “*semiunciarium foenus*”, 6% ao ano). CÍCERO, citado por CUQ, in “*Manuel des Institutions Juridiques des Romains*”, Paris, 1928, p. 437 e ss., diz nas *Cartas a Attico*, I, 12: “*nam a Caecilio propinqui minore centesimis*

os juros e em falta de cláusula contrária tal pacto se sustentende. Não é, pois, temerário concluir, afirma HUVELIN: pelo menos em *certos casos* os Romanos chegaram à mesma regra das legislações comerciais modernas.

nummum movere non possunt”, “de Cecílio nem mesmo os parentes conseguem um sestercio sequer a menos de 12% de juros”. Em outro lugar das “*Cartas*”, citado pelo mesmo CUQ, (V, XXI, 10-13) expõe Cícero caso de cobrança de juros legais e acima da taxa legal, chegando a 4% ao mês. O caso merece ser resumido, pois mostra de maneira expressiva aspecto interessante da vida econômica romana ao tempo do grande orador. Quando Governador da Cilícia (51-50 a.C.), foi êle procurado por dois credores de residentes em Chipre (Salamina). Um dêles, M. Scapcio, pediu a Cícero a prefeitura de Salamina, mas o orador negava-se a nomear negociantes para cargos públicos (“negavi me cuiquam negotianti dare”) e tranquilizou o credor, dizendo-lhe: si queria ser prefeito para reaver seus créditos, êle, Cícero, trataria do assunto. (“Sin praefectus vellet esse syngraphae causa, me curaturum, ut exigeret”). Appio dera a Scapcio algumas turmas de cavaleiros para êste coagir seus devedores de Salamina, nomeando-o, ao mesmo tempo, prefeito; revestido de tamanho poder, o usurário vexava os Salamínios. Cícero interveio, ordenando aos cavaleiros que sahissem de Chipre, irritando com isso a Scapcio. Os devedores vieram a Cícero, o qual ordenou-lhes pagassem suas dívidas, deixando de lhes ouvir as recriminações sôbre os “syngraphae”, isto é, as confissões de dívida assinadas pelos devedores e pelo credor, bem como sôbre os vexames praticados por Scapcio.

Em consideração aos serviços prestados à cidade por êle, Cícero rogou-lhes terminassem o negócio ameaçando afinal coagi-los. Os devedores declararam-se dispostos a pagar, dizendo que iriam fazê-lo com dinheiro de Cícero, pois tudo quanto costumavam dar ao pretor, sendo recusado por êle seria como por êle mesmo pago: os créditos de Scapcio eram até um pouco inferiores às requisições do pretor.

Cícero louvou-lhes a resolução. “Certo, respondeu Scapcio, mas façamos os cálculos dos débitos”. E aqui aparece o aspecto interessante da questão: no edito translaticio, isto é, passando de pretor a pretor, Cícero determinara o pagamento de 1% de juros ao mês (“centesimae usurae”), mais anatocismo ou capitalização anual, enquanto o credor baseando-se na obrigação literal reclamava juros de 4% ao mês.

Ao observar-lhe Cícero ser impossível violar o edito, o interessado invoca sanatusconsulto dizendo expressamente: “Ut qui Ciliciam obti-

3.º — *Materialização das obrigações.* Por materialização”, doutrina HUVELIN, entende-se a identificação da obrigação com papel servindo de veículo daquela. Exemplos: títulos (“Cód. Civ. br.”, arts. 1.505 a 1.511) ao portador (ações,

neret jus ex illa syngrapha diceret”, isto é, “julgue o governador da Cilícia de acôrdo com o teor dos documentos”. Horroriza-se o grande orador, vendo na execução de tais obrigações abusivas o fim e a morte da cidade. E encontra dois outros senatusconsultos sôbre o mesmo assunto. Os Salaminios queriam obter em Roma empréstimo d’amortização, sendo entretanto impedidos pela lei Gabinia. Os amigos de Bruto, porém, movidos pelo prestígio e crédito dêste, dispunham-se a emprestar a juros de 4% ao mês com a condição de serem autorizados a tanto por um senatusconsulta. O Senado respeitou o crédito de Bruto decretando: “Sem resultar nenhum prejuízo quer para os Salaminios quer para quem lhes emprestasse”. Fêz-se o empréstimo: descobriram, porém, depois, os mutuantes a inutilidade do senatusconsulta, pois a lei Gabinia proibia a cobrança judicial de tais obrigações. Donde, novo senatusconsulta dispozo: “Esta obrigação será tratada por modo igual às outras e não diferentemente”. Dada por Cícero a explicação Scapcio chama-o à parte, dizendo-lhe não ter mais nenhuma objeção; os devedores acreditavam dever-lhe a êle, Scapcio, duzentos talentos, quantia a qual o credor estava disposto a receber. Na verdade a dívida era pouco menor mas Scapcio solicitava os bons officios de Cícero, determinando-os a pagar os mencionados duzentos talentos. “Perfeito”, responde o orador e afastando Scapcio chama os devedores perguntando-lhes quanto devem; “cento e seis” respondem a Cícero, o qual por sua vêz informa Scapcio: êste prorrompe em imprecações. Cícero convida as partes ao confronto das contas: elas o fazem, até o último vintém. Terminada a operação os devedores querem pagar, exortando o credor a receber; êste, porém, pede a Cícero mande interromper o negócio e o orador accede ao pedido desabusado, não atendendo a solicitação dos gregos no sentido de guardarem o dinheiro em templo. Todos quantos acompanhavam o caso clamavam contra a impudência de Scapcio, não satisfeito em receber um por cento mais anatocismo; para outros não podia haver estultice maior — Cícero porém, tira do incidente conclusão nò primeiro sentido, entendendo haver por parte do credor mais impudência que tollice, pois êle aceitava 1% de juros sôbre crédito bom (“bonum nomen”) e esperava obter 4% sôbre crédito mau (“nom bonum nomen”). Note-se: o “bonum nomen” (12% ao ano) é legal e garantido pelos tribunais, enquanto o “non bonum nomen”, ilegal (48% ao ano) não é garantido. Exposta a

obrigações, títulos de renda), efeitos de comércio (conhecimentos, apólices de seguros). O direito não pode ser exercido sem a produção do título; titular é quem apresenta o certificado ou aquêlê cujo nome se acha inscrito

causa, Cícero dela espera decisão acertada por parte de Bruto, decisão certamente conforme ao pensamento do tio dêste (Catão, meio-irmão de Servília, mãe de Bruto) sobretudo à luz de senatusconsulta recente em favor dos credores e mandando cobrar juros simples à razão de 1% ao mês. Era vantajosa para os Salaminianos tal decisão pois até ela deviam êles o capital “cum anatocismo anniversario”. Um amigo de Cícero queixa-se, por carta, do perigo representado por tal senatusconsulta o qual daria perigosa oportunidade de reajuste de contas: (“ne culpa senatus his decretis res ad tabulas novas perveniat”); e lembra o mal feito outrora por C. Julio (Cesar, provavelmente) concedendo moratória aos devedores. O orador termina o relato do episódio pedindo a seu correspondente que medite a defesa perante Bruto em causa contra a qual “nihil honeste dici potest”, sobretudo quando Cícero a deixara sem nenhuma alteração — Dizendo isto passa a tratar de questões domésticas, “reliqua sunt domestica”, (V, 14).

Vale a pena lembrar aqui as palavras conhecidas de Catão, o Antigo (234-149 a.C.), iniciando o “*De Agricultura*”; elas refletem bem a mentalidade austera dos velhos romanos, desdenhosos do comércio e sobretudo da usura. Tal mentalidade opõe-se, de maneira direta, à predominante no tempo de Cícero, um século mais tarde. Eis o texto de Catão: “Est interdum praestare mercaturis rem quaerere, nisi tam periculosum sit et item fenerari, si tam honestum sit. Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli. Quanto peiorem civem existimarit feneratorem quam furem, hinc licet existimare. Et virum bonum quom laudabant, ita laudabant, bonum agricolam, bonumque colonum. Amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur. Mercatorem autem strenuum studiosumque rei quaerendae existimo, verum, ut supra dixi, periculosum. At ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque pius quaestus stabilissimusque consequitur minimeque invidiosus minimeque male cogitantes sunt qui in eo studio occupati sunt.” (I, 1-4). Permitimo-nos oferecer a tradução portuguesa do texto latino:

“Ganhar dinheiro no comércio seria, por certo, mais lucrativo às vêzes si não fôsse tão arriscado; emprestar dinheiro a juros também si fôsse tão honesto. Nossos antepassados assim julgavam, incorporando tal modo de pensar em suas leis as quais condenavam o ladrão

no mesmo; onde estiver o título aí estará seu titular. Os Alemães, ensina HUVELIN, dizem comumente: há *incorporação* da dívida no título. Tal fenômeno, característico do direito comercial moderno é chamado de *materialização* das obrigações pelo autor francês aqui parafraseado. ROMA não chegou tão longe dentro desta direção; não achamos ali propriamente o título ao portador ou à ordem. Todavia, nas obrigações comerciais, a “cautio” romana desempenhava freqüentemente papel mais concreto do que a “cautio” atestando obrigações civis. Assim os “chirographa”, instrumentos das obrigações contraídas pelos peregrinos eram essencialmente títulos comerciais. Ora, segundo GAIUS atesta, em termos precisos (III, 134) tais “chirographa” eram contratos formais. “Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis...” (Tr.: “Além disso, a obrigação literal parece constituir-se mediante quírografos e singrafos..”).

Mesmo repelindo, observa HUVELIN, a idéia da assimilação ao contrato literal romano, é forçoso reconhecer que nos encontramos aqui perto da idéia de incorporação do direito no título. Nas comédias de PLAUTO fala-se já, muitas vezes, de obrigações exigíveis em proveito de quem apresentar ao devedor os títulos ou o anel de seu credor (“*Curculio*”, III, 59 e ss.; “*Bacch*”, II, 3,92 e ss.; “*Curculio*”, II, 3,67). Isto não basta para provar tivesse o Direito Romano *consagrado* tal prática, já aceita ao contrário pelo *Direito*

no dôbro e o usurário no quádruplo. Donde se depreheende quão menos indesejável era para eles o ladrão, comparado ao usurário. E quando queriam louvar um homem digno chamavam-no “bom agricultor”, “bom lavrador”. A pessoa assim elogiada reputava-se alvo da mais alta recomendação. Considero homem enérgico o mercador, voltado para o lucro; sua carreira porém, como acima disse, parece-se arriscada e sujeita a desastres. Da classe rural, pelo contrário, vêm os homens mais corajosos e os mais expeditos soldados; sua profissão é mais altamente respeitada, sua existência mais garantida e considerada com menos hostilidade. Os agricultores, finalmente, parecem menos inclinados à malevolência”. Poder-se-ia melhor do que nestas palavras exprimir mais completamente a filosofia prática da aristocracia rural?

Grego. Como porém, observa HUVELIN, o “chirografum” grego se naturalizou romano sob o nome de “cautio” pode-se admitir não fôsse estranha ao Direito Comercial Romano a prática helênica descrita por PLAUTO. Certos indícios atestam, no Baixo Império, a idéia persistente da materialização das obrigações. Exemplo: o sistema da “querela non numeratae pecuniae” e sobretudo a existência de “condictio” dada a quem subscreveu bilhete e não recebeu o dinheiro, afim de reclamar o bilhete (chamado pelos textos “cautio” ou “obligatio”). Assim, no C., IV, 30, “De non numerata pecunia”, const. VII, lemos: “Per conductionem obligationem repetere . . . potestis”; e a “Const.” IV, do livro IV, Título 9, “De conditione ex lege” do mesmo Código diz: “Reddi tibi cautionem praesidiali notione postulare potes”. JUSTINIANO criou também, no mesmo sentido, uma “Condictio sine causa” aplicável sobretudo à “cautio” continuando com o credor apesar de paga a dívida.¹⁷

17 É viva na literatura romanística e assáz instrutiva a controvérsia sobre a verdadeira natureza dos contratos chamados “literais”. GIFFARD, no excelente volume “*Droit Romain et Ancien Droit Français Obligations*”, 2.^a ed. com a colaboração de VILLERS (Daloz, Paris, 1967) distingue: os “nomina arcaria”, “indicações de caixa” (Gaio, 3, 131) são *simples meios de prova de contratos reais*. Esta mesma, aliás, é a declaração de Gaio no lugar citado; ouçamo-lo: “Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent quam si numerata sit pecunia: numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem sed obligationis factae testimonium praebere”. Exemplo de lançamento *comprobatório*, apenas, de mútuo: “Titio datum centum *ex mutuo*” Trata-se, aqui, de obrigação *causal*. Já, pelo contrário, os “nomina transcripticia” (“transcrições de créditos”) são puramente literais e abstratos, sob a dupla forma indicada por Gaio (3, 128 a 134): “transcriptio a persona in personam” e “transcriptio a re in personam” Tais registros originam o crédito de soma de dinheiro independentemente de qualquer empréstimo efetivo. E, neste sentido, contém já, sem sombra de dúvida, o *princípio* ao menos da abstração e literalidade modernas. Confirmando tal maneira de vêr, encontramos claro texto de CÍCERO, citado por CUQ, “*Manuel des Institutions Juridiques des Romains*”, 2.^a ed., Paris, 1928, pág. 422, n. 9. Trata-se de passagem

4.º — A simplificação do processo é o quarto meio empregado nas legislações modernas afim de favorecerem o

dos “*Tópicos*”, 3, onde o grande orador afirma: “*Multum enim differt, in arcane positum sit argentum aut in tabulis debeatur*” GAIUS (3, 124) mostra em singelo exemplo o modo de se transformar em *abstracta* uma obrigação *causal* (novação objetiva) ao descrever a “*expensilatio*” dizendo: “*A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptio causa aut conductionis aut societatis mihi debeas id expensum tibi tulero*”. A “*expensilatio*” (De “*expensum ferre*”, quantia pesada e dada ao devedor) em razão da qual nasce o crédito *abstracto* (v.g. “*expensum Titio Centum*”), sucedendo ao crédito anterior *causal* (v.g. “*Expensum Titio Centum e societate*”) constitui verdadeira “*novatio*” (C. *Civil Brasileiro* art. 999, I). Aliás, exatamente como a “*stipulatio*” o contrato literal, além da função novatória, podia *crear* obrigação primitiva.

A novação subjetiva (C.C.B.º, art. 999, II) é também descrita sucintamente por GAIUS, 3, 130) — “*A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi*”. À vista do acima exposto, compreende-se, com facilidade, o juízo de CUQ (op. cit., p. 422) dizendo: “*L’inscription sur le “codex” peut servir à rendre juridiquement obligatoire la promesse de payer une somme d’argent qui n’a pas été réellement prêtée*”. Em abono de seu modo d’entender aduz o preclaro romanista o texto de CÍCERO, nos “*Tópicos*”, 3: “*Multum enim differt, in arcane positum sit argentum aut in tabulis debeatur*” (op. cit., ib., nota 9). Si assim é, podemos concluir afirmando, desde o “*jus civile*”, a existência de obrigações literais e abstractas, semelhantes às do direito comercial moderno. A simples inscrição no “*codex*” *origina* o vínculo jurídico de débito e crédito. Quanto aos “*chirographa*” e “*syngraphae*” parecem verdadeiras *notas promissórias* da Antiguidade, autênticos títulos de transações comerciais, acessíveis aos “*peregrini*” e de aplicação internacional, portanto.

No “*chirographum*”, o devedor, exprimindo-se na primeira pessoa, reconhece-se obrigado perante outrem. O ato, de origem grega, apresenta a forma de carta, com fórmula inicial de saudação (Exemplos no D, 17, 1, 59, 5; 17, 1, 60, 1; 17, 1, 60, 4). Sendo bilateral o negócio as duas partes saúdam-se reciprocamente formulando suas declarações respectivas.

O “*syngrapha*” é redigido na terceira pessoa, contendo a assinatura de testemunhas (D, 45, 1, 126, 2), as quais, no Egito, eram usualmente seis.

movimento comercial. Tal meio era já empregado pelo Direito Grego onde os “emporikáí dikai” (“processos co-

O documento é confiado a uma das testemunhas, encarregada de exhibi-lo em juízo, no caso de controvérsias; tem maior valor probatório do que o “chirographum”; êste, no Egito romano, só podia ser utilizado mediante *registro* (“demosíosis”, em grego) no tribunal de Alexandria. Depois destas informações de caráter histórico, pronuncia-se CUQ (op. cit., p. 425) sôbre a matéria jurídica dos “chirographa” e “syngraphae” dizendo: “Le chirographum” et la “syngrapha” sont des contrats formels par lesquels l'une des parties se reconnaît débitrice de l'autre ou lui promet une dation”.

Seu caráter internacional e pois *comercial* resulta de serem tais documentos “obligatoires entre pérégrins sans stipulation” como decorre de GAIUS, III, 134: “Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat”.

A conclusão de CUQ é categórica: “On n'a pas non plus à rechercher si la remise de valeur qu'ils mentionnent est réelle ou fictive”. “*Ce sont des contrats abstraits*” (grifo nosso).

Ora, que mais é preciso para reconhecer nestas obrigações a “incorporação da dívida no título” ou a “materialização das obrigações” segundo a terminologia de HUVELIN? — Para comprová-lo é bastante mencionar a nítida distinção funcional existente entre os documentos aqui estudados e as “cautiones”, títulos *meramente probatórios*. Comentando lei do imperador Arcadio, contida no *Código Teodosiano* (II, 4, 6), observa acertadamente CUQ (op. cit., p. 426, 1) não ter a expressão “litterarum obligatio” ali empregada o seu sentido técnico, pois quer designar escrito *comprovando* apenas uma estipulação, contrato, como se sabe, distinto do literal. Logo, êste último pode, com razão, considerar-se abstrato. Tal conclusão é corroborada quando estudamos a história dos “chirographa” e “syngraphae” no Baixo Império resumida ainda por CUQ (p. 426.) — Caindo nessa época em desuso o antigo contrato literal romano, constante do “codex” o qual, aliás, “semble bien avoir été dès l'époque ancienne un acte générateur d'obligations”, tendo tido “une fonction *créatrice*” como muito bem observam GIFFARD e VILLERS no excelente “*Droit Romain et ancien droit français des obligations*”, já citado (pp. 44 e 45, da 2.^a ed., Paris, 1967) sucede o seguinte: o contrato literal dos peregrinos não sendo reconhecido pelas leis romanas (DIOCLECIANO rejeita os pedidos de aplicação do direito peregrino — C, IV, 2, 6, 14) perdeu muito de seu alcance prático a partir do momento em que os Imperadores estenderam aos

merciais”) gozavam de andamento acelerado.¹⁸ Sucederia o mesmo em Direito Romano? Também aqui não encontramos sistema coordenado e completo. Na carta CVI SÊNECA atesta, é certo, terem sido tomadas precauções visando ga-

devedores *chirografários* os benefícios da “querela non numeratae pecuniae”, dada aos devedores por estipulação.

As Insts., III, 21, pr., dão-nos a informação seguinte:

“Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis, exceptionem opponere non potest: hoc saepissime constitutum est”. Isto significa: no tempo de Justiniano quando alguém subscreve bilhete reconhecendo dever valor o qual lhe não foi entregue (grifo nosso), não poderá impugnar o débito depois de expirado o prazo de dois anos. Por conseguinte, a obrigação literal, depois de dois anos de sua constituição, *reacquire* a antiga função criadora, tal como as próprias “*Institutas*” o dizem no mesmo livro III, 21, pr.: “Sic fit ut *et hodie* (também hoje, como antigamente quer dizer o texto) dum queri non potest, *scriptura obligetur* (grifo nosso): et ex ea nascitur *condictio, cessante scilicet verborum obligatione* (grifo nosso): a estipulação extingue-se ao cabo de dois anos e o título torna-se “abstrato”. Quanto ao processo da “querela non numeratae pecuniae”, vêr, entre outros, CUQ (op. cit., p. 434, § 3). Lamentamos não poder aqui aprofundar tão interessante questão, dados os limites inevitavelmente reduzidos dum simples artigo. Mas, prometemos voltar ao assunto.

18. Sobre êsses processos informam, entre outros, DAREMBERG e SAGLIO no “*Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*” (Paris, 1919) in I, 387b — “Os magistrados supremos da Grécia eram os nove “archontes”, escolhidos anualmente por sorteio. Dentre êles, os seis últimos chamados “tesmotetas” formavam collegio ou “synédrión”, decidindo em comum as questões de direito marítimo.” O mesmo dicionário, in III, 1760 a, continua — “As jurisdições comerciais gregas são públicas, formando, na origem, o direito comum, pois na Grécia o direito comercial não se separa do civil. Mas, a partir do V.º século, verificamos, na organização dos processos chamados “comerciais”, (“*emporikáí dikai*”) caracteres específicos. O processo contra Zenóthemis, atribuído a Demóstenes assim define ditos processos: “As leis concedem ação em Juízo aos homens do mar (“náucleroi”) e aos comerciantes (“*emporoi*”), nas questões relativas a viagens marítimas, partindo de Atenas e com destino a Atenas, havendo contrato escrito. Fora dêsses casos a ação não é cabível.” Trata-se, aqui, de negócios de alto comércio marítimo, cujo processo admitia a prisão do devedor,

rantir justiça pronta aos comerciantes, sem, contudo, indicar a natureza de tais precauções. Se o sistema das ações, pensa HUVELIN, remetidas pelo pretor peregrino ao tribunal dos recuperadores, pudesse conservar durante bastante tempo seu caráter internacional, dêle resultaria, sem dúvida, processo especial simplificado e acelerado. As ações enviadas aos recuperadores gozam de procedimento rápido (limitação do número de testemunhas, cujos depoimentos não ficavam sujeitos ao “actus rerum”, por exemplo).¹⁹ Exata-

ao contrário dos princípios do direito comum. No V.º século os processos marítimos eram instruídos por magistrados especiais, os “nautodíkai”, desaparecidos no século seguinte, quando as questões comerciais passaram a ser decididas pelas “tesmotetas”, mediante processo particularmente rápido, concedido, aliás, às questões comerciais pela maioria das legislações. Xenofonte já notara quanto a rapidez dos processos ajudava ao comércio. Reforma efetuada entre 355 e 342 incluía os processos comerciais entre os processos mensais (“dikai émmenai”) isto é, processos sumários, julgados no prazo máximo dum mês, contado a partir do pedido inicial” Consulte-se, também, *The Law and Legal Theory of the Greeks*”, op cit., pp. 219 e 233.

19. Sobre os “recuperadores”, vêr, entre outros, a longa e profunda monografia de YVONE BONGERT, “*Recherches sur les Récupérateurs*”, in “Publications de l’Institut de Droit Romain de l’Université de Paris”, Paris, Sirey, 1952, pp. 99-266. Os recuperadores, ensina CUQ, op. cit., p. 808, julgam processos entre romanos e peregrinos em razão de atos praticados em território romano, sendo sua competência consagrada por tratados internacionais; a missão originária dos “recuperadores” consistiria, depois dos tratados de paz, em fazer reaver ou recuperar os bens capturados pelo inimigo. A competência internacional, informa YVONNE BONGERT, op. cit., p. 100, dos “recuperadores” é confirmada por plebiscito do ano 71 a.C., a “lex Antonia de Termessibus”, concedendo aos cidadãos de Termessus, na Pisidia, (Ásia Menor) o privilégio de “liberdade, amizade e aliança com o povo romano” como retribuição pela ajuda prestada em tempo de guerra. Um dos textos fundamentais sobre os “recuperadores” é de FESTO (III.º século), citando (v. “Reciperatio”) definições de AELIUS GALLUS, jurisconsulto do I.º século a.C. Ei-lo: “Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur”. Permitimo-nos, aqui, para facilidade do leitor pouco afeito aos estudos latinos, oferecer a seguinte tradução:

mente por isso eram também julgadas pelos recuperadores as ações movidas por causa de “injuria atrox”²⁰. A jurisdição do pretor peregrino e os “juris” de recuperadores saíram do direito internacional e comercial. E o sistema

“Segundo Elio Gallo “reciperatio”, (recuperação ou restituição judicial) é o tratado entre o povo romano e os reis, nações ou cidades estrangeiras fixando o modo pelo qual as coisas, por intermédio dos recuperadores, sejam devolvidas e restituídas, sendo também as coisas pertencentes aos particulares mutuamente devolvidas ou restituídas”. O processo, ao qual se refere HUVELIN, presidido pelos “recuperatores”, sofre algumas alterações. A “in jus vocatio” (citação do réu) é substituída pela intimação de comparecimento em dia marcado, “conductus dies cum hoste” de Cícero e Gélio, dia cuja data é escolhida pelo magistrado, “status dies cum hoste”; as testemunhas são obrigadas a depor: “testes necessarii”, segundo QUINTILIANO (V. 7, 9), o julgamento deve ser proferido dentro de dez dias, segundo se depreende do tratado em 261 concluído entre Roma e as cidades da confederação Latina; uma lei agrária de 643 (111 a.C.) fixa o mesmo prazo, nas ações dos publicanos, movidas contra os contribuintes. Cada questão era decidida em regra por três e às vezes por cinco “recuperatores”.

Tal é a lição de CUQ, a pp. 808-809 do livro citado.

Quanto ao “actus rerum” é em substância, o ano judiciário, dividido, ensina GIRARD, in “*Manuel Élémentaire de Droit Romain*”, 8.^a ed., Paris, 1929, p. 1.039, em sessões d’inverno e de primavera (“menses hiberni, aestivi”).

20. Em III, 225, GAIO define: “Atrox autem injuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit injuria” — Ou, em nossa tradução: “A injuria grave é apreciada quer segundo o fato que a constitui; por exemplo, quando alguém foi ferido, chicoteado ou fustigado por outrem; quer segundo o lugar, por exemplo quando foi injuriado no teatro ou na praça; quer segundo a pessoa, por exemplo, quando a vítima da injúria fôr magistrado, ou quando um senador fôr injuriado por pessoa de condição humilde”. Veja-se, no direito moderno, por exemplo nas *Ordenações Filipinas* a discriminação usual das penas, conforme seja fidalgo ou peão o infrator. Consultem-se também, a título de confronto com o Direito Romano, os números I, II e III do artigo 141 do atual *Código Penal*.

da “*condictio*” das leis “*Silia*” e “*Calpurnia*” teria também surgido das necessidades do comércio?²¹ Assim pensam

21. “*Jurisdictio*”, ensina CUQ, op. cit., p. 809, significa, em Direito Romano, o conjunto dos poderes atribuídos a certo magistrado, o “*praetor*”, enquanto encarregado de administrar a justiça civil. Dentre esses poderes, cumpre distinguir: 1.º os comuns a todos os magistrados, tais como: a) decidir sobre o recebimento do pedido do autor, instaurando o processo, o que constitui a “*jurisdictio*” em sentido estrito; b) julgar o feito (“*judicatio*”) ou mais comumente remeter seu exame a determinado juiz (“*judicis datio*”); c) decretar medidas preventivas ou de execução, como por exemplo a “*pignoris capio*”, ou penhora autorizada por magistrados municipais, segundo atesta ULPIANO in D., 9, 2, 29, 7, a execução sobre a pessoa (“*manus injectio*”), ou a aplicação de “*muleta*” como atributo da “*judicatio*” (Ulp., D, 50, 16, 131, 1); 2.º os poderes reservados aos magistrados revestidos “*d’imperium*”, com exclusão dos magistrados municipais — ULPIANO, aliás, in D, 2, 1, 3, denomina “*mixtum*” o “*imperium*” “*cui etiam jurisdictio inest*”; distingue-o do “*imperium merum*”, conferindo o “*jus gladii*” contra os criminosos; tal “*jus*” é o direito, por delegação do Imperador, de exercer a jurisdição capital sobre os cidadãos romanos. Pertence, na cidade de Roma e até cem milhas de distância, ao “*praefectus urbi*”, além de cem milhas ao “*praefectus praetorio*” e nas províncias ao “*praeses*” (Ulp., D, 1, 12, 1, 4; 1, 18, 6, 8). Os poderes reservados são, aliás, a “*missio in possessionem*”, ou autorização dada pelo magistrado de tomar posse dos bens alheios; constitui medida preventiva tomada em defesa de certos credores, de certos titulares de direitos sobre uma herança, como os legatários, aos quais o herdeiro recusa prestar garantia de entrega de legado deixado com prazo certo (“*missio in bona legatorum servandorum causa*”, D, 36, 4); a “*missio in possessionem*” constitui também, frequentemente, medida preliminar de via normal d’execução ou “*bonorum venditio*” (v. D. 42, 4, 1; C.P.C., art. 381 e ss.; *C. Civil*, art. 473;) em segundo lugar, as “*restitutiones in integrum*”, ou ações de nulidade do direito moderno (*C. Civil*, arts. 1.333, 158; G., 4, 57, in fine; 2, 163; Insts., 3, 11, 5), os Interditos ou ações possessórias (G, 4, 138-173; C. C., arts. 499, 519, 523; C.P.C., arts. 371-380) e as “*stipulationes praetoriae*”, ou promessas orais e solenes, chamadas também “*cautiones*” devido à sua função de garantia. Tais promessas são impostas pelo magistrado a uma das partes; 3.º os poderes estranhos à administração da justiça (“*jurisdição meramente graciosa*” de nosso direito) conferidos por leis especiais a certos magistrados os quais não os podem delegar, como o direito de

alguns romanistas, inseguramente, porém, responde HUELLIN. Não há provas apreciáveis de tal modo de ver, assim

nomear tutores, autorizar a alienação dos “pradia rustica vel suburbana” dos menores, presidir às transações relativas aos créditos d'alimentos; 4.º) os poderes só aparentemente ligados à administração da justiça, tais como aquêles em virtude dos quais o magistrado preside a atos jurídicos praticados “dicis gratia”, isto é, à imitação sòmente de verdadeiros processos, v.g. “in jure cessio”, (G, 2, 25), “emancipatio” (G, 1, 132-173a), “adoptio” (G, 1, 97-107), “manumissio” (G, 1-17; 35; ULP., 1, 7; G, 1, 37, G.1, 47; G. 2-200; G.1, 42-46; 2, 228-239). Estes poderes pertencem também à esfera da jurisdição graciosa ou voluntária e os magistrados municipais só por favor especial podem exercê-los (PAULO, II, 25, 4; CONSTANTINO, C, VII, 1, 4). A função dos magistrados superiores é pois muito ampla (D., II, 1, 1 — ULP.) não se limitando ao contencioso e extendendo-se, mesmo, a atos extrajudiciais. (v. GIRARD, “*Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*”, Paris, 1901). A “jurisdictio” é, em suma, o poder do magistrado “dizer o direito” (“jus dicere”) poder manifestando-se, clàssicamente, através dos três verbos: “Do, dico, addico”. “Do” designa o ato pelo qual o pretor, ouvidas as partes, nomeia-lhes um juiz “dare judicem”; “Dico”: o magistrado declara a qual dos litigantes será atribuída a posse da coisa litigiosa durante o processo: “dicere vindicias”; “Addico”: o magistrado atribui ao autor a coisa reivindicada (“addicere rem”) ou então abandona-lhe a pessoa do réu em falta de contestação regular dêste.

No exercício da jurisdição contenciosa, o magistrado decide no tribunal, situado no “comicium” e nos dias chamados “fasti”, fixados pelo calendário judiciário; mas, a jurisdição voluntária pode ser exercida, fora do “comicium”, onde o magistrado estiver, em qualquer dia e “de plano”, sem subir ao tribunal (GIFFARD, “*Précis de Droit Romain*”, tomo 1.º, Paris, 1938, p. 89, n.ºs. 136 e 137; sòbre o assunto, como também sòbre o processo civil romano em geral, vêr ainda a exuberante monografia de SILVIO MEIRA, “*Processo Civil Romano*”, 2.ª edição, Belém do Pará).

O pretor peregrino — No comêço do VI.º século (154 a.C.) informa CUQ, op. cit., p. 806, a organização judiciária romana sofreu dupla inovação: o aumento notável do número de peregrinos domiciliados em Roma determinou a criação de segundo pretor, (D., 1, 2, 2, 28 Pomp:) havendo, a partir de então dois pretores, o “praetor urbanus” exercendo

como também não está provado e nem é mesmo verossímil tivesse o processo formular surgido em consequência do

a “*jurisdictio*” entre cidadãos e o “*praetor peregrinus*”, dizendo o direito entre cidadãos e peregrinos ou entre peregrinos.

Os países extra-italicos, conquistados e reduzidos pelos Romanos à condição de províncias ficavam sob a jurisdição do respectivo governador (G., 1, 6) — A importante criação do cargo de pretor peregrino, aplicando o “*jus gentium*”, direito internacional do comércio, pela analogia evidente das situações, constitui o precedente histórico do Direito Internacional Privado.

Sobre a “*condictio*” e as leis *Silia* e *Calpurnia*, provavelmente de 204 a. C., vêr G., 4, 17b-20.

A lei *Silia* introduz o processo mais simples da “*condictio*” para a cobrança de quantias certas de *dinheiro*, e a lei *Calpurnia* estende o mesmo processo às ações versando sobre outras coisas certas, diferentes do dinheiro. O termo “*condictio*” origina-se de aviso ou notificação feitos pelo credor, propondo ao devedor a aceitação dum juiz no prazo de trinta dias; o prazo permite ao devedor com crédito a obtenção do dinheiro necessário para exonerar-se. A lei permite ao credor de soma de dinheiro estipular do devedor um terço da importância reclamada caso se comprove a falta de fundamento da resistência deste (“*sponsio tertiae partis*”). O credor, por sua vez, promete pagar um terço a mais caso o devedor seja absolvido. É a punição da lide temerária (G., 4, 171 e ss.). A “*legis actio per conditionem*” representa modernização da “*legis actio sacramento*” mais antiga. (CUQ, op. cit., p. 847; GIFFARD, op. cit., I, p. 104). Embora HUVELIN conteste o aparecimento da “*condictio*” em razão das necessidades do comércio, tal ação, graças à generalidade de seus termos, é muito apropriada às transações comerciais; as ações sancionando o mútuo, “*actio certae creditae pecuniae*”, “*actio certae creditae rei*” são “*conditiones*” em sentido estrito. Ora, o mútuo feneratício é essencialmente comercial. Além disso, os intérpretes consideram “*abstrata*” a “*condictio*” pelo fato dela não conter “*demonstratio*” ou exposição do fato gerador do crédito (GIFFARD, op. cit., II, p. 20). E também por aqui se evidencia a afinidade entre semelhante forma de processo e a “*abstração*” característica das obrigações comerciais, desde o Direito Romano. A fórmula da “*actio ex stipulatu*”, tipicamente *abstrata* é a seguinte: “*Si paret Numerium Negidium centum dare oportere, condemna; si non paret, absolve*”. — Não existe aqui nenhuma referência à *causa* da obrigação.

pequeno programa (“formula”) redigido pelo pretor peregrino, a fim de guiar aos jurados no julgamento das ações instauradas perante o magistrado.²²

22. O direito romano clássico formou-se sob o império do processo formular. GAIUS (3, 30) depois de descrever as “legis actiones”, observa: “Mas, tôdas estas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco odiosas. Pois, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor êrro, perder a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela lei Ebuícia e pelas duas leis Julias, levando os processos a se realizarem por palavras redigidas, isto é, por fórmulas”. — Os elementos da demanda são pois fixados em escrito, cuja redação é apropriada a cada espécie (“concepta verba”). Cedo, porém, o texto foi concebido em termos idênticos, nos casos semelhantes, recebendo o nome de “formula”. As formulas eram elaboradas por juristas, pois o pretor, sendo político, raramente possuía os conhecimentos jurídicos necessários. Limitava-se a publicá-las, quando assumia o cargo, dando-lhes a autoridade decorrente dos atos dum magistrado. Quando presidia ao tribunal o pretor examinava a oportunidade de conceder ou modificar, na espécie, a fórmula a êle apresentada.

As fórmulas imprimiram ao processo a flexibilidade que faltava às “legis actiones”. O magistrado possuía todos os poderes necessários para sancionar relações novas: pôde inspirar-se no direito peregrino, consagrando os bons costumes, preparando, em suma, os elementos de direito mais amplo e mais adaptado às necessidades do comércio internacional. Aliás, o processo formular introduziu-se, segundo a opinião geral, graças à jurisdição do pretor peregrino. Com efeito, para decidir as controvérsias entre estrangeiros ou entre cidadãos e estrangeiros os litigantes não podiam recorrer às solenidades das “legis actiones”, assim como o juiz também não podia decidir segundo a lei romana. Conhecendo mal a língua latina, os estrangeiros incorreriam facilmente nas nulidades resultantes do emprêgo de termo impróprio (G., 4, 30; 4, 11). Tais razões, ligadas ao que hoje denominamos “direito internacional privado”, levaram o próprio magistrado a indicar ao juiz os fatos submetidos ao exame dêste e devendo apreciar-se de acôrdo com regras fixadas em tratado d’aliança. Quanto aos peregrinos, sujeitos ao domínio romano, era preciso dar ao juiz instruções especiais, indicando-lhe os fatos cuja verificação decidiria, por comum acôrdo, o litígio. — A instrução verbal não bastaria, necessitando-se escrito, o qual suprimiria as incertezas a respeito das questões submetidas ao juiz, em virtude d’acôrdo efetuado entre as partes na presença do magistrado (CUQ, op. cit., pp. 849-850). Das observações supra

No processo formular as necessidades do comércio puderam contribuir para a introdução dalgumas ações mais favoráveis, tais como várias dentre as ações úteis e de boa-fé²³; para a fixação de regras excepcionais de processo tais como a da “compensatio” a favor do “argentarius” e do

citadas e pertencentes ao ilustre romanista francês ÉDOUARD CUQ, parece resultar, com clareza, a existência de íntima relação entre a introdução do processo formular e a jurisdição internacional e comercial do pretor peregrino, ao contrário do afirmado por HUVELIN. Também aqui podemos supor e admitir certa influência do comércio internacional.

23. Admite aqui HUVELIN a possível influência do comércio na introdução das ações úteis e de boa fé. Quando, no uso de seu “imperium” o pretor, recorrendo à *ficção*, estende a aplicação da fórmula a caso para o qual não fôra originariamente criada, a ação recebe o qualificativo de “util” (“utilis”). É o caso da fórmula Publiciana mediante a qual, tomando por modelo a “reivindicatio”, o pretor protege o possuidor de boa fé. (G., 4, 36). Supõe existente a propriedade “ex jure civili” *fingindo* houvesse decorrido o prazo necessário para usucapir, o qual de fato ainda não decorreu. Sobre as “fictiones” e seus principais casos discorre GAIO em 4, 34-37. A *representação* também, tão útil ao comércio e ignorada pelo “jus civile” introduziu-se no direito clássico mediante a intervenção do pretor, recorrendo às fórmulas com *translação* de sujeitos (G., 4, 35): isto é, na “condemnatio” da fórmula o magistrado indica pessoa diferente do autor ou do réu, indicados na “intentio”. Opera-se, dessa forma, a representação. Vêr sobre o assunto, além de CUQ, op cit., p. 855, o “*Manual de Direito Romano*” de CORREIA e SCIASCIA, p. 84 da 5.^a edição, Rio, 1968. Sobre as “actiones bonae fidei” oiçamos a excelente exposição de GIFFARD, op. cit., I, p. 142: são ações pessoais, incertas (o montante da condenação é variável; trata-se de pedido incerto para usarmos a terminologia do *Código de Processo Civil Brasileiro*, art. 48) “in jus”, isto é, baseadas no “jus civile”, cujas fontes são a lei, o costume, a jurisprudência ou ciência do direito e apresentando a questão de direito na “intentio” Como, por exemplo, na “reivindicatio”: “Si paret rem Auli Agerii esse ex jure Quiritium”, “si parecer que a coisa pertence a Aulo Agerio por direito quiritário.” Além disso, o magistrado ordena que o juiz decida segundo a boa fé, isto é, de acôrdo com as normas da honestidade e da correção. “Quidquid dare facere oportet ex fide bona” são as palavras usadas pelo pretor. “Tudo quanto o réu deve dar ou fazer segundo a boa fé”. Tais ações eram

“bonorum emptor”²⁴; nos processos relativos aos naufrágios organisou-se procedimento acelerado com publicidade completa. Trata-se do procedimento “levato velo”, isto é, eli-

já numerosas no tempo de Cícero o qual no “De Officiis”, 3, 17, 70, cita as de tutela, sociedade, fideucia, mandato, compra e venda e locação. A esta lista GAIUS (4, 62) acrescenta as ações de gestão de negócios, de depósito e “rei uxoriae” (garantindo à mulher a restituição de seu dote). Nas ações “bonae fidei” a “exceptio doli” é sempre incluída, podendo o réu alegar sempre o dolo em juízo (“in iudicio”) embora não tivesse pedido a inserção da “exceptio” no momento da redação da “fórmula” pelo pretor (instância “in iure”); as ações de boa fé apresentam regras especiais em matéria de *compensação*; a elas se aplica, tipicamente, a regra “omnia iudicia absolutoria esse” (G., 4, 114; Inst., 4, 12, 2). As ações ou “arbitria bonae fidei” dão, em resumo, poderes mais amplos ao juiz de condenar ou absolver do que as demais.

24. A “compensatio”, sabêmo-lo, é, em Direito Romano, um dos modos de extinção das obrigações “exceptionis ope”. A definição de Modestino é conhecida: “Debiti et crediti inter se contributio” (D., 16, 2, 1) isto é, “balanço entre débito e crédito” (Vêr Código Civil, art. 1.009 e ss.).

“*Compensatio argentarii*” — O banqueiro (“argentarius”) mantendo conta corrente com o cliente e reclamando qualquer pagamento dêste, sob pena de perder o processo por “plus petitio” (G., 4, 53a, b, c, d; sôbre a “compensatio argentarii”, vêr 4, 64), é obrigado a agir “cum compensatione”, efetuando êle próprio e “ab initio” o balanço entre o crédito e o débito da conta, de modo a reclamar sômente o saldo. Deve fazer redigir a “intentio” da ação “certae creditae pecuniae” nos têrmos seguintes: “Si parêcer que Ticio deve dar dez mil sestercios ao Autor, além da quantia devida a Ticio pelo próprio autor”

O mesmo GAIUS (4, 66-68) expõe claramente as regras da “compensatio”: deve ela constar da “intentio” da fórmula; só pode recair sôbre créditos e dívidas cujo objeto seja idêntico, “ex eadem specie” (dinheiro compensa-se com dinheiro, trigo com trigo, etc.) seja qual fôr a causa da obrigação; só se compensam dívidas vencidas. Para o banqueiro a necessidade de compensar resulta da própria prática bancária, de acôrdo com a qual a conta de cada cliente deve estar sempre em dia, de modo a, na realidade, ser o banqueiro credor só do saldo.

“*Deductio*” do “bonorum emptor” — Quando, em razão de falência, o “bonorum emptor” ou adquirente do patrimônio falido age contra

minado o “velum”. No processo extraordinário, com efeito, o “velum” separa a sala de audiência secreta, chamada “secretarium”, “secretum”, do resto do auditório²⁵. (*Código*

algun devedor da falência o qual seja ao mesmo tempo credor do falido, o magistrado dá ao “bonorum emptor” uma fórmula “cum deductione”, isto é, mandando condenar o réu só na diferença entre sua dívida e seu próprio crédito (“in id quod superest”); em outras palavras, dedução feita do próprio crédito existente contra a massa falida (G., 4, 65).

As regras da “deductio”, contrárias às da “compensatio argentiarii” são (G., 4, 66-68) as seguintes: a “deductio” inserida na fórmula a pedido do réu, será feita pelo Juiz enquanto a “compensatio” é feita pelo “argentarius”; a “deductio” figura na “condemnatio” sempre “incerta” afastando, portanto, o risco de “plus petitio”; pode referir-se a dívidas não vencidas, pois a falência acarreta antecipação do vencimento de todas as obrigações do falido. Além disso, a “deductio” pode recair sobre crédito cujo objeto é, por natureza, diferente do objeto do crédito do falido, “ex dispari specie”, pois sendo pecuniaria a condenação no processo formular os objetos diversos serão pelo juiz avaliados em dinheiro.

O crédito deduzido pode, finalmente, ter *causa* diferente da do crédito do falido (“ex pari vel dispari causa”). Vêr GIFFARD, op. cit., II, pp. 291-2. Concordamos, aqui, plenamente, com HUVELIN quando admite a influência possível do comércio sobre a formação das regras excepcionais relativas à “compensatio”. O direito comercial parece mesmo ter-se formado, historicamente, como direito excepcional (“jus singulare”), separando-se, em parte, do “jus civile”. Esta verdade se manifesta desde o Direito Romano com o aparecimento de regras especiais ao comércio. Além disso, “argentarius” e “bonorum emptor” são típicos agentes do comércio.

25. Tratando “*Dos Naufrágios*” no título V.^o do livro XI do *Código*, emprega a constituição V a expressão “levato velo” ao declarar: “De submersis navibus decernimus ut levato velo istae causae cognoscantur et si quisquam de talibus negotiis aliquid accepisse detegitur, iudex, apud quem constiterit, his conquerentibus, qui nudantur, pro qualitatibus personarum multandi, removendi, praescribendique habeat potestatem”

“A respeito dos furtos cometidos por ocasião de navios naufragados, (a tradução é nossa) ordenamos: apresentadas as queixas pelos naufragos o juiz conhecerá sem demora (ou: a portas abertas) de

Theodosiano, Livro XI, 4, “*De naufragiis*”, 6 — Const. de Honório e Theodosio — ano 412). Resumindo: o direito comercial romano também neste ponto não chegou a elaborar sistema geral.

5.º — O último dentre os meios empregados a favor do comércio pelos legisladores modernos é a supressão de tôdas as formalidades capazes de dificultarem a realização dos contratos. Proclamando que o simples consentimento basta para originar obrigações conseguiu-se o triunfo de *princípio de origem comercial*. O Direito Romano da época primitiva era essencialmente formalista enquanto o Direito Romano, pelo contrário, das épocas comerciais tendeu sempre mais a livrar-se dos entraves do formalismo, criando, por exemplo, os contratos reais, consensuais, inominados e os pactos pretorianos e legítimos, isentos todos de forma especial. Até à época de JUSTINIANO, entretanto, subsistiu, pelo menos em teoria, a regra: “*nudum pactum obligationem non parit*”²⁶; o princípio da vontade como fonte de obrigações só veio a triunfar na Idade Média sob

tais crimes, condenando os culpados segundo sua condição, às penas de multa, banimento ou deportação”

Trata-se aqui de direito processual marítimo referente às avarias, de modo geral reguladas pela “*lex Rhodia de jactu*” (D., 14, 2); o assunto é também análogo aos “*emporikái dikai*”, ou processos comerciais do direito grego, sumariamente descritos na nota 18.

26. É fenômeno dos mais característicos, na história do direito contratual romano, a contraposição entre o formalismo do “*jus civile*” e o predomínio da vontade, próprio do “*jus gentium*”, levando à célebre fórmula de PAPINIANO, (D., 50, 16, 219): “*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*” à qual o direito moderno deu alcance geral. “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção que ao sentido literal da linguagem” diz o artigo 85 do nosso *Código Civil*.

É também este o pensamento do *Código Francês*, no art. 1.156 e de todos os demais. Mui acertadamente a nosso vêr fala HUELIN em *princípio de origem comercial*, referindo-se à supressão gradual em Roma de tôdas as formalidades capazes de dificultarem a realização dos contratos. Com efeito, o “*jus gentium*”, não formalista, é por muitos romanistas considerado o direito *comercial* da antigüidade.

a dupla influência do direito canônico e dos costumes comerciais²⁷. Resumindo, para terminar, tudo quanto disse sobre os caracteres do direito comercial romano, HUVELIN conclui: tal direito apresenta, em germe, em estado imperfeito e incompleto, os caracteres desenvolvidos pelas legislações comerciais modernas sobretudo as legislações alemã e italiana, mais adiantadas que a francesa. Impelida pelas necessidades da vida pôde a prática romana ter obscuramente sentido a necessidade de dar às instituições comerciais privadas certos traços particulares, jamais, entretanto, elevados, pelos juriconsultos romanos, à categoria de princípios teóricos. Também aqui o Direito Privado Romano, aplicado ao comércio, permaneceu em fase de transição.²⁸

27. Dos mais interessantes, na história do direito ocidental é o tema da recepção do Direito Romano na Idade Média. Obra clássica sobre o assunto é a de SAVIGNY, "*História do Direito Romano na Idade Média*", publicada em inúmeras edições sucessivas e traduzida em várias línguas. Sobre o tema, especialmente mencionado por HUVELIN, vejam-se, entre outros, GIFFARD e VILLERS, op. cit., cap. V — "*La théorie des Pactes et l'admission de la Consensualité*" (p. 165 e ss.), OURLIAC ET MALAFOSSE, "*Droit Romain et Ancien Droit*", "*Les Obligations*", P. U. F., Paris, 1957, (§ 69 — *Pacte nu et pacte vêtu*, p. 71 e ss.), LEFOINTE e MONIER, "*Les obligations en Droit Romain et dans l'Ancien Droit Français*", Paris, Sirey, 1954 — Livro III.º — "*No-tions sommaires des obligations dans l'ancien Droit Français*" (p. 447 e ss.) — Não podemos, infelizmente, nos limites desta nota, reproduzir as linhas da transformação medieval sofrida pela regra romana: "*Nuda pactio actionem non parit sed parit exceptionem*" (D., 2, 14, 7, 4), levando à equiparação, já admitida aliás na última fase do Direito Romano, entre contratos e pactos.

28. O fenômeno moderno parece ter sido o lento processo pelo qual as soluções parciais do Direito Romano foram, pelos juristas modernos, submetidos à abstração dos casos particulares e à generalização dos Códigos. As linhas fundamentais do Direito Comercial moderno acham-se, pois, historicamente prefiguradas no "*Corpus Juris*" e na sabedoria acumulada pela civilização romana.

Bibliografia geral

- PAULYS — “*Realencyclopaedie der Classischen Altertumswissenschaft*”, Stuttgart, 1893-1965.
- “*Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*” — por DAREMBERG e SAGLIO, Paris, 1914.
- “*Peuples et Civilisations*” — (P.U.F., Paris) — “*La Conquête Romaine*”, por ANDRÉ PIGANIOL, 4.^a ed., 1944.
- V. DURUY, “*Histoire des Romains depuis les temps les plus reculés*”, 7 vols., Paris, 1874-1885.
- Col. “*Histoire Générale des Civilisations*”, publicada sob a direção de MAURICE CROUZET — tomo II — “*Rome et son Empire*” por AYMARD e AUBOYER — P.U.F., 3.^a ed., Paris, 1959.
- “*A Companion to Latin Studies*”, por SIR JOHN EDWIN SANDYES, Cambridge University Press, 3.^a ed., 1938, v. “*Agriculture*”, pp. 212-217; “*Finance*”, pp. 341-353; “*Industry and Commerce*”, pp. 409-420; “*Roads and Travel*” — pp. 421-435; “*Roman Measures and Weights*”, pp. 436-441; “*Roman Money*”, pp. 441-457.
- OLIVEIRA MARTINS — “*História da República Romana*”, 2 vols., 3.^a ed., Lisboa, 1919 — Ver especialmente, “*As finanças*”, p. 405; “*A Economia Nacional*”, p. 420; “*A Nação e suas Colonias*”, p. 429 (tomo 1.^o).
- “*Histoire des Institutions*”, por JACQUES ELLUL, P.U.F. (tomo 1.^o Paris, 1955 — Segunda parte: “*Institutions Romaines*”).
- JEAN GAUDEMET — “*Institutions de l'Antiquité*”, Sirey, Paris, 1967.
- WALDEMAR CESAR DA SILVEIRA — “*Dicionário de Direito Romano*”, 2 vols., 1957 — São Paulo — Bushatsky, editor.