MAYARA DE LIMA REIS

O PACTO COMISSÓRIO NO DIREITO ROMANO

(Dissertação de Mestrado)

Orientador:

Prof. Titular Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

Banca Examinadora:

À minha mãe, por tudo

ABREVIATURAS DAS FONTES

ABGB	=	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>
Bas.	=	<i>Basilicorum libri LX</i> – H. J. SCHELTEMA E N. VAN DER WAL, <i>Basilicorum libri LX – series A</i> , Groningen, Wolters, 1953 a 1983
BGB	=	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
C. 11 ^a ed.,	=	<i>Codex Iustinianus</i> – P. KRÜGER, in <i>Corpus iuris civilis II</i> , Berlin, Weidmann, 1954
CC/16	=	Código Civil Brasileiro de 1916
CC/02	=	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC	=	Código de Defesa do Consumidor
CIL.	=	<i>Corpus inscriptionum latinarum</i>
Coll. in	=	<i>Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum</i> – J. BAVIERA, <i>FIRA II</i>
CPC	=	Código de Processo Civil
C.Th. Berlin,	=	<i>Codex Theodosianus</i> – T. MOMMSEN e P. M. MEYER, Weidmann, 1904
D. I, 16 ^a	=	<i>Digesta</i> – T. MOMMSEN E P. KRÜGER, in <i>Corpus iuris civilis</i> ed., Berlin, Weidmann, 1904
<i>Esboço</i> e	=	<i>Código Civil – Esboço</i> , Rio de Janeiro, Ministério da Justiça Negócios Interiores (serviço de documentação), 1952
FIRA <i>al.</i> , 2 ^a	=	<i>Fontes iuris romani anteiustiniani I a III</i> – S. Riccobono <i>et</i> ed., Firenze, Barbera, 1940 a 1943
F.V.	=	<i>Fragmenta Vaticana</i> – J. BAVIERA, in <i>FIRA II</i>
Gai.	=	<i>Gai Institutiones</i> – J. BAVIERA, in <i>FIRA II</i>
Inst. I, 16 ^a	=	<i>Institutiones Iustiniani</i> – P. KRÜGER, in <i>Corpus iuris civilis</i> ed., Berlin, Weidmann, 1954

L. Vis.	=	<i>Lex Visigothorum sive Liber iudiciorum</i> – K. ZEUMER, in <i>Monumenta germaniae histórica, legum sectio I (legum nationum Germanicarum), I (leges Visigothorum)</i> , Hannover, Hahnianus, 1902
L. XII Tab.	=	<i>Lex XII Tabularum</i> – S. RICCOBONO, in <i>FIRA I</i>
Ord. Afons.	=	Ordenações Afonsinas – <i>Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V – livro III</i> , Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1792
Ord. Filip.	=	Ordenações Filipinas – CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, 14 ^a ed., Rio de Janeiro, Instituto Philomathico, 1870
Ord. Manel.	=	Ordenações Manuelinas – <i>Ordenações do Senhor Rey D. Manuel – livro III</i> , Coimbra, Real Imprensa da Univerdidade, 1797
P.	=	<i>Las Siete Partidas</i> – J. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL (org.), Madrid, Reus, 2004
P. Flor.	=	<i>Papyri Florentini</i>
S.	=	Súmula
SB.	=	<i>Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten</i>

ÍNDICE GERAL	
I. INTRODUÇÃO	01
II. DA <i>LEX COMMISSORIA PIGNORIBUS</i>	
1. Peculiaridades na aplicação do instituto às garantias reais	06
1.1. Etimologia e conceito	06
1.2. Origem	11
1.2.1. Na <i>fiducia cum creditore</i>	11
1.2.2. No penhor: A controversa presença da <i>lex commissoria pignoribus</i> nos formulários catonianos	30
1.2.3. Na hipoteca: A discussão sobre a presença da <i>lex commissoria pignoribus</i> em P. Flor. 1 (de 153 d.C.)	41
1.3. <i>Ius distrahendi</i> como alternativa à severidade dos efeitos comissórios	46
2. Reconstrução histórico-dogmática por analogia com o homônimo pacto acessório à compra e venda	55
2.1. Fórmula e objeto	55
2.2. Enquadramento dogmático (estrutura)	60
2.2.1. Aspectos preliminares: O problema da condição resolutiva no Direito Romano	60
2.2.2. Estrutura da <i>lex commissoria</i> na venda	63
2.2.3. Conclusões extensíveis à <i>lex commissoria pignoribus</i>	75
2.3. Exegese de Pomp. 35 <i>ad Sab.</i> , D. 18, 3, 2 e de Ulp. 30 <i>ad ed.</i> , D. 18, 3, 3	79
3. A proibição de Constantino	90
3.1. Exegese de textos polêmicos relativos à proibição	95
3.1. 1. Exegese de C. Th. 3, 2, 1 e C. 8, 34, 3	95
3.1.2. Exegese de Marc. <i>sing. ad form. hypoth.</i> , D. 20, 1, 16, 9	103

III. OS ATUAIS LIMITES DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO ÀS GARANTIAS REAIS TÍPICAS	
1. A configuração da proibição nas modernas codificações	111
1.1. Codificações que adotam a proibição sem ressalvas	112
1.2. Codificações em que, embora a proibição ainda seja a regra, são expressamente previstas as hipóteses de venda ou dação posteriores ao inadimplemento	115
1.3. Codificações em que a proibição foi revogada	125
2. A proibição do pacto comissório no CC/02	128
2.1. Quanto ao alcance	132
2.2. Quanto ao conteúdo	134
2.3. Quanto à sanção	139
2.4. Pacto comissório e dação em pagamento posterior ao vencimento	145
3. A tutela do devedor necessitado como fundamento histórico da proibição	149
3.1. Outros fundamentos possíveis	153
3.1. 1. Repressão à usura e à imoralidade	154
3.1. 1. Inerrogabilidade do procedimento judicial	155
3.1. 1. Tutela da garantia geral de todos os credores	157
IV. CONCLUSÃO	161
ÍNDICE DE AUTORES	165
ÍNDICE DE FONTES	172
RESUMO	180
ABSTRACT	181
BIBLIOGRAFIA	182

I. INTRODUÇÃO *

A inviabilidade de acesso ao crédito tem por grave consequência o engessamento da capacidade do mercado em suprir as carências de consumo, por meio da produção de bens e circulação de riquezas. Nesse sentido, não por acaso, o desenvolvimento de novos mecanismos de obtenção creditícia – e a correspondente preocupação com sua proteção – assume, cada vez mais, significativo papel nas atividades econômicas hodiernas.

A tal cenário, que preza pela existência de um sistema eficaz de garantias que proporcione ao credor a maior segurança possível, contrapõem-se a necessidade de proteção ao devedor e, igualmente, a preocupante crise das chamadas garantias reais tradicionais, consideradas insuficientes às cada vez mais complexas exigências do mercado financeiro¹.

* Nas notas de rodapé utilizadas neste estudo, como regra, se fará referência somente à primeira nota onde os usuais dados bibliográficos de uma determinada obra foram citados pela primeira vez – não se repetindo a mesma nas notas subsequentes. Assim, por exemplo: “E. C. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia* cit. (nt. 1 supra), p. 1”. Consoante o exemplo, os dados completos do livro encontrar-se-iam na primeira nota de rodapé do trabalho. A menção aos autores, no corpo do texto e nas notas de rodapé, será feita mediante o emprego da inicial do prenome e do último sobrenome por extenso e em caixa alta (e.g., P. BONFANTE).

Excepcionalmente, os nomes dos autores luso-brasileiros serão mencionados tal como conhecidos na comunidade acadêmica nacional, facilitando, assim, a tarefa do leitor (assim, e.g., L. CUNHA GONÇALVES, J. C. MOREIRA ALVES, ORLANDO GOMES etc). Mesma regra será aplicada aos juristas espanhóis, apesar de ostentarem regra de patronímico própria. Isso para evitar situações em que, e.g., um jurista tão conhecido como A. D’ORS acabe por ser indicado como A. O. PÉREZ-PEIX ou A. D’ORS PÉREZ PEIX. Já com relação aos jurisconsultos romanos e aos autores medievais, os seus nomes sempre serão mencionados em minúscula, excetuada, é claro, a inicial (e.g., Ulpiano, Paulo, Gaio etc).

No que diz respeito à forma de indicação do título das obras, opta-se por reproduzi-lo sem nenhuma inicial maiúscula no meio do título ou subtítulo, salvo os de língua alemã (diante da existência de regra gramatical própria). A razão desta escolha é a inexistência de qualquer consenso acerca da melhor forma, seja na literatura pátria, seja na literatura estrangeira, e a necessidade de uniformizar a técnica de citação.

Quanto à metodologia científica adotada, especialmente no tocante à citação bibliográfica, cf. E. C. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia Científica (Teses, Monografias e Artigos)*, 2ª ed., Lecce, Grifo, 2004, p. 179-235. Finalmente, quanto às citações às partes internas desta obra, os capítulos serão indicados com numeração expressa em algarismos romanos, e os itens e subitens, em algarismos arábicos. Por exemplo, “cf. II.3” – faz-se menção ao capítulo segundo, terceiro item.

¹ Cf., nesse sentido, P. SIMLER, *Rapport de synthese*, in “*Les Garanties de Financement – Journées portugaises*”, t. 47, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, p. 30. Igualmente, tal insuficiência pode ser encontrada no âmbito das garantias pessoais, que, contudo, dispõem de uma disciplina mais flexível à introdução de novas modalidades da garantia, por não

Como tentativa de superar o mencionado problema, vislumbra-se a adoção de medidas que englobam não apenas a criação e o desenvolvimento de novas garantias reais², mas também tentativas de encontrar soluções que permitam tornar mais elásticas³ aquelas já existentes. Nesse diapasão, especialmente no último meio século, tem ganhado relativa força a tendência de que seja questionada a proibição do pacto comissório⁴.

Diferentemente de outros códigos modernos, também considerados de tradição romano-germânica⁵, o CC/02 não trouxe o termo “comissório” ou quaisquer de suas possíveis flexões gramaticais ao tratar da matéria⁶. A doutrina brasileira⁷, no entanto, certamente por força de seu correspondente latino, aplica-a

se sujeitarem ao princípio do *numerus clausus* dos direitos reais – cf. F. MASTROPAOLO, *I Contratti Autonomi di Garanzia*, 2ª ed., G. Giappichelli, Torino, 1995.

² Foi o que ocorreu no Brasil com a introdução da alienação fiduciária em garantia através da chamada Lei de Mercados Capitais (Lei nº 4728/1965). Sobre o tema, de que se tratará incidentalmente ao longo deste trabalho, - cf., especialmente, J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1987, pp. 11 e ss; ORLANDO GOMES, *Alienação fiduciária em garantia*, RT, Rio de Janeiro, 1975, pp. 8 e ss.

³ A interessante expressão é empregada por M. BUSSANI – cf. *Rapport italien*, in “*Les garanties de financement – Journées portugaises*”, t. 47, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, p. 217.

⁴ Dentre os principais trabalhos que tratam do tema no direito civil atual, estão aqueles da doutrina italiana, precursora em seu estudo – cf., especialmente, C. MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957; V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1952; A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999; F. ANELLI, *Problemi dell’alienazione in funzione di garanzia – Trasferimento dei diritti e divieto del patto commissorio*, Pavia, Zanichelli, 1992; i.d., *L’alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996; F. GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano – Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

⁵ Cf., e.g., o *Codice Civile* italiano (“*patto commissorio*”, artigo 2.744), o Código Civil português (“*pacto comissório*”, artigo 694), o Código Civil argentino (“*pacto comisorio*”, artigo 1.203) e o Código Civil espanhol (“*pacto comisorio*”, artigo 1.859).

⁶ No mesmo sentido, e.g., o *Code Napoléon* francês, que, contudo, também sem mencionar expressamente o vocábulo, autoriza a cláusula comissória em seu artigo 2.348; o Código Civil uruguaio, que menciona o pacto comissório à compra e venda, mas não aplica o termo em seu artigo 2.338, que prevê a proibição; igualmente a este, o Código Civil chileno (artigo 2.397).

O *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão (BGB), em seu §1.149 utiliza a expressão mais genérica “*Befriedigungsbreden*”. Como se verá adiante (cap. III), embora apresente algumas similitudes, trata-se de instituto bastante diverso daquele que ora se estuda.

⁷ Cf., apenas a título exemplificativo em manuais corriqueiramente utilizados por estudantes, S. S. VENOSA, *Direito civil – Direitos reais*, v. 5, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 496 e ss.; CAIO MÁRIO, *Instituições de direito civil*, v. 4, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, pp. 319 e ss.; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas*, v. 4, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 500 e ss.

exaustivamente ao referir-se à proibição prevista nos artigos 1.428 e 1.365, ambos do mencionado diploma legal⁸.

De modo praticamente unânime, ainda que não expressamente, os privatistas brasileiros procuram justificar a supracitada proibição sob o fundamento de que a suposta *ratio* de uma decisão do Imperador Constantino do ano 320 d.C.⁹ se estenderia aos dias atuais¹⁰. Em outras palavras, para esses autores, a regra justificar-se-ia, *sic et simpliciter*, pela necessidade de que se protegesse o devedor de uma prática ainda considerada insuportável, abusiva.

No entanto, com a devida vênia, semelhante conclusão nada mais parece ser do que fruto de mera reprodução encadeada de ideias já ultrapassadas, diretamente resultantes da ausência de uma maior reflexão pátria sobre a questão. A própria regra romana de proibi-lo, isoladamente considerada, ainda carece de estudo que lhe seja definitivamente conclusivo¹¹.

Como explicar que um instituto por séculos aplicado nas relações negociais romanas tenha podido ser objeto de tão grande repúdio? Esta é a principal pergunta que nas próximas páginas se pretende responder. Mais do que

⁸ Já o CC/1916 trazia a expressão em seu artigo 1.163, que, no entanto, trata da venda.

⁹ Cf. C. Th 3,2,1 (de 320 d.C.) e *Const.*, C. 8, 34, 3 (de 326 d.C.).

¹⁰ Cf., entre outros, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 20, 3ª ed., São Paulo, RT, 1983, p. 30; L. R. PEREIRA, *Direito das coisas*, v. 2, Brasília, Senado Federal, 2004, p. 21; C. BEVILACQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 3, Rio de Janeiro, s/ed., s/d., p. 1229; T. FULGENCIO, *Direito real de hipoteca*, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 110-111; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5ª ed., v. 6, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 631; CAIO MÁRIO, *Instituições de direito civil*, v. 4, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 209-210; S. RODRIGUES, *Direito civil – Direito das coisas*, v. 5, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 337-338; E. ESPÍNOLA, *Os direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Conquista, 1958, p. 322; S. VENOSA, *Direito civil – Direitos reais*, v. 5, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 473; L. C. PENTEADO, *Direito das coisas*, São Paulo, RT, 2008, p. 437.

¹¹ Dentre os não muito trabalhos que tratam diretamente do instituto no direito romano – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” e “*ius distrahendi*” nella “*fiducia*” e nel “*pignus*”, Torino, Giappichelli, s.d.; A. BISCARDI, La “*lex commissoria*” nel sistema delle garanzie reali, in *Studi in Onore di Emilio Betti*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1962; A. BISCARDI, *Le garanzie reali del credito*, Siena, Giubbi & C., 1957; E. ALBERTARIO, *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XXII, n. 5, Milano, Francesco Vallardi, 1924; C. LONGO, *Sulla “in diem addictio” e sulla “lex commissoria” nella vendita*, in *BIDR* (31), 1921; C. PIERINI, *La legge commissoria*, Pisa, T. Nistri & Co., 1886; G. ACUTIS, *De lege commissoria* (Digesto, Libro XVIII, Titolo III), Torino, Subalpina, 1901; A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, v. 55, Pisa, Archivio Giuridico, 1895; F. WIEACKER, *Lex commissoria – Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932.

uma simples divagação histórica, acredita-se que a tentativa de reconstrução da *lex commissoria* seja um importante instrumento de auxílio à melhor compreensão do tratamento dado ao pacto comissório pelo CC/02 e por outros tantos ordenamentos modernos¹².

Diante da apresentação das controvérsias que ainda remanescem sobre *lex commissoria* romana, propõe-se:

a) a discussão acerca das origens do instituto em relação aos direitos reais de garantia, com a análise de fontes, inclusive não-jurídicas, e suas consequentes interpretações doutrinárias;

b) a análise do problema da potestividade de exercício da *lex commissoria* na venda e sua análoga aplicação às garantias, a partir da exegese de Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 18, 3, 2 e Ulp. 30 *ad ed.* D. 18, 3, 3;

c) a reconstrução da fórmula do instituto, como instrumento para melhor delimitar sua estrutura e objeto;

d) sempre com base nas fontes, elencar os possíveis motivos que teriam levado à proibição do Imperador Constantino, reproduzida em C. Th. 3, 2, 1 e C. 8, 34, 3 (de 320 d.C.).

e) estabelecer, em que medida, pôde a *lex commissoria* romana influenciar a proibição da cláusula comissória nos atuais ordenamentos jurídicos, em especial, o brasileiro.

A fim de melhor atender aos propósitos que aqui se estabelece, decidiu-se pela divisão do presente trabalho em duas grandes partes.

Na primeira, tratar-se-á mais amplamente da *lex commissoria* romana, seja em relação às peculiaridades apresentadas no âmbito das garantias reais¹³, seja em relação à tentativa de reconstrução de uma *lex commissoria pignoribus* por analogia ao homônimo pacto acessório à venda¹⁴.

Na segunda, serão estudados os reflexos modernos da regra, especialmente no âmbito do CC/02, com a análise panorâmica dos atuais limites

¹² Cf. item III.1.

¹³ Cf. item II.1.

¹⁴ Cf. item II.2.

da proibição, sua aplicação nos ordenamentos modernos e os principais fundamentos que tal medida justificam¹⁵.

Por fim, é mister que se faça uma breve delimitação negativa dos contornos que se objetiva traçar no desenvolvimento desta dissertação: não se procederá à análise detalhada de questões práticas acerca da hodierna estrutura e função do pacto comissório, tampouco da aplicação das formas típicas de garantia nas relações de direito privado, senão de maneira incidental e com o intuito de relacioná-las à proibição romana e suas consequências, na medida em que se prestem à melhor compreensão da dimensão do instituto.

¹⁵ Cf. item III.

II. DA *LEX COMMISSORIA PIGNORIBUS*

1. PECULIARIDADES NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO ÀS GARANTIAS REAIS

1.1. ETIMOLOGIA E CONCEITO

Diferentemente de outros códigos modernos também considerados de tradição romano-germânica¹⁶, o CC/02 não trouxe o termo “comissória” ou quaisquer de suas possíveis flexões gramaticais ao tratar da matéria¹⁷.

A doutrina brasileira¹⁸, no entanto, certamente por força de seu correspondente latino, aplica-a exaustivamente ao referir-se à proibição prevista nos artigos 1.428 e 1.365, ambos do mencionado diploma legal¹⁹. Para uma mais adequada explicação de tal escolha, no entanto, fazem-se imprescindíveis algumas considerações de caráter geral.

¹⁶ Cf., e.g., o *Codice Civile* italiano (“*patto commissorio*”, artigo 2.744), o Código Civil português (“*pacto comissório*”, artigo 694), o *Código Civil* argentino (“*pacto comisorio*”, artigo 1.203) e o *Código Civil* espanhol (“*pacto comisorio*”, artigo 1.859).

¹⁷ No mesmo sentido – cf., e.g., o *Code Napoléon*, que, contudo, também sem mencionar expressamente o vocábulo, autoriza a cláusula comissória em seu artigo 2.348; o *Código Civil* uruguaio, que menciona o pacto comissório em matéria de venda, mas não aplica o termo em seu artigo 2.338, que prevê a proibição; igualmente a este último, o *Código Civil* chileno (artigo 2.397).

O *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão (BGB), em seu §1.149, utiliza a expressão mais genérica “*Befriedigungsbreden*” relativamente à hipoteca, e, na §1.229, “*Verfallvereinbarung*”, em correspondência ao penhor. As peculiaridades dos sistemas alemão e de outros países estrangeiros serão analisadas adiante (cap. III).

¹⁸ Apenas a título exemplificativo, dentre os autores já citados (nt. supra) – cf. S. S. VENOSA, *Direito civil – Direitos reais*, v. 5, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 496 e ss.; CAIO MÁRIO, *Instituições de direito civil*, v. 4, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, pp. 319 e ss.; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas*, v. 4, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 500 e ss.

¹⁹ O CC/16 traz a expressão em seu artigo 1.163, que, no entanto, refere-se ao regime da venda, não reproduzido no CC/02.

O termo “*commissoria*” deriva secundariamente de “*committere*” (*committere, commissum, commissorius*)²⁰, verbo latino de terceira declinação cuja pluralidade de correspondentes semânticos permite inúmeras interpretações quanto a seu real alcance e sentido no instituto ora estudado.

De modo genérico, dentre os diversos significados²¹ que lhe poderiam ser atribuídos destacam-se:

- (i) “incorrer” (em uma pena)²²;
- (ii) “entregar”²³;

²⁰ Cf., entre outros, A. ERNOUT- A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine – Histoire des mots*, 4ª ed., Paris, Klincksieck, 2001, p. 724.

²¹ As informações relativas ao uso do verbo nas fontes jurídicas e autores latinos – aos quais se reporta para verificar os paralelos com os usos jurídicos do vocábulo – foram obtidas nos índices de C. LONGO, *Vocabolario delle Costituzioni latine di Giustiniano*, in *BIDR* 10 (1897-1898), pp. 79-80; E. VOLKMAR, *Commissorius*, in *VIR*, v. 1, Berlin, Georg Reiner, 1903, pp. 817-820; H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10ª ed., Graz, Akademische, 1891, pp. 80-81; P. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt – in usum maxime accademicum*, 5ª ed., Leipzig, Teubner, 1886, p. 154; H. E. DIRKSEN, *Committere*, in *Manuale latinatis fontium iuris civilis romanorum – Thesauri latinitatis epitome in usum tironum*, Berolini, Dunckeri et Humblotii, 1837, pp. 166-167; F. CORRADINI (cur.), *Totius latinitatis lexicon*, Padova, Seminario, 1864, pp. 237-241.

²² Cf. A. DOVERI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., v. 1, Firenze, Le monnier, 1866, p. 644; H. DONELLI, *Iurisconsulti et antecessoris Opera Omnia*, t. 9, Lucae, Joannis Riccomini, 1766, pp. 1224-1225. Quanto ao vocábulo no período medieval – cf. D. DU CANGE, *Committere*, in *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, t. 2, Graz, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, 1954 (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Von 1883-1887), p. 449.

O entendimento da cláusula como sanção, contudo, implicaria um sentido pejorativo, do verbo *committere*, que poderia, com base em fragmentos como, *e.g.*, Ner. 5 *memb.*, D. 18, 3, 5, Lab. 5 *post. a lav. epitom.*, D. 19, 1, 51, 1, e Af. 9 *quaest.*, D. 44, 3, 6, 1, presumir-se desconhecido à jurisprudência clássica mais antiga – cf. A. BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 576-577.

²³ Cf. H. DONELLI, *Iurisconsulti et antecessoris Opera Omnia*, t. 9, Lucae, Joannis Riccomini, 1766, p. 1225. Nas fontes – cf., *e.g.*, Ulp. 14 *ad ed.*, D. 4, 9, 1, 2 (“*quamquam si ipse alicui e nautis committi iussit...*”); Ulp. 4 *fidei.*, D. 36, 1, 15 (“*et recte ait non oportere sub incerto cautionis committere se aditioni hereditatis*”); Gai. *ad ed. urb. tit. de op. nov. nunt.* D. 39, 1, 9 (“*et post operis noui nuntiationem committunt se litigatores praetoriae iurisdictioni*”); Ulp. 1 *de decr. ab. ord. facient.* D. 8, 9, 1 (“*...quibus se liberosque suos in aegritudine corporum committant*”); Herm. 1 *iur. epit.*, D. 1, 5, 13 (“*Serius in causa capitali fortunae iudici a domino commissus...*”); Ulp. 7 *de off. proc.*, D. 48, 3, 3 (“*... ut neque fideiussoribus neque militibus committi debeat...*”); Paul. 33 *ad ed.*, D. 18, 1, 34, 6 (“*... si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit...*”); Paul. 17 *ad ed.*, D. 5, 1, 12 (“*...ceteris id committere videtur*”); Scaev. 1 *resp.*, D. 17, 1, 60, 4 (“*Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita...*”); Gai. 3 *ad ed. prov.*, D. 3, 4, 1, 3 (“*... nec ante rei suae administratio eis committi debet...*”); Ulp. 41 *ad ed.*, D. 37, 10, 5, 2 (“*si velit adversarius committi sibi administrationem...*”); Paul. 71 *ad ed.*, D. 3, 3, 58 (“*Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est...*”); Ulp. 20 *ad ed.*, D. 10, 3, 3, 13 (“*Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare...*”); Ulp. 3 *op.*, D. 50, 9, 1 (“*Medicorum intra numerum praefinitum constituendorum arbitrium non praesidi provinciae commissum est...*”); Paul. *sing. de poen. mil.*, D. 49, 16, 14, 1 (“*...si arma*”).

- (iii) “transgredir”²⁴
- (iv) “adimplir”, “concluir”²⁵;
- (v) “unir”, “juntar” (um elemento acessório a outro principal)²⁶.

Parece ser acertada a decisão de A. BURDESE²⁷ ao se filiar a esta última corrente. A principal dificuldade para que se compreenda a posição do autor, todavia, está em se desfazer de conceitos modernos e retroceder à muito mais abrangente construção romana de *lex*²⁸.

militi commisit non suo tempore”); Af. 8 *quaest.*, D. 47, 2, 62, 7 (“*ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit...*”); Ulp. 31 *ad Sab.*, D. 23, 3, 9, 3 (“*et si custodia marito committitur...*”); Ulp. 2 *de off. proc.*, D. 48, 3, 1 (“*... utrum in carcerem recipienda sit persona na militi tradenda vel fideiussoribus commitenda vel etiam sibi*”); Mod. 4 *de poen.*, D. 48, 3, 14 pr. (“*... qui eam ei commisit*”); Mod. 4 *de poen.*, D. 48, 3, 14, 1 (“*... sed duobus custodia committenda est*”).

²⁴ Cf. D. DU CANGE, *Committere* cit. (nt. supra), pp. 449-450.

²⁵ Cf. H. DONELLI, *Iurisconsulti et antecessoris* cit. (nt. 23 supra), p. 1225.

²⁶ Cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” e “*ius vendendi*” *nella fiducia e nel pignus*, Torino, Giappichelli, s.d., p. 14; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1906, p. 815; A. ERNOUT – A. MEILLET, *Comes*, in *Dictionnaire* cit. (nt. 20 supra), p. 135.

Este seria o sentido etimológico mais primitivo da palavra, não podendo desconsiderar, contudo, diversas outras transformações posteriormente apresentadas – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26), p. 14.

De fato, a escolha parece ser bastante razoável, sobretudo se a confrontamos com o correspondente verbo grego συμβάλλειν, que indica justamente unir – cf. L. ROCCI, *Vocabolario Greco-Italiano*, 39ª ed., Roma, Dante Alighieri, 2005, p. 1732.

Neste diapasão, importa ressaltar que já Cícero, em *Pro Flacco*, 21, e *Ad fam.*, 13, 56, 2, utiliza o verbo *committere*, para se referir à *hypotheca* grega, que já importaria, independente da *lex commissoria*, a faculdade pelo credor insatisfeito de apropriar-se da coisa sobre a qual é constituída – cf. A. PERNICE, *Labeo – römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit III*, 2ª ed., Halle, Niemeyer, 1895, pp. 141-2; N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, L. E. Bosch et Filius, 1899, pp. 50 e ss; E. COSTA, *Cicerone Giuresconsulto*, v. 1, Bologna, Zanichelli, 1927, pp. 140-141; W. ERBE, *Die Fiducia im römischen Recht*, Weimar, Hermann Böhlhaus Nachf., 1940, p. 819.

Sobre a relação da obra de Cícero com os gregos – cf., especialmente, J. P. MAHAFFY, *The silver age of the Greek world*, Chicago-London, Elibron Classics, 1906, pp. 144 e ss.

²⁷ “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 15.

²⁸ Atendendo às regras gerais, a palavra também era usada acompanhada de alguma especificação que lhe colocasse em evidência a origem, o conteúdo ou determinadas características (e.g., *leges consulares*, *tribuniciae*, *decemvirales*, *sumptuariae*, *frumentariae*, *sacratae*) quando não se optasse pelo uso adjetivado do nome do magistrado rogante (e.g., *lex Acilia*, *Cornelia*, *Falcidia*, *Villia* etc).

Sobre as origens e diversas acepções da palavra *lex* – cf., especialmente, M. E. C. CLARK, *Jus and lex*, in *Mélanges Fitting*, t. 1, Montpellier, Société anonyme de l'imprimerie générale du midi, 1907, pp. 243-253; G. BROGGINI, *Ius lexque esto*, in *Coniectanea – Studi di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 55-81; G. TIBILETTI, *Lex*, in *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, v. 4, fasc. 22-25, Roma, Istituto italiano per la storia antica, s.d., pp. 702-707; *Sulle 'leges' romane*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, v. 4, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 595-621; M. KASER, *Lex und ius civile*, in *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala*, Berlin, Max-Planck Institut, 1967, pp. 3-21; B. BIONDI, *Lex e ius*, in *BIDR* 47 (1964), p. 31 e ss.

Como lembra F. SERRAO²⁹, no campo das relações jurídicas privadas³⁰, não é raro que *lex* vá além de sua mais conhecida e aceita definição em direito positivo, qual seja, “regulamentação”, e seja utilizada também para indicar uma cláusula estabelecida concretamente³¹.

Neste último caso, em que se aperfeiçoa mediante um acordo de vontades, apresenta o mesmo caráter objetivamente vinculante de uma regra posta – vinculante, mas não autoritário³². Afinal, é estabelecida por partes que se encontram em um mesmo plano hierárquico.

Trata-se aqui, portanto, de uma das diversas possíveis manifestações do “*Bindung*” mommseniano, oportunamente interpretado por B. BIONDI³³ como sendo o ato “voluntariamente vinculante” – sem que nesta expressão, portanto, possa ser apontada qualquer contradição – no âmbito da convivência social.

Em outras palavras, o termo *lex*, aplicado ao instituto, não era utilizada no sentido próprio e rigoroso de *lex*, ou seja, de norma jurídica de caráter geral e abstrato, imposta por uma autoridade coatora. Mais especificamente, consolidava-se como expressão da autonomia contratual das partes, na forma de convenção acessória capaz de modificar a eficácia do negócio principal³⁴.

Daí porque entender que a designação *lex* aqui corresponderia à figura de um pacto adjeto³⁵, categoria bastante particular dos *pacta* romanos cuja existência, grosso modo, justifica-se por modificar os efeitos típicos dos diversos

²⁹ Legge (*dir. rom.*), in ED 23 (1973), p. 795.

³⁰ Em última medida, na esfera privada, conceito e termo ainda hoje sobrevivem, especialmente quando se afirma que o contrato, entendido como acordo de vontades, ressalvadas, obviamente, suas peculiaridades, é lei ou tem força de lei (no sentido que as partes são vinculadas, como todos os homens são vinculados pela lei) – cf. B. BIONDI, *Lex e ius* cit. (nt. 28 supra), p. 47.

³¹ Contra, P. FREZZA, para o qual o significado *lex* não comporta pluralidades semânticas, referindo-se sempre a um preceito objetivamente vinculante e unilateralmente imposto – cf. *Preistoria e storia della “lex” pubblica*, in BIDR 35 (1956), p. 66.

³² Cf. B. BIONDI, *Lex e ius* cit. (nt. 28 supra), p. 47.

³³ *Lex e ius* cit. (nt. 28 supra), p. 44.

³⁴ Inclusive, M. E. C. CLARK chegou a entender – sem que, contudo, encontrasse apoio nas fontes – que a origem do pacto se encontra em uma *lex rei suae dicta* – cf. *Jus and lex* cit. (nt. 28 supra), p. 247.

³⁵ Cf. B. BIONDI, *Lex e ius* cit. (nt. 28 supra), p. 47.

tipos contratuais e tem por fundamento o “*convenire*”³⁶. Não possui, portanto, existência autônoma, mas depende da existência de um negócio principal³⁷.

Para P. F. GIRARD³⁸, inclusive, tal aplicação da forma adjetivada do verbo “*committere*”, juntamente ao substantivo “*lex*”, já revelaria um forte indício de que o instituto tenha tido *ab origine* natureza de condição suspensiva. Deste assunto, contudo, trataremos mais adiante³⁹.

De qualquer modo, certo é que o assunto está longe de ser pacífico. Nas principais traduções feitas ao Digesto, *e.g.*, traduz-se o título 3 do livro 18:

- (i) de modo literal⁴⁰;
- (ii) como confisco⁴¹;
- (iii) como reserva⁴²;
- (iv) de forma livre, buscando explicar a expressão⁴³.

A fim de preservar as peculiaridades concernentes à *lex commissoria* da compra e venda e à *lex commissoria* aplicada aos direitos reais de garantia, e também para evitar o risco de incorrer em imprecisões terminológicas, optaremos neste trabalho pela simples utilização da expressão *lex commissoria*, forma como vem tratada nas fontes.

³⁶ Cf. G. MELILLO, *Patti (storia)*, in *ED* 32 (1982), p. 490.

³⁷ A evolução da disciplina dos *pacta*, já no período pós-clássico, é guiada por uma crescente simplificação – seja das estruturas negociais, seja do processo – que, naturalmente, se de um lado tende à homogenização de *pactum* e *contractus*, de outro utiliza as diversas experiências pretorianas em direção da máxima funcionalidade dos negócios. Para tanto, a categoria de *causa*, entendida como razão econômica, e o crescente peso da *voluntas* em relação à forma são as razões de fundo da evolução – cf. G. MELILLO, *Patti (storia)* cit. (nt. 36 supra), p. 493.

³⁸ *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra), p. 815.

³⁹ Cf. II. 2. 2.

⁴⁰ Cf. D’ORS *et al.*, *El Digesto de Justiniano I (constituciones preliminares y libros 1-19)*, Pamplona, Aranzadi, 1968, p. 671 (“*clausula comisoria*”); I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo de derecho civil romano I (Instituta – Digesto)*, Barcelona, Molinas, 1889, p. 906 (“*pacto de la ley commissoria*”); G. VIGNALI (coord.), *Corpo del diritto corredato delle note di Dionisio Gotofredo e di C. E. Freiesleben altrimenti Ferromontano III (Digesto II)*, Napoli, Vincenzo Pezzutti, 1856, p. 1179 (“*legge commissoria*”); H. HULOT – J. F. BERTHELOT, *Les cinquantes livres du Digeste ou Pandectes de l’empereur Justinien II*, Metz, Behmer et Lamort, 1804, p. 564 (“*de la clause résolutoire*”).

⁴¹ Cf. A. WATSON (ed.), *The Digest of Justinian II*, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1998, p. 157 (“*the forfeiture clause*”).

⁴² Cf. R. ZIMMERMANN *et al.*, *Corpus Iuris Civilis III – Digesten 11-20*, Berlin, Mueller C. F., 1999, p. 356 (“*Auflösungsvorbehalt*”).

⁴³ Cf. E. OTTO – B. SCHILLING – C. F. F. SINTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis*, v. 3, Leipzig, Focke, 1831, p. 132 (“*Nebenvertrage des Verfalls*”).

Em regra, sempre que se fizer menção simplesmente a “*lex commissoria*”, estaremos nos referindo àquela correspondente aos direitos reais de garantia – objeto de nosso estudo, sendo que a pertinente indicação será feita no caso da venda.

Por fim, neste primeiro momento, mais do que pertinente, faz-se necessário apresentar um conceito aproximado a que corresponde a *lex commissoria*, possibilitando uma melhor análise do instituto. Trata-se de conceito cujo conteúdo, obviamente, será melhor elucidado ao longo do presente trabalho.

Assim, para possibilitar, desde já, uma maior familiaridade com o tema, pode-se conceituar a *lex commissoria* como uma espécie romana de pacto acessório com eficácia real, que, após o inadimplemento da obrigação principal, importa para o credor insatisfeito a faculdade de conservar para si, na condição de proprietário, a coisa entregue em garantia.

1.2. ORIGEM

1.2.1. NA *FIDUCIA CUM CREDITORE*

Não obstante o ataque de W. ERBE⁴⁴ à tese de que a *fiducia* tenha sido a mais antiga forma de garantia real⁴⁵ conhecida pelo direito romano, por entender sua estrutura incompatível com tempos muito remotos, de modo geral, continua ela largamente aceita entre os autores⁴⁶ que se ocuparam do tema.

⁴⁴ *Die Fiducia* cit. (nt. 26 supra), pp. 12-13.

⁴⁵ Sobre a crítica de que a *fiducia cum creditore* não possa ser definida como direito real de garantia, por comportar a definitiva transferência da propriedade, ainda que desenvolva análoga função econômica – cf., especialmente, P. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparistica*, 1ª ed., Salisburg, Iustitiam Colimus, 2001, p. 257.

⁴⁶ Cf., entre outros, A. ASCOLI, , *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto salviano*, Livorno, Raff. Giusti, 1887, pp. 2-3; C. LONGO, *Corso di diritto romano – La fiducia*, 1ª ed., Milano, CEDAM, 1946, p. 5; P. LAMBRINI, *Lineamenti* cit. (nt. 45 supra), pp. 257-258; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni - Corso di diritto romano*, v. 2, Padova, CEDAM, pp. 4-5 ; P.

Dentre os principais argumentos contrários ao pensamento do mencionado jurista alemão, está aquele que opõe a forma *agier* (= *agi*), apresentada por Cícero⁴⁷ em *De off.* 3, 17, 70, à arcaica forma *testarier* (= *testari*) encontrada em um fragmento das XII Tábuas⁴⁸.

A comparação de tais construções, cujas raízes seriam encontradas em tempos mais remotos do ordenamento romano, ganha ainda maior relevância na medida em que, na passagem ciceroniana onde a forma é empregada, se apresenta uma célebre expressão, comumente relacionada aos *bonae fidei iudicia*. Trata-se do “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*”:

<p><i>Nam quanti verba illa «UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM» quam illa aurea «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE». Sed, qui sint “boni” et quid sit “bene agi”, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ‘ex fide bona’. Fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis</i></p>	<p>Com efeito, quanta <importância há> naquelas palavras “que por tua causa ou da confiança em ti depositada eu tenha sido induzido em erro ou <tenha sido> defraudado”, tanta quanta <importância há> naquelas <palavras> de ouro “que entre os homens honestos é preciso que se aja bem e sem fraude”. Mas, quem sejam os “homens honestos” e o que seja “agir bem”, é uma grande questão. Quinto Múcio Cévola, pontífice máximo, dizia que havia uma enorme força <criadora> em todos os juízos nos quais se acrescenta <a expressão></p>
---	--

FUENTESECA, *Líneas generales de la “fiducia cum creditore”*, in *Derecho romano de obligationes*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Araces, 1993, p. 387. A respeito da origem da fidúcia, vide também A. WATSON, *The Origins of Fiducia*, in *SZ* 79 (1972), p. 329.

Pela prevalência da *fiducia cum amico* como mais antiga garantia real – cf. A. ASCOLI, *Le origini* cit. (nt. 46 supra), pp. 2-3; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 5; P. LAMBRINI, *Lineamenti* cit. (nt. 45 supra), pp. 257-258; P. FREZZA, *Le garanzie* cit. (nt. 46 supra), pp. 4-5; P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit. (nt. 46 supra), p. 387.

⁴⁷ Do mesmo autor, também há menção à célebre fórmula, com o uso da mencionada forma “*agier*” em *De Off.* 3, 15, 61 (“...in arbitrio rei uxoriae melivs aeqvvs, in fiducia vt inter bonos bene agier...”); *Ad fam.* 7, 12 (“Ubi porro illa erit formula fiduciae: ut inter bonos bene agier oportet?”); *Top.* 17, 66 (“In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet in primisque in arbitrio rei uxoriae...”).

Para uma mais ampla abordagem da biografia e obra do autor – cf., de modo geral, E. COSTA, *Cicerone giuresconsulto I e II*, 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 1927, pp. 1 e ss.

⁴⁸ L. XII Tab., 8, 22 (“*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobis intestabilisque esto*”).

<p><i>locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret</i>⁴⁹.</p>	<p>“segundo a boa-fé”. Ele <Quinto Múcio Cévola,> entendia que o conceito de boa-fé se manifesta muito amplamente e isso se reflete nas tutelas, nas sociedades, nos atos fiduciários, nos mandatos, nas compras e vendas, nas locações, nas quais é contida a comunhão de vida <entre os homens>: nesses juízos é <cabível a um> grande juiz estabelecer quanto cada parte deve prestar a outra.</p>
--	---

Por isso, inclusive, se deveria considerar fiduciário o negócio: Até o advento da *actio fiduciae*⁵⁰, ao fiduciante restava apenas confiar na *bona fides*⁵¹

⁴⁹ Emprega-se aqui a mais recente edição crítica da obra, de R. R. MARCHESE- G. PICONE, *Marco Tullio Cicerone – De officiis – Quel che è giusto fare*, Torino, Einaudi, 2012, p. 301, confrontada com o estudo clássico de F. PITTERI, *M. Tullii Ciceronis Opera Quae Supersunt Omnia*, v. 10, Venetiis, Studio Bibliografico Benacense, 1731, pp. 242-243.

⁵⁰ A fonte mais preciosa para a reconstrução da natureza e da estrutura da *actio fiduciae* está indubitavelmente em Cícero, sobretudo em *De off.*, 3, 17, 70. Há, contudo, outras notícias da *actio fiduciae* em Gaio e no Digesto, especialmente em Gai. 4, 62 e *Ulp. 28 ad Sab. D.* 18, 2, 10.

A questão quanto à exata data de origem da ação, contudo, costuma dividir grande parte da doutrina. O mais provável, para a maioria, é que a *actio fiduciae* já existisse logo na primeira metade do II século a.C., período em que se vislumbra uma proliferação de novas ações, devidas em grande parte à aplicação *inter cives* do novo procedimento formular por parte do pretor urbano, antes da Lei Ebécia – cf., mais recentemente, N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia dalle origini alla fine della repubblica*, Siena, Università di Siena, 1971, pp. 42-43; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), pp. 72-73; P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit. (nt. 46 supra), p. 419; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1946, p. 472; P. LAMBRINI, *Lineamenti* cit. (nt. 30 supra), p. 269, P. FREZZA, *Le garanzie* cit. (nt. 46 supra), p. 65. Contra – cf. R. AMBROSINO, *La legis actio sacramento in personam e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz II*, v. 2, 1ª ed., Napoli, Giuffrè, 1952, pp. 251-268; P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, Guttentag, 1890, p. 260; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum (ein Versuch zu dessen Wiederherstellung)*, Leipzig, Tauchnitz, 1883. A tese de O. LENEL sobre a existência de uma *legis actio fiduciae in factum* foi parcialmente retomada por A. WATSON, que sustenta que, ao lado da formal *legis actio fiduciae*, tenha existido também uma *legis actio fiduciae in factum* – cf. *The origins* cit. (nt. 46 supra), pp. 332-335.

⁵¹ Nesse diapasão, vale tecer alguns breves comentários sobre a *fides*, cujo conceito é de grande valia para uma melhor compreensão do instituto.

Como afirma F. SCHULZ, a *fides* era definida na Antiguidade como a existência de palavra dada (“*fit quod dicitur*”), uma das facetas da *constantia* (invariabilidade), que na visão dos romanos perfaria a virtude central do homem – cf. *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, trad. it. de V. Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, 1ª ed., Firenze, Sansoni, 1946, pp. 193-194. E as fontes literárias parecem confirmar tal relação, tão cara aos romanos, entre a noção em tela e a manutenção da palavra dada – cf. D. NÖRR, “*Fides*” im römischen Völkerrecht, 1931, trad. esp. de R. Domingo, *La fides em el derecho internacional romano*, 1ª ed., Madrid, Fundacion Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvares, 1996, p. 18. Assim, e.g., a *fides* é apresentada por Cícero

do fiduciário, estando impossibilitado de obter uma devolução compulsória ou de coagir a parte contrária a dar à coisa a destinação convencionada.

Ainda que, como afirma P. FREZZA⁵², a contraposição dos dois textos não seja suficiente para justificar a inequívoca existência de uma ação específica ao instituto já em período bastante remoto⁵³, a presença da arcaica forma ciceroniana *agier* como parte do formulário da primitiva ação de *fiducia*⁵⁴ poderia,

como a fundação da *iustitia*, que demandava a verdade e a fidelidade a promessas e acordos – cf. *De off.* 1, 7, 23.

É curioso notar que a responsabilidade em relação ao vínculo era tão séria, que o mesmo Cícero afirma que a verdade e a fidelidade a promessas, bem como a acordos e juramentos, deveria ser observada ainda quando extraída com o uso de violência – cf. *De off.* 3, 30, 110. Posteriormente, deixou a *fides* de ser mera lealdade ao acordado para converter-se em um modo geral de comportamento, seja este ético, moral ou jurídico – cf. D. NÖRR, “*Fides*” cit. (nt. 36 supra), p. 16.

Mais do que isso, também seria ela a base da *bona fides*, princípio jurídico que somente em um momento posterior seria introduzido no direito romano, por obra dos pretores. Essa noção jurídica possibilitava a mensuração de manifestações de regularidade nas condutas, de modo a tornar previsíveis as soluções para conflitos futuros, permitindo que, a fim de se obter um equilíbrio nas relações jurídicas, se tratasse o igual por igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da variação capaz de suscitar consenso na comunidade – cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 18.

Tratar-se-ia, portanto, do dever genérico de comportar-se com retidão nas relações jurídicas, que poderia ser reportado aos ideais da *fides*, notadamente em relação ao respeito à palavra dada, com o qual mantinha uma conexão bastante estreita. Dessa forma, possibilitava-se a prevalência de simples acordos sobre outros valores, essencialmente formais – cf. M. TALAMANCA, *La “bona fides” nei giuristi romano – “Leerformel” e valori dell’ordenamento*, in L. GAROFALO (org.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, v. 2, Padova, CEDAM, 2003, p. 46.

Conforme P. BONFANTE, resta claro que nas diversas relações jurídicas o comportamento de lisura e lealdade, compreendido na boa-fé objetiva romana, deve se referir a um objeto determinado e diverso. O dever abstrato e geral de conduta conforme o homem médio deve, em cada relação, explicar-se em algum dever concreto e particular. Assim, a noção do que deve ser compreendido como *bona fides* em cada situação seria mesurada em relação às particularidades e expectativas da sociedade, e remetida em sua extensão à apreciação do juiz, o qual teria por tarefa interpretar tal noção e aplicá-la ao caso concreto – cf. *Essenza della “bona fides” e suo rapporto colla teoria dell’errore*, in *Scritti Giuridici Varii*, v. 2, Torino, Unione Tipografica, 1916, pp. 718-719.

Contudo, ainda que o estudo simultâneo dos institutos seja inevitável, para alguns autores o ideal para melhor compreender o instituto da fidúcia é mesmo esvaziá-la da *fides*, seu núcleo fundamental – cf., entre outros, P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit. (nt. 46 supra), p. 388.

⁵² *Le garanzie delle obbligazioni* cit. (nt. 46 supra), pp. 3-4.

⁵³ No mesmo sentido, N. BELOCCI, *La tutela della fiducia dalle origini alla fine della repubblica*, Siena, Università di Siena, 1971, p. 75; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 54. Contra, A. MANIGK, *Fiducia*, in *RE* 6 (1909), p. 2309; R. AMBROSINO, *La legis actio* cit. (nt. 50 supra), p. 260; A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 58; P. OERTMANN, *Die Fiducia* cit. (nt. 50 supra), pp. 260-261.

⁵⁴ Contra – cf. R. MONNIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, v. 2, 5ª ed., Paris, Domat Montchrestien 1947, p. 97.

ao menos, ser considerada um valioso indício de que suas origens correspondem a um momento precedente ao próprio Quinto Múcio Cévola⁵⁵.

Além disso, a própria estrutura da fórmula⁵⁶ leva a doutrina⁵⁷ a relacionar as manifestações negociais baseadas no elemento fiduciário às fases mais iniciais do pensamento jurídico romano⁵⁸, pela utilização de um ato solene (*mancipatio* ou *in iure cessio*) com uma finalidade diversa (garantia) daquela que seria a sua própria (mera transferência da propriedade).

É o que se vê na da fórmula bética⁵⁹. Nesta, a *fiducia cum creditore* é constituída mediante um *negotium per aes et libram*, no qual se realiza uma *mancipatio fiduciae causa* seguida de um *pactum conventum*⁶⁰. Assim, na mencionada fórmula:

a) É prevista a *mancipatio fidi fiduciae causa*, por um preço simbólico (*sestertio nummo I*), tendo por objeto o *fundus Baianus* e o escravo chamado Midas:

⁵⁵ Ainda que o período temporal seja de grande importância para elucidar a questão, o autor não precisa a qual Quinto Múcio Cévola (em latim, *Quintus Mucius Scaevola*) faz referência: se ao pretor de 215 a.C., se ao cônsule de 117 a.C., ou, ainda, se ao cônsule, também pontífice máximo, de 95 a.C. Pela leitura do fragmento de Cícero, *De off.* 3, 17, 70, no entanto, a questão parece ser facilmente esclarecida.

Para uma breve descrição do papel dessas figuras históricas na sociedade romana – cf. M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2000 (reimpr.), p. 239-240.

⁵⁶ Para as complexas tentativas de reconstrução da *conceptio* da fórmula da ação – cf., especialmente, P. FREZZA, *Le garanzie* cit. (nt. 46 supra), p. 70.

⁵⁷ Cf., especialmente, A. ASCOLI, *Le origini* cit. (nt. 46 supra), pp. 2-3; C. LONGO, *Fiducia cum creditore*, in *Per Il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, p. 797; A. WATSON, *The origins* cit. (nt. 46 supra), pp. 332-335.

⁵⁸ “*Frequente nei diritti primitivi o poco sviluppati*” – cf. C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 supra), p. 797.

⁵⁹ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, III, Firenze, 1943, pp. 295-297.

⁶⁰ Segundo o entendimento geral, a tábuia contém um formulário ou modelo de alienação fiduciária, a ser preenchido com a indicação do crédito concreto, seja ele presente ou futuro Cf., especialmente, P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit. (nt. 46 supra), p. 392; Cf. N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana – Le nuncupationes*, 1ª ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1979, p. 23; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), pp. 67-68. A Fórmula Bética estabelecia a possibilidade de se garantir com a *fiducia cum creditore* não apenas créditos presentes, mas também futuros e condicionais ou a termo. C. LONGO, contudo, não crê na viabilidade de que a fidúcia seja garantida por créditos eventuais e indeterminados, uma vez que, em tal hipótese, ter-se-ia uma “fidúcia eterna”, caso o crédito não viesse a se concretizar – cf. *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 34.

<p><i>Dama L. Titi ser(vus) fundum Baianum, qui est in agro qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) esset, (sestertio) n(ummo) I et hominem Midam (sestertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa man/cipio accepit ab L Baiano, libripende antest(ato). Adfines fundo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet. (...)</i></p>	<p>Dama, escravo de L. Tício, aceita <por meio de uma> <i>mancipatio fidi fiduciae</i> causa assegurada por L. Baiano um terreno <de propriedade> de Baiano que está no campo denominado Veneriense, na aldeia Olbense, por “x” sestércios e o escravo Midas por “y” sestercios, como se fossem livres de restrições, <estando presentes o> libripende e as testemunhas. Foi manifestado que L. Baiano, L. Tício e C. Seio e a população são vizinhos ao terreno e convém citar aqueles <eventualmente>. (...)</p>
---	--

b) Ao *ritus mancipationis* é aposto um *pactum conventum*, entre o *mancipio dans* e o *mancipio accipiens*, pelo qual as coisas permaneceriam sujeitas ao vínculo fiduciário até que a dívida pecuniária fosse paga (... *usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunica fidesve persoluta L. Titi soluta liberataue esset*...):

<p>(...) <i>Pactum conventum factum est inter Damam, L. Titti ser(vum), et L. Baian(ium), <uti> quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit, ex/pensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, spopondit <spoponderit>⁶¹, fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea ominis pecunia fides//ve persoluta L. Titi soluta liberataue esse (...)</i></p>	<p>(...) Foi celebrado um <i>pactum conventum</i> entre Dama, escravo de L. Tício, e L. Baiano, para que este terreno e aquele escravo fossem <adquiridos em razão> da confiança, até que tivesse tido quitação <do crédito> de L. Tício, ou tivessem sido pagos e liberados todos os créditos, ou seja, aquele dinheiro que, a L. Baiano, L. Tício entregou, depositou ou levou em <equivalente> valor, ou <do crédito> que prometeu para ele <,L. Baiano,> garantiu, ou que autorizou com <i>fides</i> (...)</p>
---	--

⁶¹ Essas três formas de crédito pecuniário (*pecunia data*, *stipulata* e *expensa lata*), mencionadas na Fórmula Bética, também são apresentadas em Cícero, *pro Rosc.*, 4, 13 e 5, 14.

c) A não satisfação do crédito, por sua vez, implicaria a venda das coisas fiduciadas, de acordo com a vontade do credor ou seus herdeiros:

“(…) <i>si pecunia sua quaque die L.Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is <<vellet>> L. Titi us h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet (…)</i> ”	(…) se o dinheiro não tivesse <sido> entregue a L. Tício ou a seus herdeiros no termo <acordado>, então L. Tício ou seus herdeiros poderão vender este terreno e aquele escravo ou apenas aquele escravo, por venda à vista, quando e onde quiserem (…)
---	---

C. LONGO⁶² reforça a idéia trazida pela fonte ao lembrar que o antigo *ius Quiritium*, cujo *dominium* correspondente não era transmissível sob condição resolutiva⁶³, não conhecia outros direitos sobre a coisa além da propriedade e da servidão. Assim, o único poder jurídico autônomo sobre coisa própria que o devedor poderia ceder em garantia era justamente aquele relativo ao direito de propriedade⁶⁴.

Na *fiducia cum creditore*, uma parte (fiduciário) recebe de outra (fiduciante)⁶⁵ a propriedade de uma coisa infungível⁶⁶, obrigando-se, mediante um

⁶² *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), pp. 69-70.

⁶³ Cf., mais adiante, em II.2.4.

⁶⁴ O credor fiduciário podia dispor da coisa recebida em garantia como qualquer proprietário, contando com a proteção proporcionada pela *actio fiduciae*. Seus atos de disposição também conservavam plena eficácia em relação a terceiros, inclusive, obviamente, em relação ao próprio fiduciante, que não dispunha, nesta situação específica, de qualquer meio de tutela que lhe permitisse, desde logo, a recuperação da coisa – cf., F.V. 18, que prevê a aplicabilidade da *actio fiduciae*: “... *emptores inquietari, sed actione fiduciae...*” (= ... os compradores são acionados, mas pela *actio fiduciae*...), e P.S. 2, 13, 6, que trata da proteção do herdeiro ou do terceiro que recebe a coisa em legado: “*Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit*” (= Se o credor lega a um de seus herdeiros ou a um terceiro a coisa fiduciada, a *actio fiduciae* é cabível contra todos os seus herdeiros).

⁶⁵ Na verdade, os latinos utilizavam-se de expressões como “*is oui fiduciam dedit*” e “*is qui fiduciam accepit*”, ou indicavam, na fidejussão com objeto de garantia real, o alienante como “*debitor*” e o a outra parte como “*creditor*” – cf. C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 8.

⁶⁶ Inversamente à maioria dos autores que dissertaram sobre o tema, que entenderam que apenas as coisas infungíveis que fossem *res Mancipi* podiam ser objeto da fidejussão, C. LONGO é da opinião de que as *res nec Mancipi* também podiam sê-lo – cf. *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 5. No mesmo sentido, P. LAMBRINI cit. (nt. 45 supra), p. 257.

Sobre a natureza dos créditos capazes de serem garantidos mediante *fiducia*, tem-se que o instituto prestava-se, basicamente a garantir créditos de dinheiro – cf. Isidoro, *Orig.*, 5, 25, 23:

pacto autônomo, aposto à *mancipatio* ou à *in iure cessio*, a restituí-la, tão logo seja efetuado o pagamento da obrigação principal. Por consequência, o eventual inadimplemento da obrigação principal resultaria na definitiva manutenção do direito real pleno por parte do credor fiduciário.

A propriedade fiduciária, nesse sentido, poderia ser caracterizada como um tipo singular de domínio: se, de um lado, ao domínio do fiduciário corresponde o normal direito de propriedade, de outro, na condição de credor, ele tem o exercício de suas faculdades indiretamente vinculado às obrigações assumidas com o fiduciante – obrigações essas que derivam da natureza de boa-fé do negócio.

Por fim, também a favor de que o instituto da *fiducia* já era conhecido em tempos bastante antigos, considera-se a exigência da transferência da propriedade fiduciária através, unicamente, das formalidades presentes na *mancipatio* ou na *in iure cessio*⁶⁷, modos derivados de aquisição da propriedade aos quais se ligava o *pactum fiduciae*. Nesse sentido, afasta-se a idéia de que a *traditio* possa ter se prestado a esse fim, pois:

a) não há qualquer testemunho nas fontes sobre um tipo de *fiducia* constituída por meio de *traditio*⁶⁸;

b) a decadência⁶⁹ da *fiducia cum creditore* coincide com o desuso da *in iure cessio* e da *mancipatio*⁷⁰;

“*Fiduciae est, cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*” (= tem-se a fidúcia quando alguma coisa deve ser tomada de empréstimo em dinheiro, ou é vendida ou é cedida em direito). Esta, embora seja a mais conhecida definição (sobretudo porque a ela se referem os atos privados contidos nas mencionadas *Formula Baetica* e nas Tábuas Pompeianas), não deve ser entendida de forma restritiva – cf. C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 supra), p. 796.

⁶⁷ Apesar de conservar mesmo caráter acessório do penhor, a *fiducia*, por ser constituída através de um dos modos solenes e derivados de transferência da propriedade, não era invalidada, na hipótese em que fosse invalidada a obrigação garantida – cf. C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 supra), p. 797.

A *mancipatio fiduciaria*, vale lembrar, não outorga a possibilidade de alcançar o título de *dominus ex iure Quiritium*, o qual requer uma *mancipatio emptionis causa*, com um preço efetivamente pago ou devidamente garantido no ato negocial – cf. P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit. (nt. 46 supra), p. 412.

⁶⁸ Cf. Se verá pouco mais adiante, a própria *Tábula Baetica* e a *mancipatio pompeiana*, importantes documentos para a compreensão da estrutura do instituto, trazem, por exemplo, a transferência da coisa dada em *fiducia* através da *mancipatio*.

c) a *traditio* é modo causal – e não abstrato – de transferência da propriedade⁷¹. Seria incompatível, portanto, com a estrutura da *fiducia*. É o que atesta Paulo em 31 *ad ed.* D. 41, 1, 31, pr⁷²:

⁶⁹ B. BIONDI lembra que a *fiducia*, nas práticas negociais de tempos mais antigos, exerce uma importantíssima função, que diminui à medida em que a ordem jurídica passa a conhecer novos negócios e são eliminadas algumas formalidades que não mais correspondiam às necessidades sociais – cf. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 196.

⁷⁰ Cf. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit. (nt. 46 supra), p. 5.

⁷¹ A *traditio* era um ato não formal e, segundo a opinião majoritária, modo causal de transferência da propriedade – cf., dentre outros, E. BETTI, *Sul carattere causale della 'traditio' classica - A proposito di studi recenti*, in *Studi Riccobono*, v. 4, Palermo, 1936, p. 113; G. GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in *ED* 17 (1968), p. 385; M. KASER, *Zur 'iusta causa traditionis'*, in *BIDR* 64 (1961), pp. 61-62.; F. BENEDEK, *Die iusta causa traditionis im römischen Recht*, 1962, in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, t. 4, fasc. 1-2, Budapest, Akademiai Kiado, 1991 (reimpr.), pp. 117-119; R. LAMBERTINI, *In tema di iusta causa traditionis*, in *Fides Humanitas Ius - Studi in onore di Luigi Labruna*, v. 4, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 2745. Isso porque, sendo a mera entrega de um bem, por si só, ambígua, seria sempre necessário indagar se o “*significato economico*” resultante do acordo estabelecido pelas partes teria efetivamente sua existência condicionada à transferência da propriedade da coisa (caso contrário, se a obtenção de tal significado não implicasse a necessária passagem da propriedade, o efeito translativo poderia então ser substituído por uma simples transferência da posse) – cf. C. A. CANNATA, “*Traditio*” causale e “*traditio*” astratta: una precisazione storico-comparatistica, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, v. 1, Milano, 1994, pp. 157-158. M. TALAMANCA, nesse mesmo sentido, já definia a *traditio* como negócio a “*causa variabile*” – cf. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 211 e 437.

Assim, o objetivo de garantia da obrigação principal não é considerado suficiente a justificar uma transferência de propriedade como se verifica na *fiducia cum creditore* – cf. G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, CEDAM, 1938, p. 37.

⁷² A *inscriptio* do texto, pertencente ao livro 31º, seria um irrefutável indício de que Paulo, na verdade, estaria se referindo ao instituto da *fiducia* – cf. O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in *SZ* 3 (1882), pp. 104 e ss.; *Palingenesia iuris civilis (iuris consultorum reliquae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit) I e II* (1889), reimpr., Aalen, Scientia, 2000, p. 1027. Sobre a questão da importância da obra de O. LENEL para o estudo da *fiducia* – cf. nt. 72-73 infra. No mesmo sentido – cf. A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis - Eine untersuchung über den erwerb des eigentums nach römischem recht*, Berlin und Leipzig, W. De Gruyter & Co., pp. 134-135; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano - Le obbligazione personali e reali*, Torino, Coop. Libri Del G.U.F., 1934, p. 39; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit. (nt. 31 supra), pp. 8-9.

P. DE FRANCISCI entende interpolado o texto – cf. *Il trasferimento della proprietà, storia e critica di una dottrina*, Roma, Lilotipo, 1924, pp. 152-153.

Um outro texto confrontável com Paul. 31 *ad ed.* D. 41, 1, 31, pr é Ulp. 71 *ed.*, D. 39, 5, 18, 2:

<i>Numquam nuda traditio transfert dominium, sed itta, si venditio aut aliqua alia iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.</i>	A nua tradição nunca transfere o domínio, a menos que tenha sido precedida a venda ou alguma justa causa pela qual seguisse a entrega.
--	--

d) tendo em vista o mencionado no item anterior, pode-se concluir que o caráter abstrato da *mancipatio* e da *in iure cessio* é fundamental para que, ao lado desses atos formais, se introduza um pacto informal⁷³ através do qual se atinge efeito diverso daquele que seria a natural transferência definitiva e irreversível da propriedade⁷⁴.

Tais considerações são importantes ao nosso estudo já que não raras são as vezes em que a origem da *lex commissoria* vem atrelada ao instituto, mais especificamente à sua forma “*cum creditore*”⁷⁵.

<i>Idem Aristo ait, si donationis fiduciae causa in hoc tradatur mancipio detur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret. Et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi.</i>	Diz o mesmo Aristão, que se por uma doação <feita> por causa da fidúcia se entregou um escravo para que fosse manumitido depois de um quinquênio, porém o escravo era de outro, se podia duvidar se <o escravo> era usucapido, porque teria mediado uma espécie de doação. E diz Pompônio, que este tipo de dúvida tem lugar nas doações causadas em função da morte, e julga mais correto que se se tenha realizado a doação para que seja manumitido depois de um quinquênio, se pode dizer que se verifica a usucapião.
--	--

O conteúdo desse fragmento torna-se relevante na medida em que o pensamento de Aristão e de Pompônio, que Ulpiano seguia em matéria de *negotium mixtum cum donatione*, se reconstrói segundo a seguinte linha: a usucapião do servo, mancipado *fiduciae causa, ut manumittatur post quinquennium*, se verifica, não obstante a *causa fiduciae*. No entanto, isso apenas é possível uma vez que, com a *causa fiduciae* (que não conduz à usucapião), concorre a *causa donationis* (que é, por outro lado, *iusta causa usucapionis*). Disso se pode concluir que a *fiducia*, como não é *iusta causa traditionis*, tampouco seria *iusta causa usucapionis* – cf., nesse sentido, W. ERBE, *Die Fiducia* cit. (nt. 26 supra), pp. 12-13; O. GEIB, ‘*Actio fiduciae*’ und *Realvertrag*, in SZ 8 (1887), p. 113. Contra, H. KRELLER, ‘*Formula fiduciae*’ und *Pfandedikt*, in SZ 62 (1942), p. 197.

⁷³ Contra, A. ASCOLI, *Le origini* cit. (nt. 46 supra), p. 6.

⁷⁴ Cf. P. FREZZA, que denomina tal situação de “*dissonanza*” – cf. *Le garanzie delle obbligazioni* cit. (nt. 46 supra), p. 10.

⁷⁵ Tinha-se a *fiducia cum amico* toda vez que uma pessoa transferisse a outra o domínio de uma coisa somente com o escopo de custódia, guarda ou gozo gratuitos e temporários – cf. B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nt. 69 supra), p. 197.

A. SACCHI⁷⁶ enumera algumas semelhanças que, segundo ele, tornariam compreensível o nexa histórico entre os institutos:

a) supõem a tradição material da coisa, acompanhada ou não da formalidade translativa de domínio⁷⁷;

b) são pactos acessórios⁷⁸ ao contrato principal;

c) podem produzir a nulidade do contrato principal, o que poderia ocorrer de dois modos: não dando lugar à novação do título de posse no cessionário da coisa, ou verificando-se a condição fixada para a resolução do contrato principal por força do pacto comissório⁷⁹.

De qualquer modo, é certo que vincular as origens da *lex commissoria* a esse instituto é tarefa bastante árdua. Isso porque, como lembra P. LAMBRINI⁸⁰, as poucas fontes diretas⁸¹ e os documentos muitas vezes fragmentários não oferecem sua inteira disciplina, de modo que a doutrina pôde abandonar-se às mais variadas especulações relativamente à sua origem, estrutura e efeitos.

Da *fiducia cum creditore*⁸² não existe qualquer menção expressa na compilação justinianéia. No entanto, graças aos estudos palingenéticos de O.

Por essa razão, o estudo da *lex commissoria* se faz importante, exclusivamente, à *fiducia cum creditore*. Sobre a impossibilidade de aplicação da *fiducia cum amico* à *lex commissoria* – cf. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit. (nt. 46 supra), pp. 42-43.

⁷⁶ *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio Giuridico* 55 (1865), pp. 213-215.

⁷⁷ Complementarmente ao já afirmado sobre a impossibilidade de que a *traditio* possa constituir meio apto à transferência da coisa dada em garantia, temos que Gaio apenas mencionava a possibilidade de que tal processo se verificasse por intermédio da *mancipatio* ou da *in iure cessio* – cf. 2, 59: “*Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, non solum res tñobilis sed et soli si sit. quoe species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem*” (= Podemos usucapir coisa notoriamente alheia, mesmo que por outras causas, pois quem cedeu uma coisa a outrem, por *mancipatio* ou por *in iure cessio*, a título de *fiducia*, se vier a possuí-la, pode usucapir dentro de um ano, ainda que a coisa seja fixa ao solo, usucapião esta denominada de *usureceptio*, por cobrarmos novamente, por usucapião, aquilo que tinha sido nosso).

⁷⁸ O autor, neste ponto, parece ignorar a autonomia inerente à *fiducia*, confundindo-a com o *pactum fiduciae* – este sim, aposto ao negócio com o objetivo de reduzir o rigor com que se moldava o instituto mais arcaico.

⁷⁹ Cf., nesse sentido, item II.2.2.

⁸⁰ *Lineamenti* cit. (nt. 45 supra), p. 259.

⁸¹ Cf., além da *Tabula Baetica* e da *Mancipatio Pompeiana*, Gai. 2, 60; Gai. 3, 201; P.S. 2,13; F.V. 9; Coll. 10, 2,2.

⁸² Na realidade, o escopo, pelo qual era finalizada a propriedade transferida ao proprietário, poderia ser o mais variado; o grande valor da *fiducia*, como hoje do *trust*, é de ser um instituto extremamente flexível e aberto aos empregos mais diversos em todos os campos. No presente

LENEL⁸³, foi possível relacionar ao instituto, com certa segurança, significativo número de trechos contidos no Digesto justinianeu.

Reconstruindo a sistemática das obras clássicas a partir das *inscriptiones* contidas no Digesto, o autor notou que a matéria do penhor teria sido tratada duas vezes, em livros diversos e não contíguos⁸⁴, sem que, portanto, fosse possível identificar uma lógica compatível com o sistema segundo o qual a matéria vinha se desenvolvendo.

A análise dos fragmentos dos comentários de Gaio, Paulo e Ulpiano, metodicamente conduzida para os livros 9, 29, 28, e 10, 31, 30, respectivamente,

estudo, vale salientar, aparece a *fiducia* desvinculada de sua originária aplicação no direito de família (*coemptio fiduciae causa*) e no direito das sucessões (*testamentum per aes et libram*).

A chamada *coemptio* era o ato com o qual o efeito translativo do matrimônio se adquiria sobre a esposa, não *matrimonii*, mas *fiduciae causa*. Assim, quando a mulher quisesse evitar a tutela do agnato, realizava a *coemptio* com um “amigo”, o qual a transferia, por intermédio da *mancipatio*, a um terceiro que, por sua vez, a devolvia. Em consequência, o *coemptionator* tornava-se o tutor da mulher (*tutor fiduciarius*). Já o *testamentum per aes et libram*, que é a forma clássica de testamento, tem origem na *mancipatio fiduciae causa*. Por ele, o sujeito que não pudesse ou não quisesse se servir das formas antigas de testamento, cuja validade contava com a intervenção de todo o *populus*, realizava a *mancipatio* de seu patrimônio a uma pessoa de sua confiança. Com a morte do alienante, o adquirente deveria distribuir o patrimônio às pessoas e nos modos indicados pelas instruções que lhe foram entregues – cf. B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nt. 69 supra), pp. 366-368.

P. F. GIRARD também indica usos menos conhecidos da fidúcia. Seriam eles: (i) a doação, em caso de morte, transferindo a propriedade a uma pessoa que se obriga a retransferi-la a outra ou seus descendentes sobreviventes; (ii) a restituição de dote; (iii) a doação a pessoa interposta, transferindo a propriedade a outra que se obriga a transferir novamente a um terceiro; (iv) a transferência da propriedade sobre um escravo a um terceiro, que se obriga a libertá-lo; (v) e, por fim, a transmissão da guarda de um filho a outro *paterfamilias*, para que este o emancipasse em seguida (*fiducia remancipationis causa*) – cf. *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra), p. 552.

No mesmo sentido, R. JACQUELIN, afirma ser bastante vasto o domínio de aplicação da fidúcia, pois esta abrangia todas as necessidades de prestação de garantia, dentro do contexto da boa-fé. A fidúcia romana correspondia, portanto, a “*une convention basée sur la bonne foi, ayant pour cause un acte juridique solennel translatif d’un droit de propriété ou d’un droit de puissance, et pour objet un autre acte juridique inverse tendant à assésantir l’effet du premier*” (= “uma convenção baseada na boa-fé, havida em razão de um ato jurídico solene translativo de um direito de propriedade ou de um direito de posse, e tendo por objeto um outro ato jurídico inverso tendente a reverter os efeitos do primeiro”) – cf. *De la fiducia*, 1ª ed., Paris, A. Giard, 1891, p. 23.

⁸³ Nos referimos aqui especificamente a *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in *SZ* 3 (1882), pp. 104 e ss.

A linha de estudo do autor – que ainda hoje continua a despertar a atenção dos romanistas, se concentra em duas principais obras: *Das Edictum perpetuum* cit. (nt. 50 supra); *Palingenesia iuris civilis (iuris consultorum reliquae quae Iustiniani Digesta continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit) I e II* (1889), reimpr., Aalen, Scientia, 2000. F. SCHULZ traz interessante passagem sobre as anteriores tentativas de outros estudiosos – cf. *History of roman legal science*, London, Oxford University, 1946, p. 340.

⁸⁴ Cf., e.g., Gai. 9-10.

levou o autor à descoberta de que o segundo grupo de textos fosse originariamente dedicado à fidúcia⁸⁵. Assim, os compiladores apenas teriam reconduzido ambos os grupos sob a rubrica dedicada ao penhor⁸⁶, instituto bastante análogo, ao menos em sua função prática⁸⁷.

A partir da descoberta de O. LENEL incrementou-se a produção crítica sobre a fidúcia clássica, com a publicação de diversos trabalhos notáveis sobre o tema⁸⁸. Com o impulso proporcionado por seus estudos, diversas foram as teorias que surgiram sobre os efeitos da *fiducia cum creditore* e, consequentemente, também na *lex commissoria*.

A algumas dessas fontes correspondentes aos livros dos mencionados juristas clássicos, porém, nos ocuparemos mais adiante, especialmente em relação a dois fragmentos originariamente dedicados à compra e venda⁸⁹.

Isso porque, ainda que indiretamente, a descoberta de O. LENEL também foi capaz de reacender as controvérsias relativas algumas fontes não

⁸⁵ O edito pretoriano deveria regular o penhor ao lado do comodato, sob a rubrica *de rebus creditis*, e a fidúcia ao lado do depósito, tratando de *bonae fidei iudiciis* – cf. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* cit. (nt. 50 supra), pp. 254 ss e 288 ss.

⁸⁶ Cf. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* cit. (nt. 50 supra), p. 254. Para C. LONGO, O. LENEL teve razão em concluir que o grupo de textos modificado pelo legislador foi o segundo, ou seja, aquele em que os compiladores trataram do penhor por uma segunda vez, junto ao depósito. Isso porque o edito pretoriano devia regular o penhor ao lado do comodato, sob a rubrica de *rebus creditis*, e a fidúcia ao lado do depósito, tratando de *bonae fidei iudiciis* – cf. *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), pp. 32-33.

⁸⁷ Cf. C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 32. Todavia, como sublinhou M. KASER, do momento que os juristas clássicos eram conscientes da identidade de função desenvolvida pela *fiducia cum creditore* e do penhor, se pode entender que muitos fragmentos indicassem originariamente a disciplina válida para ambas as formas de garantia real e então também as fontes expressamente dedicadas ao penhor possam ser utilizadas para uma melhor compreensão da fidúcia, tendo sempre em consideração, porém, a necessidade de individuar aqueles aspectos de regime incompatíveis com a estrutura do negócio fiduciário – cf. *Studien zum römische Pfandrecht*, in TR 44 (1976), pp. 236-238.

⁸⁸ Cf., especialmente, A. ASCOLI, *Le origini* cit. (nt. 46 supra); C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra); P. LAMBRINI, *Lineamenti* cit. (nt. 45 supra); P. FREZZA, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra); P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit. (nt. 46 supra); A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 46 supra); N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia* cit. (nt. 46 supra); P. COLLINET, *Deux textes retrouvés sous la fiducia*, “*Studi Besta, I, Milano*”, 1939; A. DALMARTELLO, “*Fiducia cum creditore*” e *prescrizione*, in *Il Contratto – Soloege in onore di Giorgio Oppo*, v. 1, Padova, CEDAM, 1992; R. JACQUELIN, *De la fiducie* cit. (nt. 82 supra); P. OERTMANN, *Die Fiducia* cit. (nt. 50 supra); S. SANTANGELO, *Fiducia cum creditore: mandato irrevocabile a sopo di garanzia*, in *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, Giuffrè, 1972; A. WATSON, *The Origins* cit. (nt. 46 supra).

⁸⁹ Cf. item II.2.3.

jurídicas, além da já citada fórmula bética. Uma dessas é o conjunto de fragmentos trazido em P.S. 2, 13, sob a rubrica “*de lege commissoria*”.

Em que pese o esforço de uma doutrina mais antiga⁹⁰ ao tentar identificar traços da *lex commissoria* em tais textos, que apresentam uma tratção bastante sintética da *fiducia cum creditore*, nada se encontra de conclusivo sobre a estrutura do instituto da leitura desses parágrafos⁹¹:

Pauli Sententiarum 2, 13, 6-9:

6. Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit. 7. Si creditor rem fiduciarum fecerit meliorem, ob ea recuperanda quae impendit iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium. 8. Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit. 9. Servus si mutuum pecuniam tempore servitutis acceperit, ex ea obligatione post manumissionem conveniri non potest.	6. Se o credor legasse a um de seus herdeiros ou a um terceiro a coisa dada em <i>fiducia</i> , a ação de <i>fiducia</i> <contrária> compete contra todos seus herdeiros. 7. Se o credor melhorasse <com uma benfeitoria> a coisa dada em <i>fiducia</i> , estará sujeito o devedor à ação de <i>fiducia</i> para <o credor> recuperar <aquilo> que gastou. 8. O último credor pode liberar o anterior, oferecendo o valor do seu crédito para que a posse seja transferida a ele. Mas não é proibido se quiser o credor anterior liberar o posterior ainda que o mesmo seja posterior na garantia 9. Se um escravo recebesse dinheiro mutuado em tempo da escravidão, não pode ser demandado por essa obrigação depois da manumissão.
--	--

As sentenças merecem atenção por apresentarem a única menção à cláusula comissória fiduciária fora do *Corpus Iuris Civilis*. O fato de sequer

⁹⁰ Cf., e.g., A. SACCHI. *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio Giuridico*, v. 55, Pisa, Archivio Giuridico, 1895, pp. 189 e ss.

⁹¹ Neste item, visando uma maior aproximação ao teor original do texto, foi utilizada a versão mais antiga da obra atribuída a Paulo (i.e., “*Sententiae Receptae Paulo Tibutae*”) – cf. G. F. HAENEL, *Lex romana visigothorum*, Lipsiae, Sumptibus et typis B. G. Teubneri, 1848, p. 362.

mencionarem a estrutura da cláusula, contudo, tem sido alvo de questionamento daqueles que se propuseram a estudar o tema⁹².

Dentre esses, a tese de B. NOORDRAVEN⁹³ tem se destacado. Segundo o autor, a rubrica “*de lege commissoria*” teria sido erroneamente empregada, sendo mais provável que pertencesse ao posterior título P.S. 2, 17, que cuida da venda. Isso demonstraria, inclusive, coerência com o tratamento dado ao instituto no título 18 do Digesto. Tal hipótese, contudo, carece de indícios nas fontes e não consegue explicar o uso primitivo do verbete *fiducia* – posteriormente substituído pelo penhor⁹⁴ – em diversas passagens do texto.

Parece mais plausível acreditar que, não obstante a escassez de seu conteúdo não nos permita maiores esclarecimentos, os textos de Paulo podem ser considerados um indício, ainda que bastante tênue, de uma possível conexão, subsistente em época mais avançada, entre a *lex commissoria* e o negócio fiduciário a escopo pignoratício⁹⁵.

Igualmente carente de apoio nas fontes é a tese de O. GRADENWITZ⁹⁶, que tenta uma aproximação entre a *lex commissoria* em matéria de venda e a *lex commissoria* fiduciária, a partir da expressão “*emit ob sestertios*” presente no início da chamada *mancipatio pompeiana*⁹⁷:

“ <i>Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem / et Petrinum, sive ea mancipia alis nominib[us] / sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia [. . .] / ali ulli obligata esse neque sibi cum ul<l>o</i> ”	Poppaea Note, liberta de Prisco, jurou que os escravos Simplex e Petrino, ou com nomes diversos são seus escravos, pertencem a ela, e que esses não forem reclamados por qualquer outra pessoa e
---	--

⁹² Cf., especialmente, B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr. - Un caso di “pignus”*, in *BIDR* 56 (1980), p. 248.

⁹³ Cf. B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr. cit.* (nt. 92 supra), p. 248.

⁹⁴ Cf. G. F. HAENEL, *Lex romana visigothorum* cit. (nt. 91 supra), p. 362.

⁹⁵ Nesse sentido, F. SCHULZ, para o qual o título constitui um precioso indício de que, mesmo em períodos mais avançados, ainda subsistia uma estreita conexão entre o pacto comissório e o negócio fiduciário – cf. *Das Ediktssystem in den Paulus-Sentenzen*, in *SZ* 47 (1927), pp. 39 e 47. No mesmo sentido, A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 11.

⁹⁶ *Conjecturen, IV – Emptio ob nummos und lex commissoria*, in *LABEO* 33 (1897), pp. 209-212.

⁹⁷ Para uma análise crítica da fonte à luz da *fiducia* – cf., especialmente, R. JACQUELIN, *De la fiducie* cit. (nt. 82 supra), pp. 13-14.

<i>com[munia] esse, eaque mancipia</i>	<em relação a eles,> não existe uma co-
<i>singula sestertis nu[mmis sin]//gulis</i>	propriedade com mais ninguém. Dicitia
<i>Dicitia Margaritis emit ob seste[r]tios</i>	Margaritis comprou cada um deles por 1450
<i>n(ummos) ∞ LD et] mancipio accepit de</i>	sestercios e recebeu as coisas <objeto da
<i>Popp<a>ea Prisc[i liberta Note], tutore</i>	<i>mancipatio</i> > de Poppae Note, liberta de
<i>auctore D. Caprasio A[mpliato], </i>	Prisco, sendo tutor e autor D. Caprasio
<i>libripende in si[n]gu]la P. C[— — — —</i>	Ampliato, sendo libripende em cada <um>
<i>— —, an]/testata est in singula [— —</i>	P.C, e testemunha em cada.
<i>— —. (...)</i>	

Em breve reflexão sobre o tema, o autor⁹⁸ estabelece como centro de tal possível paralelo o fato de ambos os casos terem em comum o direito à restituição da propriedade condicionado ao pagamento do preço por parte do comprador, na compra e venda, e ao pagamento do débito por parte do devedor fiduciante⁹⁹.

A hipótese foi, desde logo, afastada por parte da doutrina¹⁰⁰. Isso porque, especialmente no que diz respeito à *fiducia*, a obrigação de restituição subsiste, independentemente da existência ou não da *lex commissoria*¹⁰¹.

Ainda nesse diapasão, para alguns estudiosos¹⁰², ao menos nos tempos mais antigos, o credor fiduciário poderia conservar a coisa, mas não com ela satisfazer-se. Tratar-se-ia, portanto, de uma mera forma de pressão psicológica sobre o devedor¹⁰³, e não de um meio de satisfação.

Em origem, então, o credor fiduciário não teria sido liberado da sua obrigação de restituição e a *lex commissoria* teria sido introduzida justamente para

⁹⁸ *Das Ediktssystem* cit. (nt. 95 supra), pp. 351-353.

⁹⁹ No mesmo sentido, B. BIONDI, “*Iudicia bonae fidei*”, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, 7 (1920), p. 166.

¹⁰⁰ Cf., especialmente, A. MANIGK, *Fiducia*, in *RE* 6 (1909), p. 2299. Mais recentemente, A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 11.

¹⁰¹ Na verdade, o fato de a *restitutio* não aparecer mencionada na *Tabula Baetica*, por exemplo, pode significar que tal menção não seria necessária, por encontrar-se implícita na própria *mancipatio* fiduciária e no *pactum conventum*, que determina a duração do vínculo fiduciário de garantia até o pagamento do crédito pelo devedor fiduciante – cf. P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit. (nt. 46 supra), p. 407.

¹⁰² Cf. e.g., G. SEGRÈ, *Corso* cit. (nt. 72 supra), p. 48 e ss.; A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 9.

¹⁰³ Cf. P. LAMBRINI, *Lineamenti* cit. (nt. 46 supra), p. 267.

isentá-lo, em presença de determinadas circunstâncias, de tal responsabilidade¹⁰⁴. Assim, o desenvolvimento histórico teria sido no sentido de acrescer e não de diminuir a faculdade do fiduciário.

Houve ainda quem sustentasse¹⁰⁵, a partir de tal linha de pensamento, que a *fiducia cum creditore* originária seria, na verdade, uma transposição ao sistema romano da *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*, venda com pacto de resgate cujo preço seria constituído pelo montante do crédito garantido.

Tal tese, contudo, foi logo afastada pela doutrina¹⁰⁶, que em parte se apoiou na ideia de uma *fiducia cum creditore* como negócio abstrato, a partir do qual o credor se tornava definitivamente proprietário do bem já no momento da *mancipatio* ou da *in iure cessio* fiduciária.

Nesse sentido, evidentemente, não seria necessária a previsão de pactos específicos, como a *lex commissoria*, uma vez que, faltante o adimplemento, o credor poderia liberamente ter a coisa ou vendê-la sem incorrer em qualquer tipo de penalidade. Afinal, tais faculdades eram já inerentes ao seu ilimitado direito de proprietário¹⁰⁷.

Grande crítico de tal entendimento, C. LONGO¹⁰⁸ vai além. Para o autor, a existência de uma similar construção, ainda que implícita, na *fiducia cum creditore* pressuporia, desde logo, que o credor permanecesse definitivamente desvinculado da obrigação de restituir a coisa, pela faculdade de tê-la “*pure et simpliciter*” – situação que apenas se agravaria na hipótese de um eventual excedente do valor do bem em relação ao débito¹⁰⁹. Além disso, completa¹¹⁰, a

¹⁰⁴ E era necessário a menção dos herdeiros para que eles também lhe pudessem aproveitar – cf. A. BURDESE, *La menzione degli eredi nella fiducia cum creditore*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, p. 324.

¹⁰⁵ Cf., entre outros, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, 2ª ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 308; P. FREZZA, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 4.

¹⁰⁶ Cf. W. ERBE, *Die Fiducia* cit. (nt. 26 supra), p. 44; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 84.

¹⁰⁷ Contra – cf. O. GRADENWITZ, *Conjecturen* cit. (nt. 96 supra), pp. 210-211.

¹⁰⁸ *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 supra), p. 818.

¹⁰⁹ A solução é que o credor pudesse conservar a coisa por sua decisão unilateral, e sem violar a boa-fé, porque correspondesse ao devedor o *superfluum* – cf. C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 supra), p. 819.

¹¹⁰ C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 supra), p. 818.

jurisprudência clássica dificilmente teria admitido tal situação, que claramente violaria o critério de boa-fé¹¹¹, fundamental à estrutura do negócio.

W. ERBE¹¹², posteriormente apoiado por M. KASER¹¹³, chegou, inclusive, a sustentar ao instituto uma primitiva situação de “*reine Sachhaftung*”, em que o bem podia ser resgatado mediante o pagamento o débito, que verdadeiro e próprio débito ainda não era: tratava-se, então, de um “*Ersatzpfand*” e não ainda de um “*Sicherungspfand*”¹¹⁴.

Isso significaria que o credor, obtida a garantia fiduciária, seria privado da ação de crédito e apenas poderia, se insatisfeito ao término do prazo, ter a coisa em pagamento (suportando naturalmente os riscos consistentes em uma eventual depreciação ou perecimento da mesma), no que A. BURDESE¹¹⁵ denomina “*tesi della primitiva pura risponidenza reale*”.

Segundo o autor¹¹⁶, a teoria merece ser criticada pois:

a) não leva em conta as características peculiares com que em Roma se apresenta a “*fiducia cum creditore*”, que seria uma aplicação não originária de um instituto correspondente a diversos fins (dentre os quais talvez o pignoratício seja o mais afastado da função natural da alienação “*fiduciae causa*”);

b) renuncia a uma visão unitária da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*, baseada na obrigação à restituição, visto como efeito essencial do negócio, para entender, diferentemente, que a fidúcia fosse em origem, quanto à sua aplicação pignoratícia, um “*Verfallpfand*”¹¹⁷. Ou seja, que se apresentasse essencialmente em função de *datio in solutum*, com um anexo e secundário pacto de resgate;

¹¹¹ Cf. nt. 51 supra.

¹¹² *Die Fiducia* cit. (nt. 26 supra), p. 36.

¹¹³ *Recensão* a W. ERBE, *Die Fiduzia*, in SZ 61 (1941), p. 467.

¹¹⁴ Cf. W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in SZ 90 (1973), pp. 150 e ss.

¹¹⁵ “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), pp. 22-23.

¹¹⁶ “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 23.

¹¹⁷ Cf., especialmente, M. KASER, que entende que na época mais antiga vigesse um regime de “*Verfallpfand*”, mas que, em idade mais avançada, fosse necessária a inserção de uma *lex commissoria* para que fossem obtidos os mesmos efeitos – Cf. *Recensão* a A. Burdese, “*Lex commissoria*” e “*ius vendendi*”, in SZ 67 (1950), p. 557; *Das römische Privatrecht*, v. 1, 2ª ed., München, Beck, 1971, p. 480.

c) é significativo que a “*reine Sachhaftung*” deva ser afastada pelo teor de D. 13, 7, 6 pr.¹¹⁸, cuja afirmação inicial, resgatando as ideias de Sabino, constitui o mais antigo testemunho em matéria;

E. RABEL¹¹⁹ acrescenta ainda um quarto argumento contrário à teoria:

d) A aplicação “*vendere licere*” negaria a teoria dos autores de que haveria uma exata correspondência entre a coisa e o crédito, uma vez que ao devedor é reservado o direito ao *superfluum* após a venda da coisa dada em garantia¹²⁰.

De qualquer modo, pelo teor das fontes até agora apresentadas, ainda que pareça bastante verossímil a corrente defendida por C. LONGO¹²¹, certo é que não podemos concluir, com segurança, por uma irrefutável existência da *lex commissoria* na *fiducia cum creditore*. Em outras palavras, ainda que se possa afirmar que não existam motivos concretos para negar sua presença na *fiducia*¹²², não há, nas fontes, provas positivas de nenhum gênero que nos permita concluir contrariamente.

Tais incertezas levaram, inclusive, a algumas ideias absurdas. Há quem¹²³ desconsidere, *e.g.*, uma eventual coexistência dos institutos, acreditando, contra o teor de documentos negociais¹²⁴, que a *fiducia* originária se transformasse no pacto comissório, porque não poderia mais responder às crescentes exigências comerciais.

Feitas essas considerações, resta, contudo, a análise de dois fragmentos relativos à compra e venda, que também merecem atenção para a

¹¹⁸ Sobre o fragmento – cf. item II.2.5 do trabalho.

¹¹⁹ *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in *Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Leipzig und Berlin, Auflage, p. 491.

¹²⁰ Contra, sem, contudo, justificar o porquê, A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 23.

¹²¹ Cf. nota 108 supra.

¹²² Cf. C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 71.

¹²³ Cf., *e.g.*, A. SACCHI, *Sul patto commissorio* cit. (nt. 90 supra), p. 189.

¹²⁴ Na verdade, alguns são os documentos fragmentários trazidos pela prática que atestam a difusão do instituto da *fiducia cum creditore* ainda no curso do século I – Cf. M. ZINGALE, *In tema di ‘fiducia cum creditore’ – I documenti della prassi*, in *Labeo* 46 (2000), p. 451.

resolução de nosso problema. São eles: Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18, 3, 2 e Ulp. 30 *ad ed.* D. 18, 3, 3, a serem oportunamente estudados¹²⁵.

1.2.2. NO PENHOR: A CONTROVERSA PRESENÇA DA *LEX COMMISSORIA PIGNORIBUS* NOS FORMULÁRIOS CATONIANOS

Dentre os inumeráveis problemas relativos às garantias reais, ainda permanece sem solução pacífica entre os romanistas aquele concernente à delimitação do exato período em que o penhor tenha efetivamente sido reconhecido pelo ordenamento jurídico romano.

É possível afirmar com algum maior grau de certeza, contudo, que o instituto pignoratício apenas tenha tido tutela jurídica pouco antes do início do século II a.C., durante o processo interdital¹²⁶.

De qualquer modo, ainda que incerta sua exata origem, alguns autores¹²⁷ concedem já ao primitivo penhor romano natureza comissória. Em outras palavras, acreditam ser possível, mesmo nos tempos primórdios de evolução do instituto, a atribuição imediata da propriedade ao credor que não teve seu crédito satisfeito ao término do prazo estabelecido na obrigação garantida.

Para tanto, a fim de justificarem suas teorias, procuram encontrar uma base de apoio nos formulários¹²⁸ catonianos “*De agri cultura*”¹²⁹, especialmente

¹²⁵ Cf. item II.2.3.

¹²⁶ Cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 *supra*), p. 95.

No entanto, que a ação real de penhor não representasse uma adequada garantia para o credor se tira, outrossim, do fato de que, a partir do II século d.C., os atos de disposição da coisa penhorada foram sancionados também criminalmente, dentro da fatispécie do estelionato – cf. L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, CEDAM, 1998, p. 73.

¹²⁷ Cf. M. KASER, *Das römische Privatrechts* cit. (nt. 119 *supra*), p. 388; A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 *supra*), p. 23.

¹²⁸ O termo “formulário” não seria adequado porque se trata, em verdade, de sugestões e indicações, não de simples esquemas contratuais, a serem pura e simplesmente preenchidos com os nomes das partes – cf. E. I. BEKKER, *Ueber die ‘leges locationis’ bei Cato ‘de re rustica’*, in *SZ* 3 (1864), p. 416. Optamos, contudo, por obter uma terminologia bastante arraigada na doutrina e que facilita a indentificação da obra ao leitor – cf. nt. 129 *infra*.

¹²⁹ Dentre as obras que tratam do assunto, A. ARCANGELI, *I contratti agrari nel ‘De agri cultura’ di Catone*, in *Studi Pier Paolo Zanzucchi*, Milano, 1927, 65 ss; E. I. BEKKER, *Ueber die*

nos capítulos 146-150. Ali são apresentados esquemas de contratos agrários, provavelmente já bastante difusos em período anterior ao do próprio Catão, cujo importante trabalho de recolha e reelaboração técnica, no entanto, não deve ser de qualquer modo desmerecido¹³⁰.

Em que pesem as muito prováveis alterações¹³¹ sofridas ao longo dos tempos, o texto ainda é de grande valia para melhor iluminar os séculos II e III a.C.¹³², período histórico longínquo, em relação ao qual, infelizmente, são poucos os indícios que chegaram até nossos dias¹³³.

Ainda que a análise dos formulários constitua um ponto de referência de grande – ou melhor, de essencial – importância para o estudo das origens do instituto do penhor, a diversidade de resultados dela derivada parece estar longe de poder ser considerada pacífica.

De fato, apesar de as ideias trazidas pelo escritor serem apresentadas em linguagem bastante clara, a interpretação técnica das cláusulas presentes na obra é ainda hoje bastante controversa e se polariza em duas diferentes e principais teorias.

'leges locationis' cit. (nt. 94 *supra*) pp. 416 ss.; A. MAZZARINO, *Introduzione al "De agri cultura" di Catone*, Roma, Atlante, 1952, pp. 1 e ss; E. ALBERTARIO, *Contratti agrari nel 'de agri cultura' di Catone*, in *Rivista di diritto agrario* 15 (1936), pp. 2 e ss; M. SARGENTI, *Il 'de agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SHDI* 22 (1956), pp. 158 e ss; P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, v. 2, Milano, 1962, pp. 435 e ss; A. BURDESE, *Catone e la vendita di vino*, in *SDHI* 46 (2000), pp. 269 e ss.

¹³⁰ Cf. P. FREZZA, *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 *supra*), p. 435. Contra, M. SARGENTI, segundo o qual essa parte da obra (146-150) sequer passou pelas mãos de Catão, sendo obra de um trabalho de compilação pouco mais tardio. O autor admite, no entanto, que a diferença temporal entre tal compilação e o trabalho de Catão é pequena e não se estende para além dos limites do Sec. II a.C., insuficiente, portanto, para descaracterizar o conteúdo dos fragmentos em questão – *Il 'de agri cultura' di Catone*, (nt. 129 *supra*), pp. 160-161.

¹³¹ Sobre eventuais alterações ao pensamento de Catão e sua importante influência na obra de Cícero – cf., especialmente, G. CALBOLI, *Cicerone, Catone e i neoatticisti*, in *Ciceroniana*, Leiden, E. J. Brill, 1975, pp. 51-62 e 83-97.

¹³² Segundo P. FREZZA, mais especificamente, o sec. III a.C. – cf., *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 *supra*), p. 435.

¹³³ A tal propósito são de fato de serem reconduzidas as cláusulas negociais reportadas por Catão - cf. A. BURDESE, *Pegno (diritto romano)*, in *ED* 32 (1982), p. 664.

Um grupo de autores mais antigos, como já mencionamos¹³⁴, defende, pela leitura do mencionado grupo de textos (146-150), a existência de uma verdadeira e própria *conventio pignoris*, já no século III a.C.

Antes de prosseguirmos, no entanto, cabe aqui uma breve observação.

Como lembra G. LA PIRA¹³⁵, representante de uma teoria que ganhou força nas últimas décadas, a construção do *pignus* como “*contratto reale, fonte di diritto reale, tutelato con azione reale*”¹³⁶ não pode ser considerada clássica.

Antes da configuração mais tardia do instituto, com as características acima mencionadas pelo autor¹³⁷, deve-se considerar um período anterior, no qual se verificava um negócio translativo da *possessio*¹³⁸, em tudo análogo à *traditio*¹³⁹, a favor do credor pignoratício. Era a chamada *conventio pignoris*.

Embora não se possa apontar diferenças suficientes para alterar a fundamental identidade de estrutura dos dois institutos¹⁴⁰ (sendo ambos construídos como negócios translativos da posse e regulados por idênticos princípios fundamentais), há uma peculiaridade em relação à *conventio pignoris* que não poderia ser desconsiderada: diferentemente do que ocorre no *pignus*, nela, a transferência efetiva da posse é postergada ao momento do inadimplemento¹⁴¹.

Em um contato mais superficial com o tema, tratar de *conventio pignoris* em um capítulo dedicado ao penhor pode causar estranhamento,

¹³⁴ Cf. A. MANIGK, “*Hypotheca*”, in *RE* 17 (1914), p. 353; “*Pignus*”, in *RE* 39 (1941), pp. 1239 e ss.

¹³⁵ La struttura classica della “*conventio pignoris*”, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, p. 228.

¹³⁶ Cf. G. LA PIRA, *La struttura classica* cit. (nt. 135 supra), p. 228.

¹³⁷ E que estariam presentes, e.g., como se vê em *Inst.* 3, 14, 4; 4, 6,7; *Gai.* 2 *aur.*, D. 44, 7, 1, 6; *Ulp.* 15 *ad ed.*, D. 20, 1, 17.

¹³⁸ Sobre a terminologia da posse nas fontes jurídicas e literárias – cf., especialmente, E. ALBERTARIO, *La terminologia del possesso nella compilazione giustiniana e nelle fonti bizantine*, in *BIDR* 27 (1914), pp. 275 e ss.; *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Studii Chironi I*, Torino, pp. 377 e ss.

Ainda, sobre a questão do penhor irregular no direito romano e seu ulterior desenvolvimento histórico – cf. T. CLAPS, *Del cosiddetto pegno irregolare*, Bologna, Fava e Garagnani, 1896, pp. 5-67.

¹³⁹ Cf. G. LA PIRA, *La struttura classica* cit. (nt. 135 supra), p. 228.

¹⁴⁰ Cf. G. LA PIRA, *La struttura classica* cit. (nt. 135 supra), p. 228.

¹⁴¹ Na verdade, em período mais anterior de seu desenvolvimento, o que modernamente se entende por penhor, na atividade prática, poderia perfeitamente se confundir com a hipoteca, sendo a diferenciação mais rígida entre os dois institutos posterior – cf. G. LA PIRA, *La struttura classica* cit. (nt. 135 supra), p. 228.

sobretudo pelo fato de que os manuais¹⁴² sempre relacionam-a à figura da hipoteca. Ocorre, contudo, que, diferentemente do que se verifica em período hodierno, no Direito Romano, o emprego de uma ou de outra figura dependia apenas da vontade das partes e não da natureza do objeto dado em garantia¹⁴³.

As dificuldades para delinear, nas fontes, uma e outra figura, levam a doutrina¹⁴⁴ – mais corretamente, como esperamos poder demonstrar – a desvincular-se de construções dogmáticas modernas e analisar os textos catonianos à luz da figura de um penhor primitivo¹⁴⁵. É esta a tendência que ora seguimos.

Em oposição a esse primeiro conjunto de autores que vêm no texto as origens da *conventio pignoris*, mais recentemente¹⁴⁶, tem-se verificado a tendência de interpretar os formulários catonianos como referentes a uma responsabilidade extracontratual nascida *ex stipulatu*.

Feitas essas considerações iniciais, passemos, então, à leitura de Cat., *De Agri*. 146, que, dentre o citado grupo de textos dos formulários, é aquele que maior relevância apresenta para os fins de nossa pesquisa:

<i>Oleam pendentem hac lege venire oportet:</i>	<Que> seja a oliva pendente vendida com
(...) <i>Recte haec dari fierique satisque dari</i>	esta cláusula: (...) Corretamente, esta
<i>domino, aut cui iusserit, promittito satisque</i>	<prestação> será dada, feita e entregue de
<i>dato arbitrato domini. Donicum solutum</i>	modo a satisfazer o proprietário, ou a quem
<i>erit aut ita satis datum erit, quae in fundo</i>	ele tenha ordenado <que lhe representasse>,
<i>inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum</i>	assegurando e entregando satisfatoriamente
<i>de fundo deportato. Si quid deportaverit,</i>	<a oliva> pela vontade do dono. Enquanto o
<i>domini esto; (...) proque ea re ita uti supra</i>	comprador seja liberado <da obrigação>

¹⁴² Cf., apenas a título exemplificativo., G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, pp. 498 e ss.

¹⁴³ Cf., especialmente, M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), p. 480.

¹⁴⁴ Cf. N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque* cit. (nt. 26 supra), p. 157; Ascoli, *Le origini dell'ipoteca* cit. (nt. 46 supra), p. 55; H. KRELLER, *Pfandrehtliche Interdikte und Formula Serviana*, in SZ 64 (1944), pp. 307 e 335.

¹⁴⁵ M. SARGENTI faz uma especial crítica à generalidade dos autores que se debruçaram sobre o tema. Segundo o autor, incorrem, em sua maioria, em “*gravi equivoci*” ao atribuir ao penhor um valor unitário e imutável, desconsiderando, assim, a evolução histórica de sua construção dogmática – cf. *Il ‘de agri cultura’ di Catone* cit. (nt. 129 supra), pp. 159-160.

¹⁴⁶ Cf. M. SARGENTI, *Il ‘de agri cultura’ di Catone* cit. (nt. 129 supra), pp. 156 e ss.

scriptum est item pignori sunt.

totalmente ou em grande parte, os utensílios que sejam trazidos ao imóvel devam servir de garantia e não poderão ser levados do imóvel. Se <o comprador> os levar, serão do proprietário; (...) e seus utensílios servirão de garantia deste preço <da obrigação principal>, como foi dito acima.

E. ALBERTARIO¹⁴⁷, para reforçar sua tese de que é justinianéia – e não clássica – a idéia presente em um grupo de fragmentos¹⁴⁸ em que se remete ao arbítrio de uma única parte contraente o adimplemento da obrigação ou a determinação da prestação¹⁴⁹, recorre a tal formulário¹⁵⁰.

Na verdade, segundo o autor¹⁵¹, a simples leitura do capítulo já permitiria presumir que a determinação da medida da prestação e da qualidade do objeto devido não é, no período de Catão, remetida ao arbítrio do proprietário, mas ao *arbitrium boni viri* de um terceiro detentor¹⁵².

Nesse sentido, o arbítrio exclusivo do proprietário não se verificaria no momento de determinar a qualidade do objeto vendido ou a medida da prestação. Isso porque, pelo teor do texto, as olivas deverão ser colhidas

¹⁴⁷ *Contrati agrari* cit. (nt. 129 supra), pp. 3-7.

¹⁴⁸ Cf., em especial, dois fragmentos relacionados à locação: Paul. 4 *quaest.*, D. 17, 2, 77 e Paul. 34 *ad ed.*, D. 19, 2, 24.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, Milano, F. Vallardi, 1924, p. 221.

¹⁵⁰ Para o autor, também reforçariam a idéia a passagem em Cat., *De Agr.*, 144, relativa à colheita das olivas (“*oleam legendam hoc modo locare oportet: Oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit (...) Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. Si non erunt redditae, aequom viri boni arbitratu deducatur. Si quis redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito: id viri boni arbitratu deducetur*”), 145, relativo à obtenção do óleo (“*oleam faciundam hac lege oportet locare: Facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit (...) Siquid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur*”) e 148, também relativo à venda das olivas sobre a árvore e do vinho nos tonéis (“*vinum in doliis hoc modo venire oportet) In triduo proximo viri boni arbitratu degustato, si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. Quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet totidem dies emptori procedent*”).

¹⁵¹ *Contrati agrari* cit. (nt. 129 supra), p. 7

¹⁵² No mesmo sentido, J. H. MICHEL, que, contudo, menciona genericamente a obra de Catão, sem fazer referência a qualquer capítulo específico – cf. *L'influence de la “lex venditionis” sur les règles du contrat de vente*, in *RIDA* 13 (1966), p. 339.

“*arbitratu domini*”, ou seja, segundo a vontade do dono. Neste momento, tanto a prestação quanto a contraprestação já teriam sido estabelecidas¹⁵³.

Em outras palavras, pelo que se possa extrair do capítulo 146¹⁵⁴, a vontade do proprietário far-se-ia relevante, *e.g.*, apenas para determinar que a colheita começasse com determinada árvore, para estabelecer o pedaço de terra que mais lhe agrada ou, ainda, o modo para obtenção do óleo – caso em que a prestação já seria determinada e o comprador deveria estabelecer os limites previamente estabelecidos.

Complementarmente, para uma melhor compreensão do intento catoniano – em partes que, vale salientar, nos são mais importantes –, M. SARGENTI¹⁵⁵ converte o formulário nas duas seguintes estipulações:

- a) “*Quae in fundo illata erunt, pignori esse, spondes?*”
- b) “*Si quid eorum de fundo deportatum erit, mihi dari spondes?*”

Esta dúplice estipulação criada pelo autor facilita significativamente a leitura do fragmento, ao individuar duas ideias de fundamental importância para sua compreensão. Delas temos que o negócio descrito por Catão tem por efeitos atribuir ao *dominus* o direito de garantia sobre os *invecta et illata*¹⁵⁶ (a), e, no caso de inobservância da proibição de retirá-las do imóvel, transferir ao *dominus* a propriedade de tais coisas (b).

Se constituiria, então, a favor do proprietário do imóvel, o efeito da aquisição comissória das coisas retiradas do terreno, como conteúdo de uma segunda estipulação *ad hoc*¹⁵⁷.

P. FREZZA¹⁵⁸ critica M. SARGENTI por acreditar que o autor baseia sua construção na conversão do simples *consensus* em uma *verborum obligatio*, o que

¹⁵³ Cf. E. ALBERTARIO, *Contrati agrari* cit. (nt. 129 supra), p. 7.

¹⁵⁴ Cf., igualmente, naqueles mencionados na nt. 130.

¹⁵⁵ *Il ‘de agri cultura’ di Catone* cit. (nt. 129 supra), p. 156.

¹⁵⁶ O uso de fazer obrigar as coisas colocadas pelo condutor sobre o fundo para a cultura do mesmo era antigo e geral entre os romanos – cf. M. SARGENTI, *Il ‘de agri cultura’ di Catone* cit. (nt. 129 supra), p. 156.

¹⁵⁷ Cf. M. SARGENTI, *Il ‘de agri cultura’ di Catone* cit. (nt. 129 supra), p. 181.

¹⁵⁸ *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 435

seria incompatível com a pactuação catoniana “*si quid deportaverit, domini esto*”¹⁵⁹.

Em outras palavras, esse capítulo dedicado à venda de um *olea pendens*¹⁶⁰, instigaria o intérprete à convicção de que a obrigação pecuniária do comprador deveria, então, fazer-se acompanhar de um ulterior empenho verbal assumido em modo solene. A leitura do texto, no entanto, daria a entender que a transferência seria imediata, sem necessidade de qualquer tipo de formalidade¹⁶¹.

Além disso, ainda que se considerem insuficientes a sua argumentação, o autor¹⁶² ainda manifesta sua discordância em relação à utilização da expressão “*pignori esse*”.

Isso porque, ao justificar sua construção, M. SARGENTI¹⁶³ considera-a uma expressão técnica pela qual tanto a proibição de retirar os utensílios do terreno, quanto a transferência do direito de propriedade sobre tais utensílios, em caso de inobservância da regra, pudessem ser considerados efeitos naturais do ato mencionado por Catão.

P. FREZZA¹⁶⁴ rebate tal argumento porque, para ele, não parece plausível que o “*pigneri sunt*”, por si só, pudesse fazer nascer um direito de satisfação sobre as coisas¹⁶⁵. Tampouco, adicionalmente, veria razão suficiente para que se pudesse pensar que, ao credor dos tempos de Catão, já viesse

¹⁵⁹ As dificuldades seriam, sobretudo, de ordem processual – cf. P. FREZZA, *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 436.

¹⁶⁰ A cláusula reportada no texto era destinada a valer também na venda do *vinum pendens* e do *vinum in doliis*. Por outro lado, vale ressaltar que tanto o esquema pré-disposto para a venda do *pabulum hibernum* quanto aquele concernente à alienação dos *fructus ovium* contém previsões bastante similares: *donec solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt, ne quid eorum de fundo deportato, si quis deportaverit, domini esto* (cap. 149.7-8); *donec domino satisfecerit aut solverit, (pastor) pignori esto* (cap. 150.7).

¹⁶¹ Cf. P. FREZZA, *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 436.

¹⁶² Cf. P. FREZZA, *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 436.

¹⁶³ *Il ‘de agri cultura’ di Catone* cit. (nt. 129 supra), pp. 182-183.

¹⁶⁴ *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 437.

¹⁶⁵ Segundo P. FREZZA, não seria concebível que, em qualquer período do desenvolvimento histórico do direito romano, o direito de propriedade pudesse surgir sobre uma coisa, *mancipi* ou *nec mancipi*, em virtude de um negócio obrigacional (e não de um negócio - formal ou não formal - translativo de direitos reais) – Cf. *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 438.

assegurado o exercício de similar direito de satisfação, como já se verifica nos tempos de Gaio com o *interdictum Salvianum*¹⁶⁶.

Antes, a expressão “*si quia deportaverit, domini esto*” deveria ser entendida como um modo de reforçar, através da tutela processual de uma *rei vindicatio*, a precedente cláusula “*quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt*”¹⁶⁷.

O significado jurídico de “*domini esto*”, neste sentido, parece que mais verossimilmente deva ser o de conferir ao proprietário a faculdade de, unilateralmente, ter o domínio daquilo que lhe fora tirado. Ou seja, mais tecnicamente, teria o proprietário uma faculdade pactícia de *pignoris capio*¹⁶⁸.

As problemáticas interpretativas oferecidas pela obra catoniana, assim, são complexas, sobretudo porque, como parece ter ficado claro do que até agora se disse, há uma verdadeira escassez de fontes que a ela possam ser diretamente relacionadas. Isso permite que a doutrina fique livre para as mais diversas especulações, que, muitas vezes, não ultrapassam o plano das conjecturas, como fica claro da discussão travada entre P. FREZZA e M. SARGENTI.

Na verdade, é importante destacar que, no quadro do tipo descrito no capítulo 146, parece figurar a prestação, por parte do comprador, de uma *stipulatio* “*omnicomprensiva*”¹⁶⁹ em favor do proprietário das olivas, que – segundo a opinião mais aceita na doutrina¹⁷⁰ – teria se prestado não apenas à função de garantir o pagamento do preço da obrigação principal, mas também a garantir o adimplemento de outras obrigações assumidas pela parte adquirente¹⁷¹.

¹⁶⁶ Cf. Gai. 4, 147. Segundo, P. FREZZA, é certo, porém, que um *interdictum adipiscendae possessionis* bastaria a tal fim – cf. *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 436.

¹⁶⁷ Cf. P. FREZZA, *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 437.

¹⁶⁸ Cf. P. FREZZA, *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 437-438.

¹⁶⁹ Cf. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra “conventio” e “stipulatio” fino a Labeone*, in *Contractus e pactum (tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-republicana)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 61.

Entendimento diverso, todavia, destaca que apenas a partir do I sec. a.C., com testemunhos como o encontrado em Paul. 3 *epit. Alf. dig.*, D. 17, 2, 71 pr., é que se possa verificar indícios de que na estipulação possa formalizar-se todo o conteúdo do contrato consensual – cf., especialmente, R. CARDILLI, *L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 66.

¹⁷⁰ Cf. M. TALAMANCA, *La tipicità* cit. (nt. 169 supra), p. 61.

¹⁷¹ Sobre a função da promessa prestada pelo adquirente, em forma de *stipulatio*, como “*Sicherheitsleistung*” – cf. R. CARDILLI, *L’obbligazione* cit. (nt. 169 supra), p. 81.

Tal elemento nos leva a entender que, não obstante à época fosse já conhecida a existência dos contratos consensuais, ainda que tutelados apenas no plano do *ius honorarium*¹⁷², parecesse conveniente que o proprietário dispusesse de uma garantia necessariamente operante no plano do *ius civile*, e, como tal, seguramente tutelada em via jurisdicional¹⁷³.

É verdade, por outro lado, que a prestação de uma *stipulatio*, com o consequente nascimento de um *oportere* a cargo do comprador, poderia também ser realizada com atraso.

Para estes casos, o formulário previa o surgimento de uma prerrogativa, análoga ao penhor¹⁷⁴ e em favor do vendedor, sobre os bens levados pelo comprador ao imóvel. Tal situação se estenderia pelo período em que não se verificasse o pagamento do preço ou, alternativamente, uma equivalente forma de satisfação do crédito¹⁷⁵.

Também a querer prescindir do fato de que o vendedor não tinha, a rigor, a disponibilidade material dos bens vinculados a garantia de seu crédito¹⁷⁶, tem-se que tal garantia se extinguia simplesmente para resolver-se “*nel diritto, tutelato tramite autorizzazione ad azioni di forza e rimedi interdettali pretori, di tenersi o prendere in ostaggio beni del debitori*”¹⁷⁷.

Além disso, fica claro que o instituto descrito por Catão parece ser desprovido das características mais fundamentais do penhor – ao menos daquelas que, como já mencionamos, teriam sido sucessivamente elaboradas pela jurisprudência romana mais tardia, a fim de assegurar uma maior satisfação ao credor.

¹⁷² Cf. M. TALAMANCA, *La tipicità* cit. (nt. 169 supra), p. 56; C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere di Contardo Ferrini III*, Milano, Hoepli, 1929, p. 194. Contra – cf. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra), p. 571; F. GALLO, *In tema di origine della compra-vendita consensuale*, in *SDHI* 30 (1964), p. 305.

¹⁷³ Cf. A. BURDESE, *Catone* cit. (nt. 129 supra), p. 272. No mesmo sentido – cf. Veja, ainda, E. CHAMPEAUX, *Le principe de simplicité des anciens actes juridiques romains et le gage*, in *Mélanges P. F. Girard: études de droit romain dédiées a P. F. Girard à l'occasion du 60 anniversaire de sa naissance* (26 octobre 1912), v.1, Paris, 1912, pp. 42 e ss.

¹⁷⁴ A opinião há muito prevalente é a de que a garantia prevista nos formulários catonianos sobre os *invecta et illata* não deva ser identificada como um verdadeiro e próprio penhor – cf. W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *SZ* 90 (1973), p. 152.

¹⁷⁵ Cf. P. FREZZA, *I formulari catoniani* cit. (nt. 129 supra), p. 440.

¹⁷⁶ Cf., sobre este ponto, A. MANGIK acredita tratar-se de um “*besitzloses Pfand*” – cf. *Pignus*, in *RE* 20 (1941), pp. 1246 e ss. No mesmo sentido, cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 101.

¹⁷⁷ Cf. A. BURDESE, *Pegno*, in *ED* 32 (1982), p. 665.

No entanto, não seria grande absurdo pensar¹⁷⁸ (sempre em um nível especulativo, dada a imprecisão e escassez das fontes que confirmariam a ideia¹⁷⁹) que, nos formulários, já se encontraria o mais antigo testemunho, mesmo que ainda tecnicamente imperfeito, de uma figura embrionária do instituto pignoratício¹⁸⁰.

De qualquer modo, ainda que não se possa identificar no texto a existência de uma *lex commissoria pignoribus*¹⁸¹ propriamente dita, é bastante interessante o mecanismo negocial previsto pelos formulários catonianos para obter um meio de reforçar a obrigação.

Ali, o negócio trazido adquire um caráter dúplice: de um lado, estabelece a prestação de uma promessa verbal; de outro, na falta desta última, tem-se a construção de uma espécie de garantia que cairia sobre os *illata* colocados no terreno do proprietário vendedor.

Oras, feitas tais considerações em relação aos formulários catonianos, ainda resta uma questão fundamental, qual seja, a de melhor definir a partir de quando teria sido a *lex commissoria* aplicada à figura do penhor.

Sem recorrer aos mencionados formulários, M. KASER¹⁸² sustenta a hipótese de que, em se tratando de penhor, ao menos em idade remota, a coisa dada caísse automaticamente na propriedade do credor insatisfeito. Para tanto, elenca como principais argumentos:

a) A polissemia substantivo *pignus*, que poderia ser empregado, ainda que não tecnicamente, com o significado de reserva. Também neste sentido, a coisa se tornaria propriedade da parte contrária¹⁸³;

b) A existência de um chamado “*Ersatzpfand*”, com base nas observações de W. KUNKEL¹⁸⁴ sobre a hipótese de que um credor e um devedor

¹⁷⁸ Cf., *ad. es.*, A. BURDESE, *Pegno* cit. (nt. 177 supra), p. 665.

¹⁷⁹ E, ainda assim, coerente com a crítica de M. SARGENTI – cf. nota 33.

¹⁸⁰ Cf., nesse sentido, A. BURDESE, *Pegno* cit. (nt. 177 supra), p. 664.

¹⁸¹ Não se encontrava traços evidentes nem da *lex commissoria*, nem do *ius vendendi* do credor. Sobre estes – cf., especialmente, A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), pp. 110 e ss.

¹⁸² *Studien* cit. (nt. 87 supra), p. 244.

¹⁸³ Contra – cf. B. NOORDRAVEN, *Pomp.*, D. 13, 7, 6 pr. cit. (nt. 92 supra), p. 250.

¹⁸⁴ *Hypothesen* cit. (nt. 114 supra), p. 150.

convencionassem que o preço pudesse ser pago, alternativamente, com bens de valores estimados. Analogamente, M. KASER entende plausível a transferência automática de propriedade de uma coisa dada em penhor pelo fato de que, ali, o credor recebe, em lugar de dinheiro, a propriedade dos bem (de modo que também a existência de um “*Verfallpfand*” seria provável)¹⁸⁵;

c) Em outros sistemas jurídicos antigos, como o grego e o greco-egípcio, institutos análogos comportavam a transferência da propriedade¹⁸⁶;

Essa construção do autor, ainda que pudesse ser aceita, seria compatível apenas com tempos bastante primitivos¹⁸⁷. Não peca, contudo, pelo absurdo.

Afinal, sendo a posse o ponto nevrálgico do instituto e tendo sido ele construção mais recente do que a antiga *fiducia*, é certo que ao credor pignoratício é alheia a utilização de quaisquer dos modos solenes de transferência da propriedade.

Em outras palavras, mesmo quem compra uma *res Mancipi* não pode adquirir sobre esta qualquer outro tipo de domínio que não seja *in bonis*. Em caso de inadimplemento, a transferência da propriedade, então, poderia se considerar “imediata” (uma vez que a coisa já se encontrava na posse do credor).

De fato, sobretudo pela influência exercida, em tempos mais remotos, pela *fiducia cum creditore*¹⁸⁸, então forma de garantia predominante, é plausível

¹⁸⁵ Segundo B. NOORDRAVEN há, porém, uma grande diferença entre os dois pactos. Em caso de um “*Ersatzpfand*”, o credor, após o termo, tem uma pretensão em relação ao devedor para o dinheiro ou para os bens, em caso de um “*Verfallpfand*” ele se torna certamente proprietário dos bens entregues em penhor. A existência de um “*Ersatzpfand*” não é, então, prova suficiente para que se possa afirmar que no penhor se verifica uma imediata passagem de propriedade ao credor – cf. *Pomp., D. 13, 7, 6 pr.* cit. (nt. 92 supra), p. 251.

¹⁸⁶ Na verdade, tal argumento não apenas carece de melhor fundamento, como o próprio autor se contradiz, ao afirmar em outra passagem que no direito grego e no direito greco-egípcio se encontram exemplos de uma coisa penhorada, que segue apenas conservada (não há, portanto, transferência) – cf. *Studien* cit. (nt. 87 supra), p. 246.

¹⁸⁷ O próprio M. KASER assinala que no direito mais desenvolvido há necessidade de uma *lex commissoria* expressa – *Studien* cit. (nt. 87 supra), p. 251.

¹⁸⁸ De modo um pouco exagerado, N. HERZEN defende que o *pignus*, em origem, antes mesmo que obtivesse proteção jurídica, assim como a *fiducia cum creditore*, teria o escopo de exercer uma pressão psicológica para, indiretamente, forçar o devedor ao adimplemento – cf. *Origine de l'hypothèque* cit. (nt. 26 supra), p. 55. Contra – cf. A. Burdese, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 111.

que *lex commissoria* possa ter, inicialmente, sido entendida como elemento natural do instituto.

No entanto, certo é que, com o desenvolvimento do ordenamento jurídico romano, já no período clássico¹⁸⁹ tenha surgido o costume de fazer um pacto expresso em tal sentido, passando a *lex commissoria* a ser exceção, não regra¹⁹⁰.

Em resumo, a *lex commissoria*, enquanto possa ser apresentada como um elemento essencial na *fiducia cum creditore*, dada a estrutura do instituto, aparece no penhor como um elemento acessório, como um pacto que, mesmo incidindo sobre a natureza do negócio e sobre seus efeitos, não deixa de ser secundário.

1.2.3. NA HIPOTECA: A DISCUSSÃO SOBRE A PRESENÇA DA *LEX COMMISSORIA PIGNORIBUS* EM P. FLOR. 1 (DE 153 D.C.)

Com o financiamento da *Società Italiana per la Diffusione e l'Incoraggiamento degli Studi Classici* (a partir de 1950, *Associazione Italiana di Cultura Classica*), E. SCHIAPARELLI descobre, no Egito¹⁹¹, o primeiro de uma

¹⁸⁹ Contra – cf. A. MANIGIK, *Pignus* cit. (nt. 176 supra), p. 1270.

¹⁹⁰ Em Iav. 15 *ex Cassio*, D. 47, 2, 74, se parte do pressuposto que um credor, que não realizou uma *lex commissoria*, não se torne proprietário: se ele vende o penhor, comete um furto.

Iav. 15 *ex Cassio*:

Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit. furti se obligat.

Se aquele que recebeu a coisa em <virtude da garantia do> penhor a tenha vendido ou celebrou <a venda> antes que se verificasse o termo, não sendo acordado <entre as partes> nada sobre a venda da coisa dada em penhor, é tido <como autor> de furto.

¹⁹¹ O papiro foi comprado em Guizé tendo o vendedor, na ocasião, indicado Hermópolis, capital da atual região grega de Siro, como lugar de sua proveniência – cf. G. VITELLI, *Atene e Roma – Bullettino della Società Italiana per la Diffusione e l'Incoraggiamento degli Studi Classici*, n. 27, Firenze, Società Italiana per la Diffusione e l'Incoraggiamento degli Studi Classici, 1901, p. 78.

sequência posteriormente denominada "papiros florentinos"¹⁹², publicado em 1901 por G. VITELLI¹⁹³.

Tal papiro torna-se interessante ao nosso tema à medida que, segundo uma corrente doutrinária mais antiga¹⁹⁴, traria em seu conteúdo um exemplo de *lex commissoria* acessória ao instituto da hipoteca.

Sem a pretensão de trazer uma aprofundada análise exegética, acredita-se de interessante valia ao presente trabalho a mera exposição da discussão – como ver-se-á adiante, já pacificada¹⁹⁵ – sobre a presença ou não da *lex commissoria* no mencionado papiro grego¹⁹⁶.

Diferentemente do que ocorre com muitos papiros, o P. Flor. 1 (de 153 d.C.) chegou à modernidade em sua quase integralidade¹⁹⁷, sendo pouco significativas as discussões sobre as lacunas de seu texto¹⁹⁸.

¹⁹² São assim chamados porque a maior parte desses encontra-se conservada em bibliotecas florentinas – cf. D. COMPARETTI – G. VITELLI, *Papiri Greco-Egizii – Papiri Fiorentini – Documenti pubblici e privati dell'età romana e bizantina*, v. 1, Milano, Hoepli, 1906, p. V. Atualmente, a *Biblioteca Medicea Laurenziana di Firenze* conserva 386 de 391 desses papiros, incluindo aquele que ora estudamos.

¹⁹³ Cf. *Atene e Roma* cit. (nt. 191 supra), pp. 74 e ss. Há também uma edição posterior do mesmo autor – cf. D. COMPARETTI, G. VITELLI, *Papiri Greco-Egizii* cit. (nt. 192 supra), p. 3 e ss.

¹⁹⁴ Cujo principal representante foi C. WESSELY – cf. *Die Stadt Arsinoe (Krokodilopolis) in griechischer Zeit*, in *Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Classe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften zu Wien*, Wien, Carl Gerold & Sohn, 1901, pp. 21 e ss.

¹⁹⁵ Nesse sentido – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” (nt. 26 supra), p. 111.

¹⁹⁶ Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, que, como se extrai do próprio título, visa tão somente a análise da *lex commissoria* no direito romano, não se pretende, aqui, uma análise aprofundada do fragmento, tampouco de institutos relativos às garantias reais em direito grego. A propósito, além das obras citadas ao longo deste subitem – cf. L. BREAUCHET, *Histoire du droit prive de la republique athénienne*, v. 3, Paris, Marescq Ainé, 1855, pp. 176 e ss.; R. DE RUGGIERO, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano – Contributo papirologico*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1910, pp. 23 e ss.; A. MANIGK, *Gräko-ägyptisches Pfandrecht*, in *SZ* 30 (1909), pp. 272 e ss.; L. RAAPE, *Der Verfall des griechischen Pfandes besonders des griechisch-ägyptischen*, Halle, David Brown Book Company, 1912, pp. 13 e ss.; E. RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri*, Lipsia, University of California Libraries, 1909, pp. 9 e ss.

¹⁹⁷ Quando da publicação do papiro, em 1901, G. VITELLI afirma jamais ter visto um papiro tão completo e legível em seu inteiro teor como esse – cf. *Atene e Roma* cit. (nt. 191 supra), p. 75.

¹⁹⁸ De fato, nos principais trabalhos que tratam do tema, as discussões jurídicas pouco levam em conta as poucas lacunas presentes no texto – cf. D. COMPARETTI, G. VITELLI, *Papiri Greco-Egizii – Papiri Fiorentini – Documenti pubblici e privati dell'età romana e bizantina*, v. 1, Milano, Hoepli, 1906; O. GRADENWITZ, *Einführung in Die Papyrusk*, German, Nabu Press, 2010, p. 85; C. WESSELY, *Die Stadt Arsinoe (Krokodilopolis) in griechischer Zeit*, in *Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Classe der keiserlichen Akademie der Wissenschaften zu Wien*, Wien, Carl Gerold & Sohn, 1901; H. F. HITZIG, *Das griechische Pfandrecht*, München, Arno, 1895, pp. 108 e ss.; L. BREAUCHET, *Histoire* cit. (nt. 196 supra), pp. 252 e ss.; U. E. PAOLI, *Ipoteca (diritto attico)*, *Nuovo Digesto Italiano*, v. 17, Torino, Torinese, 1938.

Ali é apresentado um contrato de mútuo, garantido com hipoteca, datado de 25 de março de 153 d.C. São partes a mutuária Ptolema e a mutuante Hermione¹⁹⁹. A hipoteca é gravada sobre a quarta parte de um imóvel situado em *Tekerkethothis* e garante o capital de 200 dramas²⁰⁰, a serem pagos em dois anos, com a taxa fixa de 12% ao ano sobre o valor do inteiro capital inicial. Assim, ao todo, o valor do mútuo passa a ser de 248 dramas.

Entre a mutuária e a mutuante é pactuado que, faltando a restituição do capital e da respectiva taxa no termo estabelecido, poderá a mutuante apropriar-se da coisa hipotecada como se proprietária fosse²⁰¹.

Ao comentar brevemente o texto logo após o advento de sua publicação, C. WESSELY²⁰² aponta a transferência da propriedade à mutuante como um característico exemplo de *lex commissoria pignoris*.

A ideia teve por principal opositor E. COSTA²⁰³, para o qual C. WESSELY, de modo precipitado, desconsiderou que se tratava, em verdade, da hipoteca grega. Este é o pensamento que ora predomina²⁰⁴.

O pergaminho, bastante longo, tem aproximadamente 1 metro de largura e 23 cm de altura, sendo escrito apenas em um dos lados. Os primeiros sete centímetros à esquerda são margens vazias, com uma simples anotação ilegível, da qual restam apenas poucas letras. Por 78 centímetros se estende o documento principal e por 15 centímetros uma espécie de compêndio, por isso mesmo chamado por O. GRADENWITZ de διαγραφή – cf. *Einführung* cit. (nt. 198 supra), pp. 129 e 141.

As primeiras 11,5 linhas da primeira parte e as primeiras 10 linhas da segunda parte são escritas em um grego cursivo irregular, sendo provável que derivem de pessoa diversa. Já o restante do documento é escrito com a mesma caligrafia bastante regular, o que indica ter sido feito pelo oficial que registrou o ato – cf. *Atene e Roma* cit. (nt. 191 supra), p. 74.

¹⁹⁹ No ato, Ptolema e Hermione foram assessoradas por seus pais Horion e Eudaimon, respectivamente. Há controvérsia doutrinária sobre se o avô de Ptolema também apareceria no papiro, pelo fato de o nome Horion repetir-se por duas vezes ao longo do papiro (linha s_ e _). Qualquer seja a posição escolhida, contudo, não há dúvidas de que realizou o ato com o auxílio de terceiro. As mulheres não podiam praticar atos legais sem o χύπιος que as assiste juridicamente e as representa; a nossa palavra tutor teria sentido demasiadamente restrito – cf. O. GRADENWITZ, *Conjecturen* cit. (nt. 96 supra), p. 128.

²⁰⁰ G. VITELLI, na *editio princeps*, alega não esconder uma "*certa ingenua maraviglia*" pelo fato de tanta solenidade e completeza de fórmulas ter sido adotada para um empréstimo de apenas 200 dramas, correndo-se o risco de que as despesas contratuais superassem a quantia do empréstimo – cf. *Atene e Roma* cit. (nt. 191 supra), p. 74.

²⁰¹ Um contrato análogo do ano 103, da mesma cidade e com as mesmas fórmulas também foi publicado pela *Società Italiana per la Diffusione e l'Incoraggiamento degli Studi Classici* – cf. *Atene e Roma – Bullettino della Società Italiana per la Diffusione e l'Incoraggiamento degli Studi Classici*, n. 59, Firenze, 1903, pp. 333 e ss. Trata-se do Pap. Flor. 81 (de 103 d.C.), que igualmente trata de uma relação de mútuo de dinheiro com hipoteca. No mesmo sentido – cf. Pap. Flor. 28 (de 179 d.C.).

²⁰² *Die Stadt Arsinoe* cit. (nt. 198 supra), p. 24.

Para melhor compreender o raciocínio do autor, é necessário considerar algumas peculiaridades da hipoteca grega, cuja configuração é bastante diversa daquela romana²⁰⁵. Isso porque, tendo suas origens na *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* e sobre ela estruturada, apresenta a natureza de uma *datio in solutum* tacitamente pré-convencionada²⁰⁶.

O instituto implicaria, por si só, a faculdade para o credor insatisfeito de apropriar-se da coisa, com a consequente faculdade de vendê-la e obter por inteiro o preço, ainda se exorbitante ao total do crédito garantido²⁰⁷.

Por isso, a eventual aposição da *lex commissoria* à hipoteca de direito grego não teria valor outro que o de (a) reconhecer expressamente efeitos que já lhe fossem implícitos, independentemente de qualquer acordo acessório, ou, ainda, (b) exonerar o credor da prática de determinados atos que, sem a *lex*, seriam necessários para apropriar-se da coisa.

Para E. COSTA²⁰⁸, é precisamente esse o alcance do texto apresentado no papiro, o que se confirmaria de dois principais modos:

a) Através de fórmulas e esquemas próprios à hipoteca grega, como, por exemplo, “μὴ προσδεομένοις ἀλανεώσεως ἢ διαστυλιχοῦ ἢ ἐτέρου τινός”.

b) Com a peculiar cláusula contida no papiro, pela qual a mutuária, após ser obrigada a conservar os bens – sendo expressamente impedida de vendê-los ou empenhá-los a terceiros –, compromete-se a restituir à mutuante o capital e os frutos eventualmente perdidos (“ἐὰν δέ τις χίνδυνος γένηται περὶ τήνδε τὴν ὑποθήκην πᾶσαν ἢ μέρος τρόπῳ ὀτινιούν, ἀποδότω ἢ δεδανισμένη τῇ δεδανιχυίμῃ ἢ τοῖς παρ’ αὐτῆς τὰ ὀφειλόμενα πάντα”).

²⁰³ *Sul papiro fiorentino num. 1*, BIDR 14 (1901), p. 3.

²⁰⁴ Nesse sentido, V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 8.

²⁰⁵ Sobre a recepção da hipoteca no direito romano – cf., especialmente, A. BISCARDI, *Le garanzie reali del credito*, Siena, Giubbi & C., 1957, p. 202.

²⁰⁶ Cf. H. F. HITZIG, *Das griechische* cit. (nt. 198 supra), pp. 108 e ss; L. BREAUCHET, *Histoire* cit. (nt. 198 supra), pp. 252 e ss.

²⁰⁷ Cf. U. E. PAOLI, *Ipoteca* cit. (nt. 198 supra).

²⁰⁸ *Sul papiro fiorentino num. 1*, BIDR 14 (1901), p. 3.

De fato, em relação à hipoteca romana esta última construção não teria sentido. Verificado o termo, o crédito continua sendo exigível²⁰⁹, sendo a entrega da coisa em garantia medida apenas secundária para a satisfação do credor²¹⁰.

A teoria de E. COSTA, vale ressaltar, encontrou posterior respaldo nos estudos de H. F. HITZIG²¹¹, para o qual a hipoteca grega implicaria no direito de ter a posse da coisa hipotecada apenas ao término do prazo acordado²¹².

Neste caso, com a tomada de posse (ἐμβάτευσις) da coisa, o credor lhe adquire imediatamente a propriedade e, conseqüentemente, extingue-se a obrigação então garantida pela hipoteca (*Pfandverfall*)²¹³.

²⁰⁹ Cf., nesse sentido, A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), pp. 205 e ss.

²¹⁰ Por outro lado, na hipoteca grega, a expressão ἀντι ὀφειλομένων, através da qual a mutuária declara de acordar à mutuante de tomar posse da coisa hipotecada, na falta de sua parte a restituição do mútuo, seria perfeitamente compatível com essa substituição – cf. E. Costa, *Sul papiro* cit. (nt. 203 supra), p. 5.

²¹¹ H. F. HITZIG, *Das griechische* cit. (nt. 198 supra), p. 257.

²¹² H. F. HITZIG, *Das griechische* cit. (nt. 198 supra), p. 257.

²¹³ A teoria de U. E. PAOLI acaba sendo especialmente interessante na medida em que relaciona a ὑποτίμημα a uma *datio in solutum* e a πράσις ἐπὶ λύσει a um pacto de resgate. No primeiro caso, não tem o credor o direito de vender a coisa hipotecada, mas pode dela se apropriar; quanto aos efeitos, tem o caráter que Hitzig reconhecia à hipoteca grega de *Pfandverfall*. No segundo caso, por outro lado, mediante tal venda a propriedade e o *ius possidendi* da coisa vendida passava ao credor, e o devedor continuava a deter a coisa vendida conservando dentro de um certo termo o direito a readquiri-lo. Isso porque essa venda justificava-se para garantir uma obrigação, que em relação à própria venda era principal. O autor ressalta, contudo, que no direito ático, a forma hipotecária da ὑποτίμημα prevalece à πράσις ἐπὶ λύσει, à medida que assegurava ao término do prazo uma situação definitiva ao patrimônio do credor e do devedor – cf. *Ipoteca* cit. (nt. 198 supra).

1.3. *IUS DISTRAHENDI*²¹⁴ COMO ALTERNATIVA À SEVERIDADE DOS EFEITOS COMISSÓRIOS

O *ius distrahendi* faculta ao credor a venda da coisa entregue em garantia a terceiros sem que, em razão disso, sofra as consequências de uma *actio directa*²¹⁵.

O pacto, assim como a *lex commissoria*, prevê um meio de satisfação direta sobre a garantia em caso de inadimplemento. Daí acreditarem alguns autores²¹⁶ que seja concluído exclusivamente em favor do credor, sem considerarem que também o devedor pode dele beneficiar-se. É o que ocorre, *e.g.*, quando a garantia tem maior valor do que o débito principal.

As principais vantagens do instituto, portanto, são basicamente duas: (a) permite ao devedor inadimplente reaver a diferença entre o valor da coisa e o total do crédito garantido, e (b) propicia a satisfação do credor nos casos em que o valor da coisa seja insuficiente para cobrir o próprio crédito²¹⁷.

Dadas as substanciais diferenças existentes entre a *fiducia cum creditore*, de um lado, e o penhor e a hipoteca, de outro, torna-se conveniente a análise apartada de ambos os casos.

²¹⁴ O termo também é usado como sinônimo de *pactum vendendi* pelos trabalhos que cuidam do tema (ainda que de modo incidental) – cf., entre outros, L. CHADEL, *Étude sur le “jus distrahendi” dans la fiducie le gage et l’hypothèque*, 1ª ed., Paris, Nouvelle, 1902, pp. 10-11; R. JACQUELIN, *De la fiducie* cit. (nt. 82 supra) pp. 191 e ss.; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit. (nt. 72 supra), pp. 257 e ss.; E. ALBERTARIO, *La terminologia* cit. (nt. 138 supra), p. 582; C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 48; G. SEGRÈ, *Corso* cit. (nt. 72 supra), p. 48 e ss.; A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 25.

²¹⁵ Cf. L. CHADEL, *Étude* cit. (nt. 214 supra), pp. 10-11.

²¹⁶ Para R. JACQUELIN, isso fica claro com o verbo *cavere* em Pomp. 35 *ad. Sab.*, D. 13, 7, 6 pr. (“...quia tua causa id caveatur”) – cf. *De la fiducie* cit. (nt. 82 supra), pp. 273-274. No mesmo sentido, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), pp. 137-138. Contra, J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel, Schweighausersche, 1847, pp. 191 e ss.; H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, v. 2, Leipzig, Hirzel, 1864, pp. 110-ss, 157-ss. 191-ss.; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit. (nt. 72 supra), pp. 257 e ss.; . ALBERTARIO, *La terminologia* cit. (nt. 138 supra), p. 582.

²¹⁷ Para A BURDESE, uma regulamentação tão complexa, fundada em princípios equitativos e que tem, em última medida, base no “*ut inter bonos bene agier*” ciceroniano, revela um grau bastante refinado de elaboração jurídica – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 25.

Antes, porém, apresentam-se as principais questões relativas ao *ius distrahendi* que se pretende responder: (a) se pôde ele ter lugar já na *fiducia*; (b) a partir de que momento e por que razões tornou-se elemento natural do penhor e da hipoteca; (c) quais foram os reflexos dessa transição no instituto comissório²¹⁸.

Quanto à *fiducia cum creditore*, parece não haver muita discussão. É unânime a opinião dos doutrinadores²¹⁹ pela compatibilidade do *ius distrahendi* com o negócio jurídico fiduciário, independentemente de acordo expresso entre as partes.

Isso porque, sendo a transferência da propriedade efeito essencial da *fiducia* em caso de inadimplemento, passa o credor a ter poderes tão amplos sobre a coisa quanto aqueles inerentes ao comprador em qualquer modalidade válida de venda. A faculdade de alienar a coisa a um terceiro, portanto, nada mais seria do que um mero exercício de tais poderes.

A liberação da responsabilidade do credor que, insatisfeito ao término do prazo, vende a coisa resulta do "*ut vendere liceret*"²²⁰, sendo a venda fiduciária justificada "*ex pactione*"²²¹. Para A. BURDESE²²², o emprego do verbo *licere* nas fontes traria duas importantes consequências:

a) Em origem, teria *ius distrahendi* sido introduzido como um meio alternativo à satisfação do credor, que, como regra, já seria beneficiado pela mais antiga *lex commissoria*²²³.

b) Tendo as partes optado pelo *ius distrahendi*, no entanto, não seria possível a aplicação concomitante da *lex commissoria*, pela contradição de efeitos

²¹⁸ Se comparado à *lex commissoria*, o *ius distrahendi* é trazido nas fontes de modo bastante claro, em virtude da ampla aceitação com que contou o instituto – cf., e.g., Ulp. 41 *ad Sab.*, D. 13, 7, 4; Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 13, 7, 6 pr.; Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 13, 7, 6, 1; Paul. 2 *sent.*, D. 13, 7, 8 pr., Paul. 2 *sent.*, D. 13, 7, 8, 1; Paul. 2 *sent.*, D. 13, 7, 8, 2; Paul. 2 *sent.*, D. 13, 7, 8, 3; Paul. 2 *sent.*, D. 13, 7, 8, 4; Paul. 2 *sent.*, D. 13, 7, 8, 5.

²¹⁹ Cf. C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 48. De mesma opinião – cf., entre outros, G. SEGRÈ, *Corso* cit. (nt. 72 supra), p. 133.

²²⁰ Cf. Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 13, 7, 6 pr. ("*...ut fundum pigneraticium tibi vendere liceret...*"). No mesmo sentido, a *Formula Baetica* em sua parte final – cf. item 1.3.1.

²²¹ Cf. Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 13, 7, 8, 5 ("*Cum pignus ex pactione venire potest...*").

²²² Pp. 26-27.

²²³ G. GROSSO – a nosso ver, acertadamente – vai além, ao considerar que o *ius distrahendi* tenha sido, em origem, uma variação do conteúdo do pacto comissório destinada a reforçar o escopo satisfativo da *fiducia cum creditore* – cf. *Appunti sulla formula dell'actio fiducia*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 3 (1929), p. 108.

que ambos os pactos apresentariam, caso verificada a condição "*si soluta pecunia non sit*"²²⁴.

Assim, contrapostos o *pactum vendendi* e a *lex commissoria*, no caso de inexigibilidade de restituição da coisa ao devedor pela falta do pagamento, teriam as partes a faculdade de escolher entre um ou outro pacto e seus correspondentes efeitos. Na ausência de acordo prévio, todavia, pressupunha-se a existência do pacto comissório²²⁵.

A posição mais aceita²²⁶ é a de que, com o tempo, tenha-se deixado paulatinamente de aplicar a *lex commissoria* na *fiducia* em detrimento do *pactum vendendi*, a ponto de – embora não ter sido considerado elemento natural do instituto²²⁷ – a opção pelo "*vendere licere*" ter se tornado a regra na fórmula que estabelecia o *pactum fiduciae*²²⁸.

Já no que diz respeito ao penhor e à hipoteca, é incerto se a eles primeiro foi conhecida a *lex commissoria* ou o *ius distrahendi*²²⁹, pelo fato de ambos os pactos já serem então aplicados ao negócio fiduciário²³⁰. Certo, porém,

²²⁴ Segundo A. BURDESE, essa contradição muitas vezes dá lugar à interpretação de que o *ius distrahendi*, na verdade, consistiria numa restrição à eficácia da *lex commissoria*, ao estabelecer a impossibilidade de que o credor fique com a coisa – cf. "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 26. A hipótese, no entanto, seria absurda. Entender a obrigação de venda da *res* como uma mera limitação do direito de propriedade é absolutamente incompatível com a finalidade satisfativa do credor – através justamente da transferência da coisa – que caracteriza a *lex commissoria*.

²²⁵ Tal que se poderia dizer dever-se concluir entre a *fiducia cum creditore* com o recorrer ou à *lex commissoria* ou ao *pactum vendendi*, com o qual se dá como pressuposto o condicionamento *soluta pecunia* da obrigação de restituir – cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 28.

²²⁶ Cf. C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 48; A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 27.

²²⁷ Cf. G. GROSSO, *Appunti* cit. (nt. 223 supra), p. 108. Contra, A. BURDESE, para o qual se antes os contraentes deviam fazer expressa menção ao "*vendere licere*" e cláusulas anexas para evitar os efeitos da *lex commissoria*, com o tempo, é esta última que passa a representar um desvio expresso do normal regime de venda "*si ad diem pecunia soluta non sit*". Adicionalmente, a única possibilidade de excluir a função satisfativa do instituto teria sido dada à conclusão de um expresso *pactum de non distrahendo* – cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 28. Nesse sentido – cf. V. DEVILLA, *L'ius distrahendi nella fiducia e nel pignus*, Sassari, Galizzi, 1937, p. 3. Para que o *pactum de non distrahendo* pudesse ser considerado ineficaz, era necessário que o devedor fosse intimado três vezes pelo credor – cf. P.S. 2, 5, 1 ("*...ter ante denuntiari debitori suo debet...*").

²²⁸ É, de fato, o que se verifica nos documentos pompeiano e bético – cf. item 1.2.1.

²²⁹ A primeira menção a este faz referência a Sérvio em Ulp. 77 *ad ed.*, D. 47, 10, 15, 22.

²³⁰ No direito justiniano, como se verá, o *ius distrahendi* é essencial ao penhor e não pode ser excluído sequer por pactos contrários (no caso, o *pactum de non distrahendo*, que traz o requisito

é que seu regime passou do *ius distrahendi* expresso, por meio do pacto adjeto, ao tácito – antes mesmo de ter a *lex commissoria* sido proibida.

No direito romano clássico, a eficácia do *ius distrahendi* pressupunha a existência de um *pactum de distrahendo pignore*, por meio do qual era o credor autorizado a alienar o bem²³¹. Assim, a exemplo do que ocorria na *fiducia cum creditore*, a venda da coisa entregue em garantia dependia do acordo expresso das partes²³².

Caso a alienação fosse efetuada na ausência de tal acordo – e, portanto, sem o consentimento do devedor – incorreria o credor em furto²³³. A hipótese não deveria ser tão incomum, a ponto de ter justificado o fragmento de Javoleno. Isso porque, a princípio, o credor, pignoratício ou o hipotecário, não

da tríplice denúncia – cf. Ulp. 41 *ad Sab.*, D. 13, 7, 4). Para V. DEVILLA, deve-se entender que tal regime já seria encontrado no direito clássico com a fidúcia, tendo sido posteriormente transportado para o penhor pós-clássico – cf. *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 22. De qualquer modo a gradual passagem do regime da fidúcia ao penhor pós-clássico, seja no que diz respeito ao *ius distrahendi*, seja no que diz respeito à *condictio furtiva* (que Aristão acordava ao credor fiduciário é consentida no direito de Justiniano também ao credor pignoratício, ainda que ele não possa ser considerado *dominus* da coisa – cf. Ulp. 39 *ad ed.*, D. 13, 1, 12), já é, por si só, um claro indício que os compiladores justinianeus, entre as passagens relativas à fidúcia, escolheram aquelas que ofereciam uma mais fácil adaptação à nova estrutura trazida no penhor – cf. V. DEVILLA, *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 22.

²³¹ A indispensabilidade de tal pacto no direito clássico era indispensável à venda da coisa penhorada e tem, acima de tudo, uma importância mais histórica, aliada à estrutura da antiga *fiducia*, do que de cunho prático propriamente dito – cf. V. DEVILLA, *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 22.

²³² Diferentemente do que ocorreu com a *fiducia cum creditore*, no entanto, a *lex commissoria* jamais chegou a ser considerada elemento natural do penhor ou da hipoteca, de modo que, para o credor ter direito de ficar com a coisa para si, era necessária a existência desse pacto – cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 368; A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 27.

²³³ Cf. *Iavolenus libro 15 ex Cassio*, D. 47, 2, 74 (73):

Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit: furti se obligat.

Se aquele, que recebeu como garantia uma coisa, vendeu <essa> coisa não tendo nada sido acordado sobre a venda, ou fez isso antes que se verificasse o dia da venda <e> não tendo sido pago o preço, se obriga ao <meio processual de tutela do> furto.

Em princípio, a alienação efetuada pelo credor era irrevogável, ainda que não fossem estritamente observadas as condições estabelecidas pelo *pactum de vendendo* – cf. L. CHADEL, *Étude* cit. (nt. 214 supra), p. 16.

tinha o direito de ficar com a coisa entregue, nem de vendê-la, a menos que estivesse diante de uma hipótese de *ius distrahendi* ou *lex commissoria*²³⁴.

Aliás, nesse sentido, mesmo as razões pelas quais a venda pudesse ser realizada pelo credor beneficiado pelo *ius distrahendi* já foram objeto de controvérsias, especialmente entre A. MANIGK, P. DE FRANCISCI e A. BURDESE.

Para A. MANIGK²³⁵, verificado o inadimplemento, o credor tornar-se-ia automaticamente proprietário da coisa penhorada ou hipotecada. A ele seria natural, portanto, a faculdade de alienar, pelas mesmas razões que se verificam no regime fiduciário.

P. DE FRANCISCI²³⁶, acertadamente a nosso ver, considera inaceitável a teoria de A. MANIGK, pelo fato de ser ela contraditória às noções mais básicas sobre a estrutura das garantias reais clássicas²³⁷. Afinal, a transferência da propriedade com escopo satisfativo é efeito exclusivo da *fiducia cum creditore* e em nada se confunde com *ius retentionis* que caracteriza o *pignus*²³⁸.

Para o autor²³⁹, o inadimplemento da obrigação principal implicaria, por parte do devedor, na renúncia à propriedade da coisa em favor do credor. Seus argumentos, no entanto, não encontram qualquer respaldo nas fontes que permita entender pela eventual intenção do devedor em renunciar ao seu bem²⁴⁰.

A. BURDESE²⁴¹, por sua vez, defende não se tratar de mera renúncia, mas propriamente de uma autorização tácita por parte do devedor que justificaria o que ele designa por "*derroga ai normali principi in tema di legittimazione al trasferimento della proprietà*".

²³⁴ Nesse sentido, cf. A. BISCARDI, *La Lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 515.

²³⁵ Cf. A. MANIGK, *Pignus* cit. (nt. 134 supra), pp. 1248 e ss. A tese não é de todo nova: já Cic., *De orat.*, 3, 1, 4 entendia que, desde o início, o credor pignoratício tivesse tido a faculdade de vender, sem necessidade de pacto expresse.

²³⁶ *Il trasferimento* cit. (nt. 72 supra), pp. 256 e ss.;

²³⁷ No mesmo sentido – cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 132. Para o autor, P. DE FRANCISCI estabelece uma construção incompatível com o caráter possessório do instituto pignoratício e com a sua proteção originariamente interdita – cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 132.

²³⁸ Sobre o *ius retentionis*, aliás, importa lembrar que, a partir de uma constituição imperial de Gordiano, o credor, mesmo depois de pago o débito em cuja garantia foi dada a coisa em penhor ou hipoteca, tem a faculdade de retê-la em seu poder até que o devedor pague outros débitos a seu favor, ainda que não garantidos – cf. *Gord.*, C. 7, 26, 5 (de 238 d.C.).

²³⁹ *Il trasferimento* cit. (nt. 72 supra), pp. 257 e ss.;

²⁴⁰ Cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 133.

²⁴¹ "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), pp. 138-139.

A prova estaria no texto de Gai. 2,64, que, ao elencar de modo exemplificativo alguns casos em que a faculdade de alienar é acordada também a quem não é *dominus*, menciona o credor pignoratício autorizado a exercer o *ius distrahendi ex pactione*²⁴².

Por fim, como visto alhures, se inicialmente apenas pôde o credor pignoratício ou hipotecário beneficiar-se dos efeitos do *ius distrahendi* mediante a celebração de um pacto adjeto, isso não já ocorreu no direito justinianeus. Resta, então, saber a partir de quando passou o mencionado pacto a ser considerado elemento natural nas relações de garantia.

Embora não se possa precisar o exato momento, sabe-se que já a partir da época dos imperadores *Severii*, no século III d.C., o *ius distrahendi* passou a ser regra: fazia parte do penhor e da hipoteca sempre que as partes não estipulassem em sentido diverso²⁴³.

A partir de então, portanto, teria sido definitivamente estabelecida a diretiva de conceber o *ius distrahendi* como um elemento natural do ato constitutivo de um direito real de garantia. No entanto, ainda que fosse considerado elemento natural, não se pode dizer que também fosse essencial ao ato. Afinal, inversamente, era possível excluí-lo mediante um pacto que proibisse a alienação da coisa. É o chamado *pactum de non distrahendo pignore*²⁴⁴.

²⁴² Cf. Gai. 2, 64 ("...item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit...").

²⁴³ Cf., entre outros, V. DEVILLA, *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 4; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), pp. 478-479. No entanto, já autores mais antigos duvidaram que o regime descrito sobre a *distractio pignoris* não fosse o mesmo entre os clássicos e os justinianeus – cf., nesse sentido, F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationem*, in *SZ* 11 (1890), p. 298, 304 e ss.; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, Libreria, 1900, p. 515; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra), E. RABEL, *Grundzüge des römischen Rechts*, Basel, Benno Schwabe & Company Verlag, 1955, p. 496; F. MESSINA VITRANO, *Per la storia dell'ius distrahendi*, Palermo, Luigi Gaipa, 1910, pp. 4 e ss; F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*, München, Veit & Comp., 1917, p. 127; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I*, Tübingen, Mohr, 1910, p. 83; S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano I*, Firenze, G. Barberà, 1906, p. 817; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit. (nt. 72 supra), p. 260; B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nt. 69 supra), p. 324.

²⁴⁴ Sobre o assunto – cf., especialmente, F. MESSINA VITRANO, *Per la storia* cit. (nt. 243 supra); F. EBRARD, *Die Digestenfragmente* cit. (nt. 243 supra); G. BESELER, *Beiträge* cit. (nt. 243 supra), p. 817; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra).

Tampouco essa regra, supostamente de origem justinianéia²⁴⁵, seria, porém, absoluta: era reconhecida ao credor a faculdade de alienar, ainda que estabelecido o *pactum de non distrahendo*, se, após três tentativas de cobrança junto ao devedor, não obtivesse a satisfação de seu crédito.

A regra seria trazida em Ulp. 41 *ad Sab.*, D. 13, 7, 4, onde se tem, de fato, que sequer o pacto *de non distrahendo* seria apto a excluir tal faculdade de venda da coisa, caso cumprido o requisito da tríplice denúncia:

Ulpianus libro 41 ad Sabinum, D. 13, 7, 4:

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.

Se foi convencionado vender a coisa dada em garantia, quer desde início, quer depois, não apenas é válida a venda, mas também começa o comprador a ter o domínio da coisa. Porém ainda que não se convencionou vender a coisa dada em garantia, usamos como quer que seja deste direito, que seja lícito vender <a coisa>, se é que não se convencionou que não seja lícito. Porém quando se convencionou que não se vendesse <a coisa>, o credor se obriga por furto, se a tiver vendido, se por três vezes não se tiver requerido <ao devedor> que pague, e tiver deixado de fazê-lo.

A última parte do fragmento de Ulpiano, "*nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit*" (interpolada²⁴⁶), costuma ser confrontada²⁴⁷

²⁴⁵ Cf. V. DEVILLA, *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 4.

²⁴⁶ Sobre a interpolação em "... *nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit*..." – cf. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano II – La proprietà I e II* (1926), reimpr., Milano, Giuffrè, 1966, p. 454. A interpolação, nesse caso, é fundamental para que se obtenha o sentido supramencionado. Se Ulpiano realmente tivesse acolhido a regra expressa com a proposição limitativa "*nisi ei ter*", o entendimento sobre a evolução histórica do instituto mudaria complementemente, pois já no direito clássico, antes mesmo da época dos Severos e do reconhecimento do penhor como elemento natural, ter-se-ia a regra de que o *ius distrahendi* é inerente ao *pignus* e que não pode ser excluída nem mesmo pelo pacto inverso, se o credor observa a formalidade das três denúncias – cf. V. DEVILLA, *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 5.

com a semelhante passagem "*ter ante denuntiare debitori suo debet*" trazida em P.S. 2, 5, 1²⁴⁸, ao se questionar se poderia, de fato, ser o *pactum de non distrahendo* considerado uma criação justinianéia.

Embora, a princípio, a presença da regra nos textos de Ulpiano e de Paulo ofereça uma resposta contraditória à questão, há uma importante diferença entre essas passagens que merece ser considerada em qualquer análise: enquanto, por um lado Ulpiano refere-se propriamente a um caso de *pactum de non distrahendo*, Paulo, por outro, traz a hipótese em que o penhor tenha sido constituído puro, ainda em momento prévio à concepção do pacto como elemento natural do contrato.

Segundo F. MESSINA VITRANO²⁴⁹, no texto original de Ulpiano, não sendo já o *ius distrahendi* elemento natural do negócio, as três cobranças ocorriam quando não se fosse expressamente estabelecido o *pactum de distrahendo*. A frase "*nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit*" , portanto, seria substancialmente genuína, mas teria sido trocada de lugar. No texto originário, ela se localizaria imediatamente antes de "*si modo non convenit, ne liceat*".

Já P. BONFANTE²⁵⁰, diferentemente, entende que o requisito das três cobranças pelo credor, que já aparece em Paulo, é provavelmente um costume extinto na época pós-clássica, retomado por Justiniano no momento de sua compilação. Tratar-se-ia, assim, de mera escolha legislativa, cujos reflexos práticos já não mais seriam sentidos quando de sua constituição.

Por fim, V. DEVILLA²⁵¹, embora concorde substancialmente com P. BONFANTE, dá razão à afirmação de F. MESSINA VITRANO de que classicamente, como se vê em Paulo, a tríplice denúncia é exigida quando nada se convencionou entre devedor e credor sobre a venda a coisa.

²⁴⁷ Cf., F. MESSINA VITRANO, *Per la storia* cit. (nt. 243 supra), p. 35; F. EBRARD, *Die Digestenfragmente* cit. (nt. 243 supra), pp. 121-122; G. BESELER, *Beiträge* cit. (nt. 243 supra), p. 817; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra), p. 57; V. DEVILLA, *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 6.

²⁴⁸ "*Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiari debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur*".

²⁴⁹ *Per la storia* cit. (nt. 243 supra), p. 5.

²⁵⁰ *Corso* cit. (nt. 246 supra), p. 454.

²⁵¹ *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 6.

O mérito de Justiniano está justamente em elevar o *ius vendendi* a elemento essencial do penhor, ainda que a ele seja aposto um pacto contrário. Neste caso, a observância da tríplice denúncia dispensaria o credor pignoratício de qualquer responsabilidade.

Assim, tomando por correta a tese de V. DEVILLA²⁵² sobre Ulp. 41 *ad Sab.*, D. 13, 7, 4, entende-se lícita a venda da coisa dada em garantia, ainda que acrescido um pacto no sentido oposto, desde que o credor efetue por três vezes a cobrança daquilo que lhe é devido.

Ulpiano, portanto, identifica-se com o pensamento gaiano²⁵³ ao condicionar a faculdade de alienar, por parte do credor pignoratício, a um pacto que expressamente autorizasse a transferência. No mesmo sentido, também alinhava-se à Javoleno, ao entender que a alienação da coisa sem o consentimento do devedor consistia em furto²⁵⁴.

Na legislação justinianéia, esse direito de alienar passa a ser inerente à natureza dos contratos de penhor, tanto que – como exaustivamente mencionado – o credor mantém sua faculdade apesar do pacto *de non distrahendo pignore*, desde que observe a chamada tríplice denúncia.

Isso até que, com a proibição da *lex commissoria* por Constantino, no século IV d.C.²⁵⁵, passou o *ius distrahendi* a ser o único efeito do penhor e da hipoteca. Não encontrando comprador, no entanto, ao credor era facultado solicitar ao imperador que lhe fosse atribuída a propriedade da coisa através da *impetratio dominii*.

A partir de então, às atividades negociais são desenvolvidas convenções outras que, analogamente à *lex commissoria*, buscam a satisfação do crédito através da transferência da propriedade, sem que, no entanto, seus efeitos sejam considerados tão gravosos quanto aqueles sancionados pela proibição.

²⁵² *L'ius distrahendi* cit. (nt. 227 supra), p. 9.

²⁵³ Cf. Gai. 2,64

²⁵⁴ Cf., nesse sentido, Ulp. 19 *ad ed.*, D. 10, 3, 6, 8.

²⁵⁵ Cf. item II.3.

Além do mencionado *ius distrahendi*, elencam as fontes numerosos exemplos de contratos orientados justamente neste sentido²⁵⁶, como a venda da coisa ao credor²⁵⁷, acordos similares à anticrese²⁵⁸, o pacto marciano²⁵⁹ e a *datio in solutum*²⁶⁰.

2. RECONSTRUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA POR ANALOGIA COM O HOMÔNIMO PACTO ACESSÓRIO À COMPRA E VENDA

2.1. FÓRMULA E OBJETO

Como oportunamente se espera demonstrar²⁶¹, com base nas conclusões palingenéticas lenelianas, uma melhor análise da questão da

²⁵⁶ Cf., nesse sentido – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), pp. 119 e ss. Não é difícil, por outro lado, imaginar que muitas destas construções seriam hoje, tendo em vista a corrente interpretação da proibição do pacto comissório, igualmente sancionadas – cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano – Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Sannio Benevento, Facoltà di Economia dell’Università degli Studi del Sannio Benevento, p. 43.

²⁵⁷ A licitude da venda da coisa dada em garantia ao credor em caso de inadimplemento era, em época clássica, princípio pacífico e podia ser concordada, condicionando-a suspensivamente ao adimplemento, seja ao momento da constituição do penhor, seja sucessivamente – cf., e.g., Tryph. 8 disp., D. 20, 5, 12 pr.; Paul. 29 ad ed., D. 13, 7, 20, 3; Paul. 6 resp., D. 20, 4, 17; Marc. sing. ad. form. hypoth., D. 20, 5, 5, 1; Marc. sing. ad. form. hypoth., D. 20, 5, 6; Paul. 3 quaest., D. 20, 5, 9 pr.; Alex. Sev., C. 8, 19, 1, 1 (de 230 d.C.); Dio. et Max., C. 8, 27, 10 (de 290 d.C.); Nov. 4, 3; P.S. 2, 13, 4.

²⁵⁸ Cf. Ulp. 4 resp., D. 13, 7, 39; Mod. 4 resp., D. 13, 7, 39. Neste último fragmento especificamente, entre credor e devedor se convém “*ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae cetero tempore possideret*”. Trata-se de um pacto de natureza anticrética com base no qual o credor mantém a posse e o gozo do terreno hipotecado por um certo tempo, com o escopo de satisfazer seu crédito. Resulta do texto que um *pactum* de tal natureza poderia ser indicado, imprecisamente, como venda das coisas dadas em garantia aos credores – cf. H. DERNBURG, *Das Pfandrecht* cit. (nt. 216 supra), p. 184; A. MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, v. 1, Breslau, M&H. Marcus, 1904, p. 134; *Pignus* cit. (nt. 134 supra), pp. 1271 e ss.

²⁵⁹ Cf. Item II.3.1.2.

²⁶⁰ Cf., e.g., Dio. et Max., C. 8, 13, 13 (de 293 d.C.); Dio. et Max., C. 4, 51, 4 (de 294 d.C.). L. MITTEIS, baseando-se na análise de direitos provinciais, considera por outro lado o pacto comissório uma modalidade de *datio in solutum* – cf. *Reichsrecht Und Volksrecht In Den Östlichen Provinzen Des Römischen Kaiserreichs*, German, Nabu, 1891, p. 441. Contra, entre outros, G. BESELER, *Beiträge* cit. (nt. 243 supra), p. 817.

²⁶¹ Cf. item II.2.3.

potestividade de exercício da *lex commissoria* pelo credor tem por elemento imprescindível a leitura conjunta de dois fragmentos pompeianos extraídos do livro 35 *ad Sabinum*.

A princípio, a estranheza causada por tal medida deve-se ao fato de apresentarem os textos objetos bastante distintos. Enquanto o primeiro, Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 13, 7, 6pr, cuida do *pactum fiduciae*, o segundo, Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 18, 3, 2, encontra-se sob o título “*De lege commissoria*” (que, como se sabe, refere-se ao instituto em matéria de compra e venda).

No entanto, em razão da já aludida escassez de fontes especificamente voltadas à análise da genericamente considerada *lex commissoria pignoribus*, não é raro que algumas das conclusões a ela aplicadas sejam, de fato, extraídas de passagens que tratam expressamente do regime de venda.

É o que ocorre quanto à delimitação da fórmula do instituto, para cuja abordagem se faz interessante uma peculiar passagem do mencionado Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 18, 3, 2.

Já em sua primeira parte, o fragmento traz aquela que seria a fórmula com a qual a *lex commissoria* na venda seria celebrada: “*si ad diem pecunia soluta non sit ut fundus inemptus sit*” – “caso o preço não tenha sido pago no termo, que o terreno seja considerado não comprado”²⁶².

A exemplo do que entendeu quanto à *in diem addictio*²⁶³, C. LONGO²⁶⁴ também via na construção de Pompônio sobre a *lex commissoria* uma fórmula a ser rigidamente seguida (“*clausola di stile*”), sem qualquer possibilidade de alteração formal por aqueles que a celebrassem²⁶⁵.

²⁶² A tradução completa também será trazida no item II.2.3.

Alternativamente, com o mesmo significado, “*si ad diem nisi pecunia soluta sit ut fundus inemptus sit*” – cf. C. LONGO, *Sulla “in diem addictio” e sulla “lex commissoria” nella vendita*, in *BIDR* 31 (1921), p. 46. Sobre a constuição oposta trazida em Gai. 10 *ad ed. prov.*, D. 47, 2, 49 pr. – cf. A. BISCARDI, *La Lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 582.

²⁶³ Cf., nesse sentido, B. B. QUEIROZ DE MORAES, *O pacto de melhor comprador – Configuração no direito romano (“in diem addictio”) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 67 e ss.

²⁶⁴ *Sulla “in diem addictio”* cit. (nt. 262 supra), pp. 47- 48.

²⁶⁵ Embora a fórmula seja fixa, para o autor, a jurisprudência clássica não a interpretou em apenas um único sentido – cf. C. LONGO, *Sulla “in diem addictio”* cit. (nt. 262 supra), p. 48.

A opinião, que ganhou o apoio de autores importantes, como, *e.g.*, A. D'ORS²⁶⁶ –para o qual o instituto apenas teria subsistido na prática jurídica justamente por apresentar uma única interpretação –, tem por base os seguintes argumentos:

a) Não trariam as fontes especificamente voltadas ao instituto²⁶⁷ qualquer outra construção que pudesse ser considerada uma fórmula.

b) Ulpiano, em Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 3, 4 pr., aplica a fórmula ao estabelecer que: “*Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret...*”²⁶⁸ – “Se um terreno tenha sido vendido com *lex commissoria*, isso é, que se dentro do termo determinado não se tenha pago o preço, considerar-se-ia não comprado”.

c) Em Scaev. 2 *resp.*, D. 18, 3, 6 pr., Cévola, ao interrogar sobre a *lex commissoria* (“*De lege commissoria interrogatus...*”) – mediante o emprego, portanto, uma específica nomenclatura²⁶⁹ –, responde com a expressão “*fundus inemptus fore*”, equivalente, portanto, à mencionada “*fundus inemptus sit*” de Pompônio.

²⁶⁶ No mesmo sentido – cf. F. WIEACKER, *Lex commissoria (Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht)*, Berlin, Springer, 1932, p. 64; P. BONFANTE, *Corso cit.* (nt. 246 supra), p. 391; G. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite con “in diem addictio” e con “lex commissoria”*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 333 e 334; F. EISELE, *Beiträge cit.* (nt. 243 supra), p. 137.

²⁶⁷ Especialmente Paul. 1 *decret.*, D. 4, 4, 38 pr.; Pomp. 9 *ad Sab.*, D. 18, 1, 6, 1; Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 18, 3, 2; Ner. 5 *memb.*, D. 18, 3, 5; Scaev. 7 *dig.*, D. 18, 5, 10 pr.; Paul. 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 2; Paul. 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 3; Afric. 9 *quaest.*, D. 44, 3, 6, 1.

²⁶⁸ Contra, F. EISELE, que considerou essa explicação demasiadamente supérflua e incapaz de justificar um eventual rigor à fórmula – cf. *Beiträge cit.* (nt. 243 supra), p. 137. C. LONGO rebate, dizendo que o autor deixou de considerar que, pela expressão *lex commissoria*, não há nenhum outro título no Digesto que pudesse corresponder a essa fórmula; o que demonstraria, por si só, a intenção dos compiladores justinianeus de estabelecer os seus limites – cf. *Corso di diritto romano cit.* (nt. 46 supra), p. 48.

²⁶⁹ A questão da nomenclatura parece ter importância para C. LONGO que, aliás, afastou a possibilidade de que *Ant.*, C. 4, 54, 1 (de 216 d.C.) e *Alex. Sev.*, C. 4, 54, 3 pudessem tratar da *lex commissoria* justamente por a ela não fazerem menção expressa. Para o autor o que tem-se ali são pactos de análogos efeitos onde, embora também se tenha resultados semelhantes àqueles atingidos pela *lex commissoria* quanto à restituição, caso fossem, de fato, casos de *lex commissoria*, seriam expressamente indicados pelo texto, como ocorre em *Alex. Sev.*, C. 4, 54, 4 – cf. p. C. LONGO, *Corso di diritto romano cit.* (nt. 46 supra), p. 48. Contra, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita cit.* (nt. 105 supra), p. 432.

Esses argumentos de C. LONGO logo foram afastados pela *communis opinio*²⁷⁰, que entendeu não se poder falar em rigidez da fórmula, pois, em resumo, (a) não trazem as fontes qualquer evidência de que restasse prejudicada a eficácia do negócio no caso de não observância da construção pompeiana; (b) a fixação de uma fórmula pré-concebida e de observância obrigatória seria contraditória ao reconhecimento, já no direito clássico, de significativa liberdade formal na conclusão dos contratos²⁷¹.

Não se discute, porém, que, não obstante tenha sido excluída à matéria a possibilidade de que uma fórmula fixa lhe fosse aplicada, representa a construção pompeiana um importante vetor de auxílio na compreensão do instituto na venda. Inevitavelmente, portanto, coloca-se a questão de saber até que ponto seria possível estabelecer uma analogia no que diz respeito ao regime de garantias.

Para tanto, importa salientar que é a *lex commissoria* em matéria de garantias entendida como uma modalidade de pacto adjeto com eficácia real, pelo qual condiciona-se a definitiva transferência da coisa dada em garantia à hipótese de inadimplemento da obrigação principal,

Com base nessa definição, é possível, desde já, identificar dois importantes elementos também presentes na primeira parte da construção pompeiana, “*si ad diem pecunia soluta non sit...*”: (a) o termo para a conclusão da obrigação principal (“*...ad diem...*”, obviamente aqui entendido como *certum*²⁷²)

²⁷⁰ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 402; M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all’asta nel mondo classico*, in *Atti della accademia nazionale dei Lincei*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1955, p. 219; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 85; R. HENLE, *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage*, in *Festschrift Koschaker II*, Weimar, Böhlau, 1939, pp. 171 e ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln, Böhlau, 1973, pp. 8-9; A. BECHMAN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I* (Geschichte des Kaufs im römischen Recht), Erlangen, Deichert, 1876 a 1908, p. 520; F. EISELE, *Beiträge* cit. (nt. 243 supra), p. 137. Contra, F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 64; P. BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 246 supra), p. 391; G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 337; H. SIEG, *Quellenkritische Studien* cit. (nt. 266 supra), p. 33.

²⁷¹ Cf., entre outros, F. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit. (nt. 270 supra), p. 10; B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 78.

²⁷² Cf., nesse sentido, V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 8.

e (b) o inadimplemento pelo devedor como evento determinante ao verificar-se do negócio condicional (“...*pecunia soluta non sit...*”).

Também quanto à segunda parte trazida por Pompônio, “*ut fundus inemptus sit*”, é possível traçar um denominador comum, considerando que, tanto na venda, quanto nas garantias, a *lex commissoria* vincula-se a um negócio que se resolverá sob condição²⁷³.

O verificar-se do evento “inadimplemento”²⁷⁴, portanto, produz duas análogas consequências: enquanto na *lex commissoria* da venda são resolvidos os efeitos bilaterais do negócio, nas garantias, tem-se a definitiva extinção da obrigação unilateral de restituir a coisa pelo credor frustrado²⁷⁵.

Neste último caso, vale salientar, sendo o pacto estipulado a favor do credor, a ele cabe a faculdade de escolher entre ficar com a coisa ou manter a pretensão da obrigação principal²⁷⁶. No entanto, tendo uma vez decidido por qualquer delas, o exercício da outra restaria prejudicado.

De qualquer modo, certo é que, no caso das garantias reais, as poucas fontes diretas, inclusive as que determinam a proibição do instituto²⁷⁷, limitam-se a aplicar o termo *lex commissoria* sem que, no entanto, seja apresentada qualquer definição do instituto. Para V. LOJACONO, isso se justificaria pelo fato de o emprego do verbo *committere*, contraposto a *lex*²⁷⁸, já implicar, por si só, uma explicação suficientemente clara quanto a seu alcance em sentido.

Todas as observações até agora feitas tornam o estudo do objeto mais simples. Ainda que as fontes relativas à venda costumem falar em *fundus*²⁷⁹, a ausência de uma fórmula fixa a respeito, bem como de fontes que tragam qualquer

²⁷³ Cf. item II.2.2.

²⁷⁴ Por inadimplemento, no caso, entender-se-ia, a não quitação completa do débito – cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 8. No caso em que o faltante pagamento é parcial, não teria o devedor direito à reaver os valores entregues, por extensão àquilo que se entende quanto à venda – cf., Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 3, 4, 1.

²⁷⁵ Cf., nesse sentido, F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 24; A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 225; A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 25.

²⁷⁶ Do mesmo modo, na venda – cf., e.g., *Alex. Sev.*, C. 4, 54, 4 (de 222 d.C.).

²⁷⁷ Cf. C. Th. 3, 2, 1 (de 320 d.C.) e *Const.*, C. 8, 34, 3 (de 326 d.C.).

²⁷⁸ Cf. item II.1.1.

²⁷⁹ Cf., e.g., Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1; Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 18, 3, 2; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 3, 4 pr.; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 3, 4, 3; Scaev. 2 *resp.*, D. 18, 3, 6, 1.

tipo de vedação, torna razoável a interpretação de que o objeto da *lex commissoria* deva ter sempre o mesmo tratamento da garantia a que se vincula²⁸⁰.

2.2. ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO (ESTRUTURA)

2.2.1. ASPECTOS PRELIMINARES: O PROBLEMA DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA NO DIREITO ROMANO

A exemplo da moderna classificação, de um modo geral, também os manuais de direito romano²⁸¹ prevêm a separação do instituto da condição em duas diversas subespécies: suspensiva e resolutiva²⁸². Entretanto, tal divisão²⁸³,

²⁸⁰ Nesse sentido – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 24; A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 521.

²⁸¹ Cf., especialmente, E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano* (1961), reimpr., Roma, La Sapienza, 1993, pp. 153 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 132; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), p. 480; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 11ª ed., Napoli, Jovene, 1997, pp. 423 e ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., Torino, UTET, 1993, pp. 200 e ss. M. KASER, *Das römische Privatrechts* cit. (nt. 119 supra), pp. 252 e ss.; G. PUGLIESE- F. STIZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990; A. D’ORS, *Derecho privado romano*, 8ª ed., Pamplona, Universidade de Navarra, 1991, pp. 342 e ss.

²⁸² Sem maiores problematizações sobre seu conceito, o que não é o objetivo deste trabalho, condição costuma ser entendida como o acontecimento futuro e incerto de que se faz depender a produção ou cessação dos efeitos de um negócio jurídico. Sobre um maior aprofundamento na questão da condição resolutiva no direito romano e suas implicações no contrato de compra e venda – cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), pp. 76 e ss.. O tema é tratado, monograficamente, em algumas obras importantes – cf. G. G. ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, in *ED* 8 (1961), pp. 743 e ss.; *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti II*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 31 e ss.; R. ORESTANO, *Condizione (diritto romano)*, in *NNDI* 3 (1959), pp. 1095 e ss.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982, p. 271 e ss.; C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI* 57 (1991), pp. 335 e ss.; A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 1 e ss.; *Deficienza e adempimento fitizio della condizione mista in diritto classico e in diritto giustiniano*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari*, Padova, CEDAM, 1964, pp. 103 e ss.; M. KASER, *Conditio iuris und conditio tacita*, in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, Vratislaviae, Ossolineum, 1956, pp. 421 e ss.; G. GROSSO, *Contributo allo studio dell’adempimento della condizione*, Torino, Istituto giuridico della R. Università, 1930, pp. 3 e ss.; F. E. VASSALLI, “*Dies vel conditio*”, in *BIDR* 27 (1914), pp. 192 e ss.; A. CALONGE, *Em torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra III*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 143 e ss.; E. BETTI, *La retroattività della “conditio” (“facti” o “iuris”) in diritto giustiniano*,

que leva em conta o momento do início de produção dos efeitos típicos do negócio condicionado, não seria propriamente romana²⁸⁴.

Na verdade, a significativa resistência por parte dos romanos para que se fosse constituída uma relação jurídica cujo prazo de existência fosse pré-determinado²⁸⁵ por muito tempo constitui forte indício de que o termo “*condicio*”²⁸⁶ fosse utilizado nas fontes²⁸⁷ indicando, em regra, apenas a condição suspensiva.

Tal linha de pensamento deriva da corrente sabiniana, que enquadra o negócio de compra e venda a que corresponde a *lex commissoria* como *emptio condicionalis*. Tem-se, neste caso, a mais usual forma de condição contratual

in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano, Hoepli, 1946, pp. 477 e ss. Para a bibliografia completa do tema – cf. . B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 75.

Como se bem sabe, enquanto a condição suspensiva faz depender da realização ou não de um evento futuro e incerto o início da produção dos efeitos típicos do negócio, a condição resolutiva faz depender da realização ou não de um evento futuro e incerto a cessação dos referidos efeitos. A posição adotada pelos manuais aproxima-se, portanto, daquela apresentada no direito atual, onde o sentido dado ao termo “condição” é assaz semelhante – cf C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile III (il contratto)*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2000, pp. 537 e 538.

²⁸³ Essa é apenas uma das muitas possíveis divisões aplicadas ao estudo do tema. As condições poderiam, por exemplo, classificar-se entre potestativas e negativas, conforme demandem ou não mudança no estado das coisas, ou ainda entre potestativas (simples ou meramente potestativas), casuais e mistas, conforme dependam ou não da vontade de uma das partes, da de um terceiro ou do acaso. Ambos os grupos, no entanto, diferentemente do que alega-se quanto às condições suspensivas e resolutivas, foram conhecidos pelos romanos – cf., nesse sentido, a obra clássica de A. SCHEURL, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, Erlangen, 1871, pp. 20 e ss..

²⁸⁴ Como lembra D’ORS, a análise do tema torna-se mais dificultosa sobretudo pelo fato de os romanos, no entanto, nunca terem chegado a elaborar uma construção unitária e abstrata do tema – cf. “*In diem addictio*” (*contribución a la critica de la teoria de las condiciones em derecho romano*), in *AHDE* 16 (1945), p. 203. Nesse sentido, a atividade dos pandectistas alemães do século XIX foi de fundamental importância para a formação da atual noção de “condição”. Sobre este ponto e a visão do instituto durante a Idade Média – cf. D. MAFFEI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto intermedio)*, in *ED* 8 (1961), pp. 759 e ss.

²⁸⁵ Cf., nesse sentido, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, p. 188; A. GUARINO, *Diritto* cit. (nt. 281 supra), p. 426; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), pp. 250-251; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit. (nt. 282 supra), p. 307.

Para V. SCIALOJA, por tal razão, ao menos no período clássico, não haveria também que se falar em propriedade resolúvel – cf. *Teoria della proprietà nel diritto romano II*, Roma, Sampaulesi, 1931, pp. 329 e ss. No mesmo sentido – cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), pp. 78.

²⁸⁶ Este substantivo provavelmente deriva da conjunção de *cum* e *dicere* – cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), p. 249.

²⁸⁷ Para a polissemia do termo nas fontes – cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), pp. 76-77; G. G. Archi, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti II*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 34 a 36; V. Scialoja, *Negozi giuridici* (1933), 5ª reimpr., Roma, Foro Italiano, 1950, p. 96.

(*condicio* em sentido estrito), em que o momento inicial de produção dos efeitos do negócio dependia do evento futuro e incerto.

Paulus *libro quinquagensimo quarto ad edictum*, D. 41, 4, 2, 3:

<p><i>Sabinus, si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, utrum condicio sit hoc, na conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.</i></p>	<p>Sabino diz que se foi comprada <uma coisa>, de modo que se entendesse como não comprada se o dinheiro não fosse pago dentro de um certo dia, não a usucapirá, a não ser que se tenha pago o dinheiro. Porém vejamos se isso é uma condição ou uma convenção: se é uma convenção, de preferência será resolvida do que implementada.</p>
--	--

Dessa passagem de Paulo, que faz menção a Sabino²⁸⁸, chegou-se a entender²⁸⁹ que a compra e venda condicionada adquiria eficácia e, portanto, se aperfeiçoava, mediante o simples verificar-se do evento deduzido sob condição.

A teoria, no entanto, acabou sendo afastada pela *communis opinio*²⁹⁰. Parte desta rejeição deriva de uma construção bastante peculiar, provavelmente introduzida pelo proculeiano Nerácio²⁹¹, em meados do século I d.C, e posteriormente ratificada por Juliano²⁹².

Por meio dela, entendeu-se que ao negócio puro (sem condição) era adicionado um pacto de resolução suspensivamente condicionado, também chamado pacto de resolução sob condição suspensiva, porque, por ele, a resolução do negócio jurídico fica em suspenso até que se verifique se a condição se realizará ou não.

²⁸⁸ No mesmo sentido, também de Paulo – cf. Paul. 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 2, 2.

²⁸⁹ Cf. F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit. (nt. 270 supra), p. 115; F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 24.

²⁹⁰ Cf., especialmente, F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit. (nt. 270 supra), p. 115; G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 349; F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), pp. 24-25; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), pp. 262-263; C. LONGO, *Sulla “in diem addictio”* cit. (nt. 262 supra), p. 48; . ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), pp. 418 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), pp. 251-252.

²⁹¹ Cf. Ner. 5 *membr.*, D. 18, 3, 5.

²⁹² Cf., entre outros, A. D’Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 195.

Neste caso, o verificar-se do evento deduzido em condição, ou seja, o faltante pagamento do preço da venda, adquiriria mais diretamente caráter sancionatório²⁹³, porque a venda se resolvia como se não houvesse mais sido celebrada.

2.2.2. ESTRUTURA DA *LEX COMMISSORIA* NA VENDA²⁹⁴

Em sua origem, foi a *lex commissoria* estruturada como condição suspensiva, à luz daquele que teria sido o único sentido atribuído pelos romanos ao termo *condicio* em período mais antigo²⁹⁵. Alguns fragmentos já do período clássico²⁹⁶, no entanto, induzem a entendimento diverso, indicando uma substancial mudança no tratamento do instituto.

A posição dominante hodiernamente²⁹⁷ é de que três foram os períodos de evolução da *lex commissoria* em matéria de venda: (a) primeiramente, como condição suspensiva; (b) como condição resolutiva através do chamado pacto de resolução (*pactum adiectum*²⁹⁸) suspensivamente condicionado, a partir de Nerácio; (c) por último, já no direito justinianeu, ter-se-ia admitido que a estrutura da cláusula dependesse das partes contratantes²⁹⁹.

²⁹³ Cf. F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit. (nt. 270 supra), p. 115.

²⁹⁴ Neste capítulo, contrariamente à regra geral que dita o presente trabalho, faz-se referência à *lex commissoria* na venda, ainda que se fale simplesmente de *lex commissoria*.

²⁹⁵ Cf. A. D'Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 195; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 405.

²⁹⁶ Cf., especialmente, Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1; Paul. 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 2, 4; Ner. 5 *memb.*, D. 18, 3, 5; Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 3; Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 2, 2 pr.

²⁹⁷ Cf., entre outros, . D'Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 40.

²⁹⁸ Cf. F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 22.

²⁹⁹ No mesmo sentido, mas em relação à *in diem addictio* – cf. R. HENLE, *Die rechtliche Natur* cit. (nt. 270 supra), p. 234.

Congruentemente, teria que considerar interpolados aqueles textos de Ulpiano de onde tal *quaestio voluntatis* parece admitir-se – cf. . D'Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 40. No mesmo sentido – cf. F. SENN, *L'in diem addictio*, in *NRH* 37 (1913), pp. 275 e ss.. O autor, no entanto, concebe o instituto, em sua primeira fase, como uma *lex rei suae dicta* que o vendedor impõe ao comprador. Esta ideia não é de todo negada pela generalidade dos autores que, no entanto, adotam uma visão mais homogênea ao conceber que a antiga *lex dicta* que F. SENN estendia até Juliano teria se transformado muito rapidamente em uma condição suspensiva – cf. F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra) , p. 26; H. SIEG, *Quellenkritische Studien* cit. (nt.

Bastante polêmico, apesar de sequer trazer a definição do instituto, não à toa o fragmento de Ulpiano reproduzido em Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1 ocupa posição de destaque no correspondente título. Ele costuma ser amplamente citado pela doutrina³⁰⁰ ao posicionar-se sobre a estrutura da *lex commissoria*, que, em resumo, é entendida:

a) Como condição suspensiva, por ser esta a única conhecida pelo direito romano³⁰¹

b) Como condição resolutiva pura e simples³⁰².

c) Por vezes como condição suspensiva, por vezes como condição resolutiva – sendo esta última a regra³⁰³.

d) Como pacto de resolução suspensivamente condicionado adicionado ao negócio puro (sem condição)³⁰⁴.

Apesar das inúmeras possibilidades de análise, o problema a ser enfrentado é relativamente mais simples: indaga-se se a construção trazida pelas fontes entendia a *lex commissoria* como um negócio jurídico condicional ou se, na verdade, eram dois os negócios jurídicos a ela correspondentes, dos quais um seria condicional e outro não³⁰⁵.

Como ponto de partida, pela leitura do mencionado fragmento, tem-se que:

266 supra), p. 78; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 35; G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 325.

³⁰⁰ Os principais trabalhos que tratam do tema (ainda que incidentalmente) são: F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra); E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra); G. G. ARCHI, *Condizione* cit. (nt. 282 supra), p. 325; A. D'Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 195; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 138; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), pp. 251-252; G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 337.

³⁰¹ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra), p. 552; R. MONNIER, *Manuel élémentaire* cit. (nt. 54 supra), p. 216.

³⁰² Cf. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts I e II*, 1900, trad. it. de C. Fadda e P. E. Bensa, *Diritto delle Pandette I* (1902) e *II* (1904), reimpr., Torino, UTET, 1925, pp. 346-347.

³⁰³ Cf. G. ACUTIS, *De lege commissoria*, Torino, Subalpina, 1901, p. 07.

³⁰⁴ Cf., especialmente, M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), pp. 250-251. Para o autor, já no período clássico se revela embrionalmente algumas distinções posteriormente desenvolvidas pela doutrina medieval e moderna. No mesmo sentido – cf. G. G. ARCHI, *Il negozio* cit. (nt. 282 supra), pp. 35 e 36. Contra, R. ORESTANO, para o qual apenas no período justiniano é que foi inserida a cláusula resolutiva diretamente no negócio principal – cf. *Condizione* cit. (nt. 282 supra), p. 1096. Sobre a visão do instituto na Idade Moderna – cf. M. MAFFEI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto intermedio)*, in *ED* 8 (1961), pp. 759 e ss.

³⁰⁵ Sobre a questão – cf. V. SCIALOJA *Negozi* cit. (nt. 287 supra), p. 101.

Ulpiano *libro vincensimo octavo ad Sabinum*, D. 18, 3, 1:

<i>Si fundus</i> ³⁰⁶ <i>commissoria lege venierit,</i> <i>magis est</i> ³⁰⁷ , <i>ut sub condicione resolvi</i> ³⁰⁸ <i>emptio quam sub condicione contrahi</i> <i>videatur.</i>	Se um terreno foi vendido com <i>lex commissoria</i> , é mais correto <entender> que a compra se resolva sob condição ao invés <de se considerar> que <essa compra> tenha sido celebrada sob condição.
--	--

No fragmento, diz Ulpiano que, tendo um terreno sido vendido com *lex commissoria* (“*Si fundus commissoria lege venierit...*”), deve-se entender que essa compra e venda se desfça sob condição (“*...ut sub condicione resolvi emptio...*”) e não que se contraia sob condição (“*...quam sub condicione contrahi videatur*”). O texto, portanto, condiciona a irradiação dos efeitos do negócio ao momento de sua conclusão.

É de se notar a utilização do verbo *contrahere*³⁰⁹, em contraposição à bastante polêmica expressão “*sub condicione resolvi*”, também trazida em dois outros importantes fragmentos extraídos da mesma obra do jurisconsulto³¹⁰: Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 1, 3, que cuida do *pactum displicentiae*, e Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 2, 2 pr., sobre a *in diem addictio*³¹¹.

³⁰⁶ Cf. item II.2.3.

³⁰⁷ Para A. SACCHI, com a construção “*magis est*” não é possível afirmar qualquer presunção em caso de dúvida sobre a intenção das partes – cf. *Sul patto commissorio* cit. (nt. 90 supra), p. 11.

³⁰⁸ Sobre o termo – cf. P. CERAMI, *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.* 40, Milano, 1989, pp. 1277 e ss.; R. SANTORO, *Su D. 46, 3, 80 (Pom. 4 ‘ad Quintum Mucium’)*, Estratto dagli Annali del Seminario Giuridico dell’Università degli Studi di Palermo (AUPA), v. LV, Torino, Giappichelli, 2012.

³⁰⁹ Sobre o alcance de *contrahere* – cf. P. BONFANTE, *Corso* cit. (nt. 246 supra), p. 34; ; Id., *Sulla genesi e l’evoluzione del ‘contractus’*, in *RIL.* 40 (1907), Torino, 1921, pp. 107 e ss.; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria ‘contrahere’ in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR.* 28 (1915), pp. 3 e ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 1963, pp. 29 e ss.; G. GROSSO, *‘Contratto (diritto romano)’*, in *ED.* 9 (1961), pp. 750 e ss.; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio (corso di lezioni)*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 195 e ss.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere – contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, Liguori, pp. 125 e ss.; R. FIORI, *‘Contrahere’ e ‘solvere obligationem’ in Q. Mucio Scevola*, pp. 1956 e ss.

³¹⁰ D’ORS acentua a incorreção de O. LENEL (Ulp. *Pal.* 2707 a 2711), que intercala os fragmentos sobre a *lex commissoria*, o *pactum displicentiae* e a *in diem addictio*, ao invés de distribuí-los de forma sucessiva – *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 251.

³¹¹ De fato, a forma verbal se repete nos já mencionados fragmentos Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 3 (“*Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione*

Esses dois últimos fragmentos, aliás, têm um ponto em comum que não se verifica quanto à *lex commissoria*: neles são trazidas hipóteses em que uma compra – expressamente definida como pura – se resolve sob condição (“*pura emptio, quam sub condicione resolvitur*”). Ou seja, cuidam de uma *pura emptio*³¹² à qual se acrescia um pacto de resolução suspensivamente condicionado³¹³.

distractam, sed resolvi emptionem sub condicione” = Se uma coisa foi vendida com o pacto que, se não agradasse, se devesse considerar não comprada, é certo que a coisa não é vendida sob condição, mas que a compra e venda se resolve após o verificar-se da condição), e Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 2, 2 pr. (“*Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, na vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur 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 melhor 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”).

Ao analisar o fragmento Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 2, 2 pr., B.B. QUEIROZ DE MORAES, a quem creditamos esta última tradução, elucida, com base na opinião manifestada pela doutrina tradicional, que nos fragmentos se contrapõem as hipóteses de uma “*emptio condicionalis*”, onde a eficácia do negócio dependia do evento futuro e incerto, a uma “*emptio pura*”, à qual se acrescia um pacto de resolução suspensivamente condicionado. Em ambas as hipóteses, porém, segundo o autor, os efeitos seriam os mesmos de uma condição resolutiva- cf. *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), pp. 78-79. No mesmo sentido – cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), p. 480.

Sobre o tema, cf. G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 1963, pp. 29 e ss.; B. Biondi, *Contratto e stipulatio (corso di lezioni)*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 195 e ss.; G. MELILLO, *Contrahere* cit. (nt. 309 supra), pp. 125 e ss. Para uma visão sistemática dos três fragmentos – cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), pp. 411 e ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit. (nt. 270 supra), pp. 100 e ss.; B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), pp. 76 e ss.

R. HENLE, contudo, discute o método equivocado de se estudar, conjuntamente, as figuras da *lex commissoria*, da *in diem addictio* e do *pactum displicentiae*, que não seriam de todo análogas. O autor as diferencia do seguinte modo: a *lex commissoria*, que não se referia aos efeitos do contrato, mas a seu incumprimento, seria um “*Bebenabrede mit Verfall-Klausel*”; o *pactum displicentiae* seria um “*Rücktrittsvorbehalt*”, a *in diem addictio*, uma “*gemischt-potestative Bedingung*” – cf. *Die rechtliche Natur* cit. (nt. 270 supra), p. 234.

³¹² Além de Ulpiano, o único jurista que emprega a expressão *emptio pura* é Marcelo – cf. referência feita pelo próprio Ulpiano em Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 2, 4, 3.

³¹³ Cf., nesse sentido, B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 79.

No entanto, essa construção, que provavelmente remete ao final do período clássico³¹⁴, acaba por ter uma importância muito mais terminológica do que efetivamente prática³¹⁵. Isso porque, quanto aos seus efeitos, não há no que diferenciá-la de uma condição resolutiva propriamente dita.

Acredita-se³¹⁶ que as semelhanças dessa nova estrutura, em que são previstos dois negócios (um condicional e outro não condicional), com aquela da condição suspensiva, da qual certamente derivou³¹⁷, tenham sido a razão pela qual o termo *condicio* passou a ser utilizado para tratar de ambas as situações, indistintamente – a ponto, inclusive, de ter também sido empregada como sinônimo de *pactum adiectum* ou *lex dicta*³¹⁸.

Por isso, o fato de nos fragmentos relativos ao *pactum displicentiae* e à *in diem addictio* ter sido utilizada a expressão “*pura emptio*” não deslegitima a hipótese de que, também nesses casos, o negócio fosse condicionado.

É o que ocorre igualmente no caso da *lex commissoria*, na qual, contudo, chegou-se a entender³¹⁹ que a condição se referiria à própria venda, por não haver em Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1 qualquer indicação de que a condição se refira a um pacto acessório.

³¹⁴ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), pp. 418 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), pp. 251-252; B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 78.

³¹⁵ Cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), p. 252; B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 78. Contra, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit. (nt. 282 supra), p. 327.

³¹⁶ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 405.

³¹⁷ Especialmente nas obrigações das quais derivavam *actiones bonae fidei* – cf. M. KASER, *Das römische Privatrecht I* cit. (nt. 117 supra), p. 257.

³¹⁸ Cf. G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 34. O conceito técnico, porém, continuou sendo reservado à condição suspensiva – cf. G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 35.

³¹⁹ Cf., nesse sentido, B. B. QUEIROZ DE MORAES, que fundamenta sua opinião em Bas. 19, 3, 1, onde também não se encontraria qualquer indicação de que a condição tenha sido constituída por intermédio de um *pactum* – cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 80. O texto das *Basílicas*, presente apenas na edição G. E. Heimbach – K. W. E. Heimbach, *Basilicorum* II, p. 273, onde também se encontra sua tradução para o latim, é o seguinte:

Καὶ ποῖα πρᾶσις ὑπὸ αἴρεσιν ἀναλύεται, ἢ ὑπὸ αἴρεσιν συνίσταται		“Et quatenam venditio sub conditione resolvatur, vel sub conditione contrahatur”.
--	--	--

O texto, como se percebe, é baseado em Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1 e traz a o equivalente grego de *condicio* (αἴρεσιν).

Na verdade, a leitura do fragmento traz justamente o sentido oposto: é a presença da *lex commissoria* na venda que faz com que ela se resolva sob condição. Logo, a exemplo do que ocorre com os análogos pactos também em matéria de venda, estar-se-ia diante de uma hipótese em que o negócio puro tem seus efeitos condicionados a um *pactum*.

Semelhante construção, aliás, foi utilizada em um fragmento de Paulo que trata da *in diem addictio*. Ali, novamente se contrapõe o verbo *contrahere* à expressão “*sub condicione resolvi*”, sem que se faça qualquer menção a uma eventual *emptio pura*:

Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum, D. 41, 4, 2, 4:

<i>Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.</i>	Se foi feita a <i>in diem addictio</i> , isto é, a não ser que alguém tenha oferecido uma melhor condição, Juliano julgava que a compra era perfeita, que os frutos aproveitavam ao comprador e que se contava o <prazo do> usucapião. Para outros <juristas>, que também era contratada sob condição. <Ele> dizia que ela não era celebrada <sob condição>, mas sim que se desfazia <sob condição>. E esta opinião é a correta ³²⁰ .
--	--

O fragmento é essencial para a análise da posição de Paulo diante da concepção de Juliano quanto à construção da condição resolutiva. Nele, o jurisconsulto afirma que, contraído o negócio com *in diem addictio* (“...*in diem addictio facta...*”), a venda já produziria todos os seus efeitos típicos (“...*perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere...*”), caso não tenha sido oferecida uma condição mais interessante ao vendedor (“...*id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit...*”)³²¹.

³²⁰ Traduzido por B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 81.

³²¹ Sobre a concepção do adjetivo *perfectus* nas fontes – cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 81, que lembra que, no fragmento em questão, *perfecta* não é sinônimo de *pura*, ou seja, incondicionada sujeita a um pacto resolutivo expresso

É curioso como, ao fim do texto, Paulo contrapõe a opinião de Juliano (“...*iulianus putabat...*”), com a qual diz concordar (“...*vera est ...*”), à de outros juristas (“...*alii...*”), que, contrariamente, entendiam a venda como tendo sido celebrada sob condição (“...*sub condicione esse contractam...*”).

Com isso, entende-se³²² que Juliano tivesse concebido uma condição resolutiva propriamente dita. Dada a semelhança de construção com o mencionado fragmento, cuja principal terminologia sobre o tema é praticamente a mesma de Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 3, 1, nada obstará que o mesmo entendimento pudesse ser estendido à *lex commissoria*.

Antes de Juliano, porém, já Pompônio parecia³²³ atribuir a estrutura da condição resolutiva à *lex commissoria*. Na parte inicial de Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 18, 3, 2³²⁴ se lê: “*Cum venditor fundi in lege ita caverit: 'si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit'*” (=“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'”).

O jurista estabelece que, por meio da *lex commissoria*, os efeitos da venda se resolverão em caso de inadimplemento, se assim quiser o vendedor. É possível ver claramente que, em Pompônio, a condição se dá através de uma *lex dicta* – entendimento que apenas corrobora o pensamento atribuído a Juliano (ainda que a ele tenha sido anterior) sobre a previsão, já em período clássico, do pacto de resolução sob condição suspensiva.

É essa a ideia, aliás, presente no fragmento de Nerácio sobre o tema:

suspensivamente condicionado. Contra – cf. C. LONGO, *Sulla “in diem addictio”* cit. (nt. 262 supra), p. 43.

³²² Cf. E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), pp. 119-120; B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 82.

³²³ Cf., nesse sentido, R. ZIMMERMAN, *The law of obligations – roman foundations of the civilian tradition*, London, Oxford University, 1996, p. 738; M. TALAMANCA, *Recensão* a F. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, in *IURA*, 24 (1973), p. 393.

³²⁴ Reproduzido acima – cf. item II.2.3.

Neratius *libro quinto membranarum*, D. 18, 3, 5:

<i>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.</i>	Vendido um terreno com uma <i>lex dicta</i> ³²⁵ <sob a condição de> que, se dentro de certo tempo não se tenha pagado o preço, se considerará não comprada a coisa, com relação aos 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, entendia Aristão, que ao vendedor se deve dar uma ação em relação a eles <, os frutos,> contra o comprador, porque não deve ficar em seu poder nada por força da coisa em relação a qual tivesse faltado boa-fé.
---	---

No mesmo sentido apresentado por Pompônio, o fragmento de Nerácio, em sua parte inicial, traz a hipótese de que seja tido por não comprado (“...*res inempta sit*...”) o terreno vendido com a *lex commissoria* (“*Lege fundo vendito dicta*...”), em caso de inadimplemento (“...*si intra certum tempus pretium solutum non sit*...”).

Também aqui se admitiria, antes de Pompônio e de Juliano, que à venda fosse acrescentado um pacto de resolução suspensivamente condicionado³²⁶. Logo, a importância do fragmento de Nerácio também é de ter se apresentado como pioneiro ao demonstrar que, desde o século I d.C., era conhecida a construção da compra e venda como *pura*, mas sujeita ao mencionado pacto resolutivo suspensivamente condicionado.

³²⁵ “*Pacto expresado*” – cf. I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho* cit. (nt. 40 supra), p. 912.

³²⁶ Cf. F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), pp. 24-25, E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 121; F. SENN, *L’in diem addictio* cit. (nt. 299 supra), p. 294, H. Sieg, *Quellenkritische Studien* cit. (nt. 266 supra), p. 11; G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 349; C. LONGO, *Sulla “in diem addictio”* cit. (nt. 262 supra), p. 48; . ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), pp. 418 e ss.

No século seguinte, Juliano passou a estender os mesmos efeitos ao *pactum displicentiae* e à *in diem addictio*, fazendo com que muitos jurisconsultos se afastassem da posição sabiniana³²⁷. A adesão foi tamanha que C. LONGO³²⁸, exageradamente, chegou a afirmar que a posição de Juliano foi adotada por toda a jurisprudência.

De qualquer modo, a divergência entre os jurisconsultos romanos quanto à construção da *lex commissoria* não deixa de se refletir em seus efeitos.

Estruturada como condição resolutiva, o comprador se torna desde logo proprietário, produzindo o negócio seus efeitos típicos. O liame entre as partes, no entanto, sujeita-se a um evento futuro e incerto (no caso, o adimplemento da obrigação), em função do qual o negócio pode ser desfeito.

Assim, o comprador, sob condição suspensiva, se entrava na posse da coisa, não poderia se valer do *tempus ad usucapionem* para dela se tornar proprietário, não percebia os frutos e não suportava os riscos.

Por outro lado, o mesmo comprador, sob condição resolutiva, começaria a usucapir *pro emptore*, fazia seus os frutos e, em virtude da regra do *periculum rei venditae*, poderia ser tido a pagar o preço no caso de perecimento da coisa.

No entanto, inversamente, ter-se-ia uma situação bastante desfavorável ao vendedor, caso, *e.g.*, desfeito o negócio por inadimplemento do comprador, ficasse ele desprovido da restituição frutos percebidos *pendente condicione*. Daí ter-se admitido, já no século III d.C., a retroatividade da condição resolutiva, a fim de que pudessem ser reequilibradas as posições das partes³²⁹.

³²⁷ É o que ocorre, *e.g.*, com Paulo – cf., especialmente, Paul. 54 *ad ed.*, D. 41, 4, 2, 4. Contra, A. D'Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 236.

³²⁸ Contra, entre outros, E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 262; A. D'Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 236.

³²⁹ Cf. G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), pp. 15 e ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), pp. 414 e ss.

Quanto à condição suspensiva, de uma forma geral, sustenta-se que seu implemento não produzia efeitos retroativos no período clássico (em especial nos negócios condicionados que implicavam na transferência da propriedade), enquanto o direito justinianeu teria aceitado a retroatividade como regra geral – cf., especialmente, A. CALONGE, *En torno al problema* cit. (nt. 282 supra), pp. 143 e ss.; E. BETTI, *La retroattività* cit. (nt. 282 supra), pp. 477 e ss.; R. ORESTANO, *Condizione* (nt. 282 supra), pp. 1095 e ss. Contra – cf. A. MASI, *Studi sulla condizione* cit. (nt. 282 supra), p. 158.

De modo geral, nos casos em que a condição resolutiva é aposta ao ato translativo de propriedade ou de direito real sobre coisa alheia, discute-se se, realizada a condição, o alienante recupera *ipso iure* o domínio, podendo reclamá-lo do adquirente ou de terceiro mediante *reivindicatio* (e a resolução, nesse caso, se diz *real*)³³⁰, ou, ao contrário, apenas passa a ter o direito pessoal de exigir do adquirente – e só dele – a devolução da coisa (*resolução obrigatória*)³³¹.

A opinião dominante³³² é no sentido de que, no direito anterior a Justiniano, ocorria a *resolução obrigatória*, embora não negue que, em limites bastante estreitos, pudesse admitir a resolução real, por sua vez, largamente aplicada no direito justinianeu.

Reforçam de maneira irrefutável esse entendimento dois fragmentos – um do período clássico e outro, do pós-clássico – que tratam de modo oposto a questão, referindo-se, inclusive, a uma mesma constituição imperial. São eles F.V. 283 e *Diocl. et Max.*, C. 8, 54, 2 (de 286 d.C.).

Em F.V. 283, tem-se que, entregue em doação a propriedade de *praedia stipendiariorum* sob a condição de que retornasse ao patrimônio do doador após o evento da morte do donatário, não poderia o negócio considerar-se válido.

Retratando a provável posição de grande parte dos juristas clássicos³³³, isso se justificaria pelo fato de uma propriedade não poder ser transferida *ad tempus* (“*Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit*”).

Em *Diocl. et Max.*, C. 8, 54, 2 (de 286 d.C.), por outro lado, a mesma constituição é interpretada no sentido de validar a hipótese supramencionada, com a manutenção da cláusula, de modo que o negócio possa sujeitar-se a um prazo

³³⁰ Neste caso, há aquilo que tecnicamente se chama de propriedade resolúvel – cf. P. BONFANTE, *Corso cit.* (nt. 246 supra), pp. 374-376; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten cit.* (nt. 369 supra), pp. 226 e ss.; V. SCIALOJA *Negozi cit.* (nt. 287 supra), pp. 176-177.

³³¹ Nesse sentido, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano cit.* (nt. 232 supra), p. 171.

³³² A propósito, v. V. SCIALOJA *Negozi cit.* (nt. 287 supra), pp. 176 e ss.

³³³ Cf. F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte cit.* (nt. 270 supra), p. 115; F. WIEACKER, *Lex commissoria cit.* (nt. 266 supra), p. 48.

certo ou incerto (“...*donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda*”).

Como as duas passagens, evidentemente contraditórias³³⁴, refletiriam a mesma constituição imperial, pode-se inferir, com absoluta segurança, que a segunda tenha sido interpolada³³⁵. Enquanto na primeira é enfatizado o caráter perpétuo da propriedade, na segunda, este é mitigado, com a admissão da propriedade resolúvel.

A nova posição de direito justinianeus é trazida, inclusivem, em dois fragmentos especificamente direcionados à *lex commissoria*. São eles:

a) Scaev. 7 *dig.*, D. 18, 3, 8: Cévola relata 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 (“*Mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae...*”). No caso de não pagamento, o comprador Caio Seio perderia as arras e o negócio considerar-se-ia como não celebrado (“...*quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arram perderet et inemptae villae essent...*”). No termo acordado, porém, o pagamento não consegue ser efetuado exclusivamente em razão da ausência da vendedora (“...*die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem...*”). Apesar de o inadimplemento ter se verificado por motivo que não lhe pudesse ser imputado, o comprador foi citado no dia seguinte para que sofresse as consequências do não pagamento (“...*posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. ...*”). O jurista coloca a questão de ser ou não possível uma *rei vindicatio* por parte da vendedora (“...*Quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris...*”) e responde, por fim, que não poderia o comprador sofrer os efeitos da *lex commissoria*

³³⁴ Sobre elas – cf. A. MASI, *Studi sulla condizione* cit. (nt. 282 supra), p. 147..

³³⁵ Cf. F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), pp. 66 e ss. No mesmo sentido - cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 104.

(“...Respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem”).

Ao analisar o fragmento, E. BETTI³³⁶ entende que, a propósito dos efeitos retroativos a que se vinculava o negócio, ter-se-ia uma resolução real, tendo sido mencionada a *vindicatio* a propósito da coisa já transferida – resolutivamente – à propriedade alheia.

Ainda que a medida não seja possível, por ter o inadimplemento ocorrido por força de um fato imputado exclusivamente à vendedora, é interessante a evidente adoção do pensamento justinianeu ali trazida.

b) *Alex. Sev.*, C. 4, 54, 4 (de 222 d.C.): Não se pode utilizar a *lex commissoria* (“*Commissoriae venditionis legem exercere non potest...*”) se, 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...*”).

No fragmento, portanto, afirma-se que não pode se arrepender o vendedor que, podendo ser beneficiado pelos efeitos da *lex commissoria* na resolução do negócio, preferiu não fazê-lo. Uma vez mais, verificada o evento negativo do faltante pagamento, teria o vendedor a seu dispor uma ação real (*rei vindicatio*) para recuperar o domínio da coisa vendida. Também este mecanismo é acorde à concepção justinianéia, com o agir retroativo da condição e a consequente extinção automática do domínio do adquirente³³⁷.

Por fim, como mencionado alhures, também a titularidade dos frutos percebidos sofre influencias pela forma como a *lex commissoria* é construída³³⁸.

Concebido o instituto como condição suspensiva, os frutos percebidos *pendente condicione* não podem, em princípio, pertencer ao comprador, que ainda não é proprietário da coisa. Inversamente, sendo concebido como condição resolutiva, os frutos são normalmente atribuídos ao comprador, exceto se

³³⁶ *La retroattività* cit. (nt. 282 supra), pp. 498-499.

³³⁷ No mesmo sentido – cf. *Ant.*, C. 4, 54, 1 (de 216 d.C.).

³³⁸ Cf. A. CALONGE, *En torno al problema* cit. (nt. 282 supra), p. 145.

resolvido o negócio por força do inadimplemento, dada a retroatividade dos efeitos da condição³³⁹.

É o que se verifica no mencionado Ner. 5 *memb.*, D. 18, 3, 5³⁴⁰, em que Nerácio entende ser direito do comprador perceber os frutos, a menos que desfeito o negócio pelo não verificar-se do evento. Neste caso, os frutos deveriam ser restituídos por força do princípio da boa-fé.

Essa regra que determina a restituição dos frutos, no entanto, não é justinianéia. Já em F.V. 14, que, também cuida da *lex commissoria*, é expressamente previsto que os frutos percebidos antes do desfazimento da venda devam ser devolvidos na ação de venda (“*lege venditionis inempt praedio facto fructus interea perceptos iudicio venditi restitui placuit...*”)³⁴¹.

2.2.3. CONCLUSÕES EXTENSÍVEIS À *LEX COMMISSORIA PIGNORIBUS*

Em que se considerem as peculiaridades da *lex commissoria* em matéria de venda³⁴² 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

³³⁹ Nesse sentido – cf F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), pp. 66 e ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte* cit. (nt. 270 supra), p. 232. Nada obstaría, no entanto, que soluções diversas fossem adotadas, inclusive pela mera vontade das partes – cf. E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 262.

³⁴⁰ A tradução completa é apresentada acima, neste mesmo item.

³⁴¹ No mesmo sentido, quanto à *in diem addictio*, Ulp. 32 *ad ed.*, D. 18, 2, 16. Para uma análise mais detalhada do fragmento – cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), pp. 113-114.

³⁴² Sobre a *lex commissoria* na venda – cf., especialmente, F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 62, E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 260.

que diz respeito à eficácia do negócio 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 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 acordado³⁴³.

Como visto no presente capítulo, a partir do século II, com Juliano³⁴⁴, passou-se a entender a cláusula comissória anexa à compra e venda como pacto de resolução condicionado adjeto à conclusão de um contrato incondicionado (puro).

Essa ideia se contraporia à construção jurisprudencial mais antiga, para a qual a *lex commissoria* se apresenta sob forma de condicionamento suspensivo – até então a única conhecida pelo sistema romano – da eficácia da compra e venda. Em ambos os casos, no entanto, a condição resulta constituída pelo pagamento do preço, por parte do comprador, dentro de um dia determinado³⁴⁵.

Não é difícil deduzir a razão de seu emprego³⁴⁶: superado o estado da primitiva venda real, com a separação entre o negócio com eficácia obrigatória e seu sucessivo adimplemento, é natural que se tivesse sentido a necessidade de tutelar o vendedor de uma eventual insolvência do comprador.

Não é possível, contudo, dizer se, em um estado intermediário anterior ao surgimento do contrato consensual de compra e venda³⁴⁷, tenha a *lex*

³⁴³ Com acostamento um pouco empírico N. LEONHARD fala de uma diversidade de objeto do prazo determinada pelo pacto comissorio: na venda se teria “*Verfall des Geschäftes*”, nas garantias, “*Verfall des Pfands*” - cf. *Commissoria lex*, in *Pauly-Wissowa R.E.*, 4, 1 (1900), c. 769.

³⁴⁴ Antes, porém, já Nerácio e Pompônio traziam soluções semelhantes – cf. *Ner. 5 memb.*, D. 18, 3, 5, *Pomp. 35 ad Sab.*, D. 18, 3, 2.

³⁴⁵ Por isso, B. B. QUEIROZ DE MORAES, ao tratar da *in diem addictio* ter entendido que, na verdade, conceber o instituto sob a forma de condicionamento suspensivo ou como pacto de resolução condicionado ajeto a um contrato incondicionado, nenhum efeito prático teria – cf. *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 79. O mesmo entendimento, aliás, pode ser estendido à *lex commissoria*.

³⁴⁶ Cf., nesse sentido, A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 14.

³⁴⁷ Em geral, sobre as fases de desenvolvimento da primitiva venda romana – cf. U. VON LÜBTOW, *Studien zum altrömischen Kaufrecht II*, in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, 1939, pp. 129 e ss.

commissoria podido cumprir tal função ao condicionar, em qualidade de *lex dicta*³⁴⁸, unicamente a obrigação do vendedor à própria prestação. Isso porque, comportando-se como reflexo do *bonae fidei iudicium*, como pacto fundado sobre o comum consenso das partes, seus efeitos eram irradiados à inteira eficácia do contrato³⁴⁹.

Já a valoração da *lex commissoria* em matéria de garantia como pacto ao qual é condicionada a definitiva extinção da obrigação, com o faltante pagamento por parte do devedor, não se deduz de forma tão imediata quanto ocorre com a venda. Afinal, ao menos em seus primórdios na *fiducia cum creditore*, esse efeito pareceria já estar compreendido na própria estrutura do negócio fiduciário, com a transferência resolúvel da propriedade³⁵⁰.

De qualquer modo, ao confrontar a construção da *lex commissoria* em matéria de garantia com a da primitiva *lex commissoria* em matéria de venda, não seria absurdo concluir que também possa a mais antiga *lex commissoria* ter representado um condicionamento suspensivo à obrigação de restituir, derivado da alienação *fiduciae causa*³⁵¹.

Analogamente ao regime da venda, em que a condição era constituída pelo pagamento do preço por parte do comprador no termo acordado, nas garantias, a condição corresponderia ao adimplemento do crédito garantido, obviamente, também dentro do termo previamente acordado.

Em outras palavras, a *lex commissoria* traria como consequência a impossibilidade de que o devedor fiduciário pudesse reaver a coisa dada em garantia, se antes do término do prazo não tiver adimplido. Após o término desse prazo, sendo definitiva a inadimplência, cessaria de vez essa possibilidade, com a extinção definitiva do negócio.

³⁴⁸ Sobre a hipotética existência de um estado originário da *lex commissoria* como *lex dicta*, cláusula unilateralmente imposta pelo credor no próprio interesse – cf. F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 43; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 109; G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), pp. 328 e ss.

³⁴⁹ Também se do ponto de vista dogmático resulta pouco compreensível como possa a obrigação do comprador ser condicionada à própria extinção – cf. R. HENLE, *Die rechtliche Natur* cit. (nt. 270 supra), p. 184.

³⁵⁰ Cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 15.

³⁵¹ A. BURDESE levanta como um forte indício desta interpretação o sentido etimológico que se dá ao verbete – cf. “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 14..

Assim, mesmo aparentemente pertencentes a campos tão diversos da prática negocial, ambos os pactos tiveram, ao menos em origem, a característica comum de condicionar suspensivamente “*soluta ad diem pecunia*” os efeitos dos negócios a que eram apostos³⁵².

Caso seja desconsiderada a hipotética existência de um primitivo estágio em que apareceriam em qualidade de *leges* unilateralmente impostas pelo vendedor e pelo fiduciário no próprio e exclusivo interesse³⁵³, a *lex commissoria*, tanto em matéria de venda quando no que diz respeito às garantias, se apresenta como pacto adjeto a negócios de boa-fé.

Inicialmente entendida, então, como mecanismo de condicionamento suspensivo da obrigação fiduciária à restituição, a *lex commissoria* teria sido apta a exaurir o conteúdo do *pactum fiduciae* – caso se entenda que, de fato, o dever de restituir encontre a sua fonte na alienação *fiduciae causa*³⁵⁴ – servindo, ainda, como importante elemento de transição do negócio fiduciário à função de penhor.

Tal visão unitária das consequências do condicionamento ao adimplemento do crédito garantido é compartilhada por uma parte da doutrina³⁵⁵, que, no entanto, não demonstra verdadeira preocupação em individuar os efeitos da *lex commissoria* como cláusula apta a afastar qualquer responsabilidade do credor fiduciário insatisfeito ao término do prazo³⁵⁶.

A *lex commissoria* aliada ao *pactum fiduciae*³⁵⁷, na verdade, acaba tendo um duplo efeito: não apenas implica na transferência da coisa à definitiva

³⁵² Cf. item II.2.1.

³⁵³ Em analogia àquilo que se sustentou em matéria de venda, poder-se-ia também para a *fiducia* distinguir um estágio originário em que a *lex commissoria* apareceria em qualidade de *lex dicta*, cláusula unilateralmente imposta no próprio interesse do fiduciário – cf. a Erbe, *Die Fiduzia*, cit., p. 4 e ss.; H. KRELLER, cit. (nt. 72 supra), pp. 197 e 206.

³⁵⁴ Nesta teoria, à qual aderimos, e na correlativa ideia de uma precedência histórica da *fiducia cum amico*, bem se enquadra a nossa concepção da *lex commissoria* fiduciária. A aplicação do negócio fiduciário a escopo pignoratício se apresenta no sistema romano mais como um produto da especulação jurídica, guiada pelas necessidades da vida econômica e comercial – cf. R. HERZEN, *Origine*, cit., p. 68.

³⁵⁵ Cf. Erbe, *Die Fiduzia* cit. (nt. 26 supra), pp. 36 e ss.; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II – Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, p. 122; Ascoli, *Le origini* cit. (nt. 46 supra), pp. 16 e ss.

³⁵⁶ Cf. nesse sentido, A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 32.

³⁵⁷ Alguns autores entendem que o acréscimo de uma cláusula assim entendida ao *pactum fiduciae*, já condicionante a obrigação fiduciária *soluta pecunia*, seja indispensável para fundar a

propriedade do credor, em caso de inadimplemento, como também estabelece uma modalidade cronológica, através do termo, que lhe é inerente, para que a coisa seja restituída ao devedor, em caso de adimplemento³⁵⁸.

2.3. EXEGESE DE POMP. 35 AD SAB., D. 18, 3, 2 E DE ULP. 30 AD ED., D. 18, 3, 3

Não obstante, em um primeiro momento, pareçam estranhos à matéria por nós tratada, a interpretação do conteúdo dos fragmentos a serem analisados é tema corrente (e nada pacífico) em diversos trabalhos³⁵⁹ que cuidam, com algum destaque, do instituto nas garantias reais.

À luz das considerações já feitas sobre a função estrutural da *lex commissoria* – mais especificamente, fiduciária –, já se torna mais facilmente individuável a razão do *excursus* pomponiano contido neste primeiro e significativo texto sobre o análogo pacto em matéria de compra e venda :

faculdade de satisfação imediata e direta do credor – cf. R. HERZEN, *Origine*, cit. (nt. 26 supra); P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire* cit. (nt. 26 supra), p. 824; G. GROSSO, *Appunti* cit. (nt. 223 supra), p. 108; F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 5.

³⁵⁸ Nesse sentido – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 17.

³⁵⁹ Os principais trabalhos que tratam do fragmento (ainda que incidentalmente) são: A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra); A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra); A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra); E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra); C. LONGO, *Sulla “in diem addictio”* cit. (nt. 262 supra), p. 43; G. ACUTIS, *De lege commissoria* cit. (nt. 303 supra), pp. 40 e ss.; A. SACCHI, *Sul patto commissorio* cit. (nt. 90 supra).

Pomponius *libro 35 ad Sabinum*, D. 18, 3, 2:

<p><i>Cum venditor fundi</i>³⁶⁰ <i>in lege ita caverit:</i> <i>“si ad diem pecunia soluta non sit, ut</i> <i>fundus inemptus sit”</i>³⁶¹, <i>ita accipitur</i> <i>inemptus esse fundus, si venditor inemptum</i> <i>eum esse velit, quia id venditoris causa</i> <i>caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta</i> <i>villa in potestate emptoris futurum, ut non</i> <i>dando pecuniam inemptum faceret fundum,</i> <i>qui eius periculo fuisset.</i></p>	<p>Quando o vendedor de um terreno, em uma cláusula³⁶², assim tiver expressado³⁶³: “caso o preço não tenha sido pago no termo³⁶⁴, 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 campo³⁶⁵, estaria na faculdade do comprador, não entregando o preço, considerar não comprado o terreno³⁶⁶, que <diferentemente> teria estado a seu risco³⁶⁷.</p>
--	---

³⁶⁰ Ainda que, no transcorrer dos séculos, o sentido do substantivo *fundus* tenha variado significativamente, podemos afirmar com segurança que seu uso vem sempre relacionado à idéia de “coisas imóveis”, seja em relação a uma construção urbana, seja em relação a um terreno rural – cf. Fl. 8 *institutionum*, D. 50, 16, 211 (“*‘fundus’ appellatione omne aedificium et omnis ager continetur...*”).

³⁶¹ As considerações pertinentes à fórmula e objeto do instituto são tratadas separadamente – cf. II.2.1.

³⁶² Usam o termo “pacto”, ao invés de cláusula – cf. I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho* cit. (nt. 40 supra), p. 911; H. HULOT – J. F. BERTHELOT, *Les cinquantes livres* cit. (nt. 40 supra), p. 572; G. VIGNALI (coord.), *Corpo del diritto* cit. (nt. 40 supra), p. 1.196.

³⁶³ A tradução italiana mais recente acrescenta ainda à oração “*per essere sicuro*”, cf. S. SCHIPANI (cur.) *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae – Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano III – Testo e traduzione – 12-19*, Milano, Gluffrè, 2007, p. 365.

³⁶⁴ Traduzimos por termo, por acreditar que a expressão melhor se adegue ao instituto estudado. A aceção, ainda que técnica de “*diem*” é muito mais ampla, cf. B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Pacto de melhor comprador* cit. (nt. 263 supra), p. 136.

³⁶⁵ Optou-se por tal tradução em função do conteúdo trazido no título *De verborum significatione* pelo fragmento Fl. 8 *int.* D. 50, 16, 211 (“... *sed in usu urbana aedificia ‘aedes’, rustica ‘villae’ dicuntur...*”). *Villa rustica* – cf. S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti* cit. (nt. 363 supra), p. 365.

³⁶⁶ “*risolvere la compravendita del fondo*” – cf. S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti* cit. (nt. 363 supra), p. 365.

³⁶⁷ “*rischio e pericolo*” – cf. S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti* cit. (nt. 363 supra), p. 365. Outros autores, por sua vez, apenas falam em risco – cf. I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho* cit. (nt. 40 supra), p. 911; H. HULOT – J. F. BERTHELOT, *Les cinquantes livres* cit. (nt. 40 supra), p. 572; G. VIGNALI (coord.), *Corpo del diritto* cit. (nt. 40 supra), p. 1.196; O. BEHREND – R. KNÜTEL – B. KUPISCH – H. H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis (Text und Übersetzung) II (Digesten 1-10)*, Heidelberg, Müller, 1995, p. 478.

O fragmento de Pompônio discute basicamente dois principais tópicos. No início do fragmento (“*Cum venditor... quia id venditoris causa caveretur*”), o jurista trata da potestividade do exercício da *lex commissoria* pela figura do vendedor, em cujo interesse a cláusula é estabelecida. Em outras palavras, verificado o termo, a ausência de pagamento por parte do comprador apenas resolveria o contrato se assim quisesse o vendedor, pois é o seu próprio benefício que justifica a existência da mencionada cláusula.

O segundo tópico é tratado na parte final do fragmento (“*nam si aliter acciperetur... qui eius periculo fuisset*”). A questão ali levantada, a cuja interpretação, como se verificará, prescinde fundamentalmente a análise da primeira parte do texto, diz respeito ao *periculum rei*, que, segundo Pompônio, deverá ser suportado pelo comprador.

Com relação ao primeiro tópico, a redação parece não levantar dúvidas³⁶⁸: O pacto, enquanto concluído no exclusivo interesse do vendedor (“*quia id venditoris causa caveretur*”), não pode ser feito valer contra a sua vontade, ou, logicamente, de quem a represente. A razão é simples: Qualquer contrária à essa regra representaria verdadeira incongruência³⁶⁹.

A leitura e compreensão dessa parte do texto, contudo, ganha particular relevância se analisada conjuntamente ao fragmento sucessivo, de Ulpiano, também sob o título “*De lege commissoria*”:

³⁶⁸ Enfaticamente, A. BURDESE, para o qual os fragmentos, por si só, já seriam suficientes para que se admitisse, por analogia, a aplicação de seu conteúdo à *lex commissoria* em matéria de garantia – cf. “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 21.

³⁶⁹ E. LEVY observa que tal incongruência não se verifica em relação às outras duas pactuações típicas que condicionam o contrato de venda, *pactum displicentiae* e *in diem addictio*, de que a primeira é no poder e interesse do comprador, a segunda no interesse e poder do vendedor – cf. *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Gesammelte Schriften II*, Köln, Böhlau, 1963, p. 114.

Ulpianus libro 30 ad edictum, D. 18, 3, 3:

<p><i>Nam legem commissariam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.</i></p>	<p>Porque da <i>lex commissoria</i>³⁷⁰, <mais especificamente daquela> que se acrescenta às vendas, fará uso o vendedor, <apenas> se <assim> quiser, não <utilizando-a>, também, contra sua vontade.</p>
---	---

Aqui, numa clara confirmação à jurisprudência precedente³⁷¹, o jurista estabelece que a *lex commissoria* terá seus efeitos irradiados ao negócio “*si volet venditor exercebit*”, ou seja, se assim quiser o vendedor.

O problema que se coloca é se os textos, de fato, ainda que sob o mencionado título de compra e venda, possam também ser aplicados às garantias reais. A questão, contudo, é controversa. Começemos com uma primeira corrente de idéias, mais antiga e majoritária, da qual são importantes defensores A. BURDESE³⁷² e A. BISCARDI³⁷³.

Como já esclarecemos alhures³⁷⁴, é amplamente difusa a teoria de O. LENEL de que o livro 35 de Pompônio *ad Sabinum* e do livro 30 de Ulpiano *ad edictum* eram originariamente dedicados à fórmula da *actio fidei iudiciae*.

Nesse sentido, tendo por base os mencionados estudos palinográficos, defende A. BURDESE³⁷⁵ que a análise conjunta de ambos os fragmentos permite afirmar, com elevado grau de segurança, que a intenção originária dos juristas na construção desse seus conteúdos era a de, na verdade, referir-se à relação existente entre a *lex commissoria* e a *fidei iudicium cum creditore*³⁷⁶.

É interessante notar que a aplicação do fragmento à garantia real serve de argumento contrário, inclusive, àqueles que se posicionaram a favor da excessiva rigidez do instituto, julgando que uma de suas principais causas de

³⁷⁰ Sobre a opção pela não tradução do termo – cf. item II. 1.1.

³⁷¹ Cf. A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 588.

³⁷² “*Lex commissoria*” cit. (nt.26 supra), p. 21.

³⁷³ *La “lex commissoria”* cit. (nt. 26 supra), p. 588.

³⁷⁴ Cf. II.2.3.

³⁷⁵ *Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 21.

³⁷⁶ A. BURDESE utiliza esses argumentos, inclusive, para defender sua teoria sobre a origem de uma *lex commissoria* na própria *fidei iudicium*, como expusemos no item II.1.2.1.

extinção estava justamente na incontornável transferência da propriedade ao devedor³⁷⁷.

De qualquer modo, ainda que defenda a aplicação originária dos fragmentos à *lex commissoria fiduciae*, os argumentos de A. BISCARDI para chegar à mesma conclusão de A. BURDESE são bastante distintos – e, a nosso ver, mais interessantes e plausíveis.

Ao analisar conjuntamente as duas construções clássicas, A. BISCARDI³⁷⁸ questiona as razões que teriam levado Pompônio a tratar da *lex commissoria* apenas na compra e venda, negligenciando o instituto nos anteriores fragmentos Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13, 7, 6 e Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13, 7, 8, sob o título “*De pignoratitia actione, vel contra*”. Também extraídos do livro 35º, pela lógica leneliana, ambos se aplicariam à *fiducia*³⁷⁹.

Sem ter a intenção de apresentar um elenco exaustivo de traduções, acreditamos, contudo, de grande importância para nosso intento exegético a leitura de Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 13, 7, 6pr.:

Pomponius libro 35 *ad Sabinum*, D. 13, 7, 6pr.:

<i>Quamvis convenerit, ut fundum</i>	Ainda que se tenha convencionado que te
<i>pigneraticium tibi vendere liceret, nihilo</i>	seja lícido vender um terreno dado em
<i>magis cogendus es vendere, licet solvendo</i>	garantia ³⁸⁰ , não por isso <o credor> deve
<i>non sit is qui pignus dederit, quia tua causa</i>	ser obrigado a vendê-lo, ainda que não seja
<i>id caveatur. Sed Atilicinus ex causa</i>	adimplente aquele que tiver dado a <coisa

³⁷⁷ Segundo A. WATSON, sendo responsável pelos riscos com a coisa durante o período em que dela fosse proprietário, não raras eram as vezes em que o credor, para se livrar de tal ônus, concedia a posse ao devedor, a exemplo do que mais tarde foi feito em relação ao penhor – cf. *Roman Law & Comparative Law*, 1ª ed., Athens and London, The University of Georgia, 1991, p. 51.

Não por aí, é claro, cessam as vantagens do instituto que, *ad es.*, prestava-se a evitar a venda fraudulenta por parte do devedor, ou o indevido concurso de credores sobre a coisa dada em garantia. Para outros exemplos – cf. C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 58 supra), p. 798.

³⁷⁸ A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 144. Para o autor, os dois fragmentos mencionados, se analisados isoladamente, “*non contengono traccie, neppure indirette, di una simile pattuizione*” – cf. A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 586.

³⁷⁹ Uma grande parte da doutrina, especificamente ao livro 35 *ad Sab.* De Pompônio, é conforme ao pensamento de O. LENEL de que tratar-se-ia da *fiducia* ou, ao menos, como defende M. KASER, tanto da *fiducia* quanto do penhor – cf. TR, XLVII, 1979, p. 212.

³⁸⁰ “*fondo pignoratizio*” – cf. S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti* cit. (nt. 393 supra), p. 113.

cogendum creditorem esse ad vendendum dicit: quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit pignus, quam postea? Melius autem est dici eum, qui dederit pignus, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam, si mobilis sit, prius idônea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.

em> garantia, porque em teu interesse³⁸¹ <a garantia> é expressa. Atilicino, porém, diz que com causa³⁸² deva ser o credor forçado a vendê<-lo>: o que ocorre, de fato, se o débito for muito menor, e se possa vender a <coisa dada em> garantia³⁸³ a mais alto preço hoje do que depois? É então melhor dizer que aquele que tenha dado a <coisa em> garantia³⁸⁴ possa vendê-la e, com o dinheiro recebido, pagar o que é devido, porém de modo que o credor seja obrigado a apresentar a coisa penhorada, caso seja móvel, devendo antes ter sido prestada pelo devedor suficiente garantia indenizatória³⁸⁵. De fato é bastante desumano³⁸⁶ que contra a sua vontade seja obrigado o credor a vender a <coisa dada em> garantia.

Aqui se fala de *pactum vendendi*, e não já de *lex commissoria*, aludindo-se a uma disputa, provavelmente³⁸⁷ iniciada entre Sabino e Atilicino, sobre a possibilidade de obrigar o credor fiduciário a vender a coisa que lhe fora dada em garantia.

Na primeira frase (“*Quamvis convenerit... quia tua causa id caveatur*”), Pompônio estaria se referindo a Sabino, para, sucessivamente,

³⁸¹ “causa” – cf. I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho* cit. (nt. 40 supra), p. 747. Optamos por “interesse” por acreditar que melhor se adequa ao estudo, ainda que isso implique uma tradução diversa do mesmo verbete logo em seguida (“*sed Atilicinus ex causa*”). No mesmo sentido – cf. S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti* cit. (nt. 393 supra), p. 113.

³⁸² “per ragione del caso concreto” – cf. B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr.* cit. (nt. 95 supra), p. 247.

³⁸³ “pegno” – cf. S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti* cit. (nt. 393 supra), p. 113.

³⁸⁴ “pegno” – cf. S. SCHIPANI (cur.), *Iustiniani Augusti* cit. (nt. 393 supra), p. 113.

³⁸⁵ “*si debba prestare prima idonea garanzia che sarà tenuto del tutto indenne da ogni danno*”, p. 113. “*caución de indemnidad*” – cf. I. L. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho* cit. (nt. 40 supra), p. 747; “*idonea cautela (...) per il rifacimento dei danni*” – cf. B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr.* cit. (nt. 92 supra), p. 247.

³⁸⁶ Cf., oportunamente, item II.3.

³⁸⁷ Cf. A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 587.

reproduzir a opinião de Atilicino, e, na última frase (*“melius autem est dici eum ... satis inhumanum est”*), dar uma sua própria solução ao caso³⁸⁸.

Comparando as duas diferentes passagens dos livros 13 e 18 do Digesto, a dúvida sobre a *ratio* de Pompônio ainda ganharia reforço no uso de construções gramaticais e lexicológicas similares³⁸⁹, especialmente, em tal sentido, com o emprego do verbo *“cavere”*.

A propósito da *fiducia*, determina-se que o *pactum vendendi*, instituto tratado nos fragmentos, deva ser estabelecido no interesse exclusivo do credor fiduciário (*“... quia tua causa id caveatur...”*). Igualmente, no caso da compra e venda, a *lex commissoria* deveria ser estabelecida no exclusivo interesse do vendedor (*“... quia id venditoris causa caveretur...”*).

Segundo A. BISCARDI³⁹⁰, a utilização das mesmas palavras nos textos teria sido intencional. Ao tratar da *fiducia* em Pomp. 35 *ad Sab. D.* 13, 7, 6 *pr.*, Pompônio teria originariamente almejado *“istituire un parallelo”*³⁹¹ com a análoga cláusula de compra e venda de Pomp. 35 *ad Sab. D.* 18, 3, 2³⁹².

O autor³⁹³ ainda vai além: mais do que instituir tal paralelo entre os institutos, a intenção do jurisconsulto, se considerada isenta de interpolações³⁹⁴, poderia ser tanto a de mencionar o *pactum vendendi*, como se extrai da atual

³⁸⁸ Nesse sentido – cf. B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr.* cit. (nt. 93 *supra*), p. 248.

³⁸⁹ Anteriormente, já O. GRADEWITZ, argumentando a expressão *“emit ob sestertios”* da *manciatio* pompeiana, tentou instaurar um paralelo entre a *lex commissoria* da venda e aquela fiduciária – cf. nt. 96. Adicionalmente, no mesmo sentido, F. SENN, *La dation des arrhes*, in *NRH* 37 (1913), p. 610.

³⁹⁰ *La “lex commissoria”* cit. (nt. 22 *supra*), p. 144.

³⁹¹ *La “lex commissoria”* cit. (nt. 22 *supra*), p. 144. No mesmo sentido, A. BURDESE, *“Lex commissoria”* cit. (nt. 26 *supra*), p. 11, para o qual, de fato, a via mais simples para explicar a digressão sobre a *lex commissoria* da venda seja pensar que essa tenha sido ocasionada pelo discurso sobre o pacto análogo em matéria de *fiducia*.

³⁹² No mesmo sentido, E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 *supra*), p. 113. Contra – cf. A. BURDESE, *“Lex commissoria”* cit. (nt. 26 *supra*), p. 25; C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 *supra*), pp. 819-820.

³⁹³ *La “lex commissoria”* cit. (nt. 22 *supra*), p. 144.

³⁹⁴ C. LONGO, não obstante concorde com a interpolação a esta parte do fragmento, acredita, diferentemente, que no texto original a menção ao instituto fosse ocasionado do tratamento do pacto de vender a *fiducia certa die* e não já pela *lex commissoria* – cf. *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 *supra*), p. 50; id., *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 *supra*), p. 819. No mesmo sentido, SEGRÈ, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 72 *supra*), pp. 84 e 152.

leitura do texto, quanto, exclusivamente, a *lex commissoria* de que ora tratamos³⁹⁵.

Em outras palavras, portanto, o próprio fragmento Pomp. 35 *ad Sab.* D. 17, 7, 6 pr. poderia ter tratado diretamente do nosso instituto, e não do *pactum vendendi*. Isso porque, como também já mencionamos ao longo deste trabalho³⁹⁶, ao menos por determinado período, há quem defenda³⁹⁷ que tanto o *pactum vendendi* quanto o a *lex commissoria* poderiam, alternativamente, ser inseridos na *fiducia*.

Daí, igualmente, a justificativa de que também à *lex commissoria* nas garantias poderia ser estendido o mesmo entendimento da escola sabiniana em relação à *lex commissoria* nos contratos de compra e venda³⁹⁸. Ou seja, de que ambas deveriam ser consideradas cláusulas estabelecidas no interesse exclusivo do vendedor.

A regra, no entanto, deve ser analisada com cuidado. Dentre os livros que compõem a *Palingenesia* de O. LENEL sobre a matéria, esse é provavelmente o mais polêmico³⁹⁹.

A principal justificativa de O. LENEL para a construção de sua teoria sobre o tratamento da *fiducia*, especificamente, no livro 35º de Pompônio, reside na compreensão do vocábulo “*eam*” em Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13, 7, 8, 3. Ali se lê “...*vendere eam mihi liceret...*”⁴⁰⁰, na hipótese em que o credor pode vender a coisa entregue em garantia.

³⁹⁵ Contra – cf. E. LEVY, , *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 113.

³⁹⁶ Cf., oportunamente, II.1.4.1.

³⁹⁷ Cf. especialmente, A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 17.

³⁹⁸ La “*lex commissoria*” cit. (nt. 22 supra), p. 146.

³⁹⁹ Cf. C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 50.

⁴⁰⁰ O texto completo do fragmento seria: “*Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim pignus pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur: nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent. Sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit: "si qua pecunia sua die soluta non erit", statim competit ei pacti conventio*”.

A linguagem indicaria, em idade clássica, uma evidente⁴⁰¹ relação com a *fiducia*, o que legitimaria a extensão da interpretação ao inteiro livro⁴⁰². O uso de tal argumento pelos autores que pretendem contextualizar a aplicabilidade de Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13, 7, 6, pr. também à *fiducia cum creditore*, contudo, não merece prosperar.

Isso porque, mesmo entre os partidários da corrente contrária⁴⁰³, não se exclui que se possa aceitar, a partir da teoria de O. LENEL, que o livro 35, ao tratar da *fiducia*, possa, ao mesmo tempo, também tratar do penhor. Um instituto, portanto, não excluiria o outro.

Ainda, considerando-se o conteúdo de Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13, 7, 6, pr., parece muito mais adequado entender que é justamente à *lex commissoria* e não ao *pactum vendendi* que se aplicaria a “...quia tua causa id caveatur...”⁴⁰⁴.

Afinal, a venda da coisa dada em garantia, visando, em última medida, a restituição do excedente ao devedor⁴⁰⁵, não pode ser considerada cláusula estabelecida a favor, predominantemente, de única das partes⁴⁰⁶.

Nesse sentido, (a) a compatibilidade entre a estrutura do instituto e o conteúdo do livro 35º de Pompônio, (b) a ampla aceitação da teoria de O. LENEL e (c) a escassez de argumentos daqueles que diversamente entendem, nos permitem afastar esta linha minoritária de pensamento e considerar que, ainda que, por si só, nossos fragmentos não sejam suficientes para justificar a aplicação à *lex commissoria fiduciae*, como pretendeu A. BURDESE, sua leitura conjunta com Pomp., D. 13, 7, 6 pr. constitui base suficiente para que se aceite tal interpretação.

Em outras palavras aceitar essa primeira e mais antiga corrente de idéias, ainda que se considerem as peculiaridades das construções de raciocínio dos autores que a defendem, grosso modo, significa entender que os fragmentos

⁴⁰¹ Cf., no mesmo sentido, B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr.* cit. (nt. 92 supra), p. 250.

⁴⁰² Contra – cf., e.g., H. ANKUN, *Alla ricerca della ‘repromissio’ e della ‘satisfatio secundum mancipium’*, in *Atti del IV Congresso Internazionale dell’Accademia Romanistica Constantiniana*, Perugia, 1981, n. 7; C. LONGO, *Fiducia cum creditore* cit. (nt. 57 supra), p. 890; B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr.* cit. (nt. 92 supra), p. 248.

⁴⁰³ Cf. W. ERBE, *Die Fiduzia* cit. (nt. 26 supra), p. 44.

⁴⁰⁴ Cf. A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 588.

⁴⁰⁵ Sobre o *pactum vendendi* – cf. item II.1.3.

⁴⁰⁶ Contra – cf. B. NOORDRAVEN, *Pomp., D. 13, 7, 6 pr.* cit. (nt. 92 supra), p. 251.

Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18, 3, 2 e Ulp. 30 *ad ed.* D. 18, 3, 3 se aplicariam, também, à *lex commissoria* fiduciária.

Tal entendimento adquire prática relevância a propósito da incidência do *periculum rei*, mencionado na segunda parte de Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18, 3, 2. Passemos, então, sem mais delongas ao segundo tópico.

Após esclarecer que a *lex commissoria* deva ser instituída em favor do devedor, o jurisconsulto, coerentemente, conclui o texto com o entendimento de que, enquanto se espera o verificar da condição dependente da vontade do comprador (pagamento do preço), o *periculum* não deva ser suportado pelo vendedor⁴⁰⁷ (“...*in potestate emptoris futurum... qui eius periculo fuisset...*”)⁴⁰⁸.

No fragmento, se configura a hipótese⁴⁰⁹ na qual o bem que constitui objeto do contrato de compra e venda – no caso, uma casa de campo – venha a ser destruído por um caso fortuito ou de força maior (“...*exusta villa...*”).

Segundo A. BURDESE⁴¹⁰, a incompatibilidade de uma similar situação à construção originária da *lex commissoria* como condição suspensiva não deixaria dúvidas de que Pompônio, implicitamente, tivesse a intenção de acolher a mais recente teoria do pacto de resolução suspensivamente condicionado⁴¹¹. Isso

⁴⁰⁷ Vale lembrar que, no direito romano, vigorava a regra “*periculum est emptoris*” – cf., especialmente (inclusive para a indicação de bibliografia específica a respeito), E. C. SILVEIRA MARCHI, “*Periculum rei venditae*” e “*periculum dotis aestimatae*”, in *Labeo* 47 (2001), p. 384 e ss.; *Dos riscos pela perda fortuita da coisa vendida no direito romano*, in *Revista da Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo)* 96 (2001), pp. 45 e ss.; E. BETTI, “*Periculum*” – *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, v. 1, Milano, 1956, pp. 131 e ss.; . ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 250; M. PENNITZ, *Das “periculum” rei venditae* (ein Beitrag zum “Aktionenrechtlichen Denken” im römischem Privatrecht), Wien, Böhlau, 2000, pp. 247 e ss.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *SZ* 11 (1919), pp. 254 e ss.; P. KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum “periculum emptoris”*, in *SZ* 59 (1939), pp. 1 e ss.

⁴⁰⁸ O inteiro argumento “*nam si aliter...*” foi considerado não clássico por G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR* 8 (1928), p. 293 e F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 26. Contra – cf. E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 113.

⁴⁰⁹ Uma “*dimostrazione per assurdo*” – cf. A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 545.

⁴¹⁰ “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 22.

⁴¹¹ No mesmo sentido, G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 337.

Contra a teoria dominante, F. WIEACKER, sustentou serem as palavras de Pompônio explicáveis apenas sob o pressuposto da construção do condicionamento suspensivo – cf. *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 25. Contra – cf. E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 113; G. G. ARCHI, *La restituzione* cit. (nt. 266 supra), p. 329; A. D’Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p. 209; R. HENLE, *Die rechtliche Natur* cit. (nt. 270 supra), p. 169.

sob o custo de abandonar a contrária opinião de Sabino, fundada sobre a antiga construção do condicionamento suspensivo da eficácia do contrato, que ele mesmo ainda seguia para a *in diem addictio*⁴¹².

Essa, contudo, é uma hipótese bastante especulativa: nos textos de Pompônio nenhum outro argumento é encontrado para reforçá-la. Como já alegamos⁴¹³, estabelecer o exato período em que a condição resolutiva passou a ser aceita para o direito romano – se isto, de fato, ocorreu⁴¹⁴ – em nada mudaria⁴¹⁵ os efeitos da *lex commissoria*, justamente por força do mencionado pacto de resolução⁴¹⁶ acessório à obrigação principal.

Mais relevante, neste momento, é a análise da concreta solução dada pelo jurisconsulto ao problema. Mais do que ser tomada como uma posição já amplamente difundida no ordenamento romano, a incidência do *periculum rei* sobre o comprador, neste caso específico, poderia ser analisada não apenas em função da já mencionada potestividade de exercício da *lex commissoria* pelo vendedor, como também pela estrutura do próprio pacto fiduciário.

Como vimos anteriormente⁴¹⁷, a oposição de um similar pacto a algum dos modos derivados e solenes de transferência da propriedade tornava a obrigação unilateral do credor à restituição independente da formação do crédito garantido. O único nexa existente entre crédito e obrigação fiduciária, na verdade, consistiria no fato de que esta seria condicionado ao adimplemento daquele.

Em virtude de tal regra, chegou-se a considerar ainda mais absurda⁴¹⁸ a hipótese prevista pelo fragmento, se analogamente aplicável aos direitos reais. Isso porque, verificada a transferência da propriedade ao credor, será sempre de

⁴¹² Cf., por último, A. D'Ors, *In diem addictio* cit. (nt. 284 supra), p.209; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten* cit. (nt. 369 supra), p. 114. Contra – cf. J. H. MICHEL, *L'influence de la lex venditionis sur les règles du contrat de vente*, in *RIDA* 12 (3ª série – 1966), cit. (nt. 139 supra), p. 337.

⁴¹³ Vide, oportunamente, item II.2.2.

⁴¹⁴ Nesse sentido – cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit. (nt. 71 supra), pp. 251-252.

⁴¹⁵ Na compra e venda, a condição afeta seus efeitos essenciais, quais sejam, a obrigação de colocar o comprador na posse pacífica da coisa e a obrigação de pagar o preço. Não afeta, por outro lado, seus elementos secundários, como é o caso do *periculum* – cf. R. HENLE, *Die rechtliche Natur* cit. (nt. 270 supra), p. 169.

⁴¹⁶ Cf. item II.2.2.

⁴¹⁷ Cf., novamente, item II.2.2.

⁴¹⁸ Cf. A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 541.

seu interesse criar mecanismos para prolongar os efeitos da *mora debitoris*, uma vez que, verificado o perecimento da coisa, não incorreria em qualquer responsabilidade.

Ao devedor, portanto, a proteção ficaria por conta da máxima “*ut inter bonos bene agier oportere et sine fraudatione*”⁴¹⁹, à qual o credor é vinculado. Isso, permitiria, por exemplo, o surgimento de uma obrigação à restituição, caso o credor tivesse encontrado satisfação independentemente da garantia⁴²⁰.

3. A PROIBIÇÃO DE CONSTANTINO

Reputada como lícita durante significativo período do desenvolvimento do direito romano, teve a *lex commissoria* corrente aplicação nas atividades negociais até sua proibição por Constantino, em 320⁴²¹.

Para V. LOJACONO⁴²², a plena recepção do instituto ao longo de séculos, considerado seu início com a arcaica *fiducia cum creditore*⁴²³, teria tido duas principais razões:

a) De índole geral: a moral unitária dos romanos do período clássico não repugnava a hipótese de que a coisa dada em garantia, ainda que de valor muito superior ao total do débito, passasse ao pleno domínio do credor, no caso de faltante pagamento.

b) De índole jurídica: a *lex commissoria* estruturava-se de modo bastante análogo à *fiducia*, que até o advento do penhor imperou como principal forma de garantia real⁴²⁴, no que tange ao escopo satisfativo proporcionado ao credor pelos amplos poderes adquiridos sobre a coisa⁴²⁵.

⁴¹⁹ Cf. Cic., *De off.* 3, 17, 70.

⁴²⁰ Cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), pp. 116-117.

⁴²¹ Cf. C. TH. 3, 2, 1 (de 320 d.C.) e C. 8, 34, 3 (de 326 d.C.).

⁴²² *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 10.

⁴²³ Cf. item II.1.2.1.

⁴²⁴ B. BIONDI lembra que a fidúcia, nos tempos mais antigos, tem uma função importantíssima, que diminui à medida que a ordem jurídica conhece novos negócios e se

Infelizmente, as fontes não trazem qualquer indício de que, de fato, a aplicação da *lex commissoria* como pacto adjeto aos contratos de garantia tenha causado inconvenientes tão insuportáveis que pudessem justificar sua proibição. No máximo, empregam termos como "*captiones*" e "*asperitas*"⁴²⁶, demasiadamente vagos para que se possa extrair qualquer conclusão segura⁴²⁷.

Essa ausência de meios justifica, em certa medida, o porquê de tão pouco se refletir sobre as razões que eventualmente tenham levado Constantino a expedir semelhante regra. Enquanto os poucos trabalhos⁴²⁸ de direito romano que cuidam do tema, preocupam-se com a mera reconstrução do instituto (por si só, já bastante dificultosa, dada a escassez de fontes), os trabalhos de direito civil⁴²⁹, em regra, tendem a simplesmente ignorar o desenvolvimento histórico do instituto.

Dentre os argumentos jurídicos possíveis, aquele levantado no item "b" costuma ser considerado o principal⁴³⁰. Se bastante análogos quanto à sua estrutura, estabelecer um paralelo entre a extinção da fidúcia e do pacto comissório é tarefa a que, uma vez mais, faltam indícios textuais.

O fato de o momento de desaparecimento de ambos os institutos ter sido praticamente concomitante⁴³¹, de fato, não deixa de ser bastante curioso. No caso da *fiducia*, porém, as razões são bastante claras: desapareceu junto com os atos formais de transferência de que dependiam os efeitos do *pactum fiduciae*, quais sejam, a *mancipatio* e a *in iure cessio*.

eliminam algumas formalidades que não respondiam às necessidades sociais – cf. B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nt. 69 supra), p. 196.

⁴²⁵ No mesmo sentido, C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 163; B. BIONDI, *Istituzioni* cit. (nt. 69 supra), 196; A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 43; A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 515.

⁴²⁶ C. TH. 3, 2, 1 (de 320 d.C.) e C. 8, 34, 3 (de 326 d.C.).

⁴²⁷ Contra, cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 10.

⁴²⁸ Cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), pp. 44-45; A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 412; F. WIEACKER, *Lex commissoria* cit. (nt. 266 supra), p. 24.

⁴²⁹ A serem oportunamente analisados – cf. item III.

⁴³⁰ Cf. C. LONGO, *Corso di diritto romano* cit. (nt. 46 supra), p. 163; A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 44; A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 512.

⁴³¹ Estima-se que a fidúcia romana caiu em desuso no decorrer dos séculos IV e V d.C. – cf., entre outros, A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), pp. 44-45; V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 8.

A esses argumentos somar-se-ia, ainda, o fato de que a inexistência quase total de instituições financeiras que marcou o período de provável surgimento do instituto acabava por justificar a exigência de uma certa segurança por parte daquele que entregava o próprio dinheiro, suportando todos os riscos de um empréstimo privado⁴³².

Já em período mais tardio, o aumento da circulação do crédito levou à criação de mecanismos alternativos, talvez menos gravosos ao devedor, como o empréstimo sob juros⁴³³. A prática do anatocismo, aliás, jamais chegou a ser totalmente vetada pelo direito romano como ocorreu no direito canônico⁴³⁴. Preferiram os romanos sua regulamentação, sob critérios que consideravam razoáveis para a quantificação de taxas⁴³⁵.

À questão jurídica, soma-se, ainda, o novo influxo de ideias trazidas pelo Cristianismo. O texto contido no *Corpus Iuris Civilis* não é apenas resultado da expansão política de Roma, do desenvolvimento de seu comércio e vida social, bastante influenciada pelo contato com a cultura e a civilização helênicas⁴³⁶. A

⁴³² Cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 8.

⁴³³ A usura é trazida nas fontes pelo termo *usura*, e é provável que a prática tenha se espalhado, a partir dos séculos II e II a.C., às províncias romanas através, inicialmente, das relações comerciais matítimas – cf. G. CERVENCA, *Usura (diritto romano)*, in *E.D.*, Milano, 1992, XLV, pp. 1125 e ss. Sobre o tema, de modo geral – cf. M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi II*, Milano, 1982, pp. 391 e ss.; C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur* (1886-1887), in *Studi e questioni di diritto I*, Napoli, 1910, pp. 231 e ss.; G. ROTONDI, *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, in *Rivista dir. Civ.*, 1911, pp. 243 e ss.; U. SANTARELLI, *Il divieto delle usure da canone morale a regola giuridica – Modalità ed esiti di un trapianto*, in *Riv. Storica del diritto italiano*, LVI (1993), 51-73.

⁴³⁴ É na patrística, especialmente dos séculos IV e V, que a proibição da usura ganha mais força – cf., entre outros, C. FADDA, *Le usurae* cit. (nt. 433 supra), pp. 20 e ss.

⁴³⁵ De modo geral, a questão do anatocismo pode assim ser resumida: Começa com a *lex Cornelia* do ano 89, que proíbe aos aliados de conceder empréstimo a Roma de modo a evitar a saída de dinheiro da cidade; à *lex Valeria* de 87 que reduz os débitos de 25%, à *lex Gabina* de 67, com a qual viriam pré-dispostos ulteriores remédios que pudessem frear a usura; e, por fim, a um *Senatusconsulto* do ano 55 a.C., que fixou os juros em 12% ao ano, tava que remete aos tempos de Nero (54 d.C.) e de Trajano (98 d.C.). A seguir, no período compreendido entre a morte de Alexandre Severo (235 d.C.) e aquele do império que termina com Justiniano (565 d.C.), a *usura centesima* sofre uma profunda transformação, especialmente por obra de Constantino, que distingue o capital em frutos e em dinheiro. No primeiro caso era consentida a restituição do capital e de juros até a terceira parte do próprio capital, enquanto no segundo era aceita a pactuação de juros não superiores às *centesimae mensais* – cf. G. Cervenca, v. *Usura* cit. (nt. 433 supra), p. 1127; U. SANTARELLI, *Il divieto delle usure* cit. (nt. 433 supra), pp. 10 e ss.

⁴³⁶ ALEXANDRE CORREA, *O estoicismo no direito romano*, Tese (Livre Docência), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1950, pp. 4 e ss.

obra também encerra ideais que representam a identidade desse novo período da vida romana, sendo os valores trazidos pela ética cristã inerentes à sua formação.

É o que se verifica, em especial, na obra de Constantino, correspondente ao período de definitiva transição oficial à nova religião⁴³⁷. De modo geral, a tendência da legislação do período é justamente a de mudar a forma como as garantias eram então tratadas⁴³⁸: credor e devedor são colocados em um plano igualitário⁴³⁹ a partir de ideais de benevolência e compaixão em relação a esse último⁴⁴⁰.

Essa é justamente a lógica que circunda o desenvolvimento do *favor debitoris*⁴⁴¹, ou seja, a tendência que se verificou, principalmente a partir

⁴³⁷ Sobre a relação das decisões de Constantino com o cristianismo – cf., especialmente, E. ALBERTARIO, *Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino*, in *Actis Congressus Iuridici Internationalis*, v. 1, Roma, 1934, pp. 69-79; G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Studi in Onore di Contardo Ferrini*, Milano, Hoepli, 1946, pp. 661 e ss.; C. CARASSAI, *La politica religiosa di Costantino il Grande*, Roma, Società Romana di Storia Patria, 1901, pp. 2 e ss.; G. CRIFÒ, *Cristianesimo e istituzioni politiche*, [extratto], pp. 1 e ss.; P. DE FRANCISCI, *Recensioni a Salvatore Calderone, Costantino e il Cattolicesimo*, I, Firenze, 1962, pp. 255 e ss.; A. MONACI, *La visione e il labaro di Costantino*, Roma, L. Ricca, 1913, pp. 3 e ss.

⁴³⁸ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano – Orientamento religioso della legislazione*. v.1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 215.

⁴³⁹ F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, 22ª ed., Torino, Giappichelli, 1999, p. 45.

⁴⁴⁰ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano – La Famiglia – Rapporti Patrimoniali – Diritto Pubblico*. v. 3. 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1952, p. 219.

⁴⁴¹ O *favor debitoris*, de fato, consiste na tendência que se verificou, a partir dos imperadores cristãos, de que a proteção ao devedor fosse adotada como *causa favorabilis* nas fontes jurídicas romanas, em contraposição à postura adotada no período clássico, que se apoiava substancialmente no interesse do credor. Nesse sentido, é criada uma nova orientação do direito das obrigações: o devedor não é uma parte, de que se possa pretender inexoravelmente a prestação, mas é um homem que se encontra em um particular estado de debilidade. Sobre o princípio, cf., especialmente, J. C. MOREIRA ALVES, *As normas de proteção ao devedor e o “favor debitoris” – Do Direito Romano ao Direito Latino-Americano*, In *Notícia do Direito Brasileiro III*, Brasília, UNB, 1997; J. C. Moreira Alves, *O “favor debitoris” como princípio geral de direito*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 26, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004; I. M. POVEDA VELASCO, *A execução do devedor no Direito Romano – “Beneficium competentiae”*, 1ª ed, São Paulo, Paulista, 2002.

Importa, no entanto, lembrar que já a Lei das XII Tábuas trazia a preocupação com o que mais tarde considerou-se, grosso modo, uma tendência à atenuação de regras. É o que se vê, e.g., na L. XII Tab. 3, 3, com a faculdade atribuída ao credor de submeter o devedor inadimplente a um peso menor (“...aut si volet minore vincito...”); na L. XII Tab. 3, 4, em que tal faculdade se estende à possibilidade de que também aumente sua alimentação diária, além dos limites legais, caso não tenha meios próprios de subsistência (“... si volet, plus dato...”); na L. XII Tab. 1, 3, com a obrigação de providenciar um jumento à parte intimada para comparecer em juízo que esteja doente ou velha (“... si morbus aevitasve vitium escit, [qui in ius vocabit] iumentum dato...”); e, por fim, na L. XII Tab. 2, 2, a regra anterior também se estende no caso de doença ou grave

dos imperadores cristãos, de que a proteção ao devedor fosse adotada como *causa favorabilis* nas fontes jurídicas romanas, em contraposição à postura adotada no período clássico, que se apoiava substancialmente no interesse do credor.

Nesse sentido, é criada uma nova orientação do direito das obrigações: o devedor não é uma parte, de que se possa pretender inexoravelmente a prestação, mas um homem que se encontra em um particular estado de debilidade.

Vale, contudo, lembrar que o *favor debitoris* não significou a anulação do regime jurídico que visa a proteção do crédito ou a universal remissão do débito. Antes, resultou na humanização⁴⁴² de regras jurídicas.

impedimento (“...eo dies diffissus esto...”). A análise da Lei das XII Tábuas também deve levar em conta o fato de que muitas de suas mais severas normas sequer encontraram aplicação prática. É o que ocorre, *e.g.*, com a prescrição que permitia a divisão do corpo do devedor (L. XII Tab. 4, 6). Sobre ela, A. Gellio (20, 1, 52) é categórico ao afirmar que, na tradição romana, não há qualquer indício de uma execução nestes moldes – cf. *Noctes atticae*, 20, 1, 52 (“...dissectum esse antiquitus neminem equidem legi neque audivi...”). Essa notícia é importante na medida em que é forte indicador de que, por todo o longo período de vigência da lei, a opinião pública e o costume deviam repudiar tal prática, que, em verdade, nenhum benefício trazia ao credor.

No mesmo sentido é o testemunho de Gaio, que, ao comentar que a gravíssima pena para o *furtum manifestum* baseada na Lei das XII Tábuas vem sucessivamente mitigada em uma pena quádrupla para o valor da coisa roubada – cf. 3, 189 (“...sed postea improbata est asperitas poenae, et tam servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est”). Ainda, agora tratando da *poena sacramenti* no antigo processo para *legis actiones*, afirma que na *vindicatio in libertatem*, a pena era sempre de 50 asses, ainda que o indivíduo fosse de valor superior aos mil asses – cf. 4, 14 (“...favore scilicet libertatis ne onerarentur adsertores”).

Também na questão dos estrangeiros, antes mesmo do cristianismo, em especial a partir do século II a.C., há a invocação da clemência para indicar as razões de tais mudanças no tratamento dos estrangeiros – cf., especialmente, Cic., *in Verr.*, 2, 5, 29, 74; Liv. 45, 4, 7; 30, 42, 17; 33, 12, 7.

Por fim, importa lembrar que, ao lado do *favor debitoris* desenvolve-se também o *favor libertatis*. A escravidão, fenômeno comum a todo o mundo antigo, não é em Roma propriamente uma instituição cruel: São notáveis os exemplos de benevolência em relação aos escravos domésticos e a posição de destaque assumida por muitos deles, moral e economicamente. A tendência, na verdade, é sempre de flexibilização, com a imposição de normas contra os padrões cruéis – cf. C. A. MASCHI, “*Humanitas*” romana cit. (n. 2 supra), pp. 269-270. Ainda sobre a relação entre a escravidão e a *humanitas*, cf., especialmente, H. WALLON, *Histoire de l’esclavage dans l’antiquité*, v. 3, 2ª ed., Paris, Hachette, 1879, pp. 1-47.

Em especial a partir do século II a.C., há a invocação da clemência para indicar as razões de tais mudanças no tratamento dos estrangeiros – cf., especialmente, Cic., *in Verr.*, 2, 5, 29, 74; Liv. 45, 4, 7; 30, 42, 17; 33, 12, 7.

⁴⁴² Sobre a polissemia de *humanitas* nas fontes – cf., especialmente, B. BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano – Orientamento religioso della legislazione*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 148 e ss.; B. BIONDI, “*Humanitas*” nelle leggi degli imperatori romano-cristiani, in *Fontes Ambrosiani*, n. 26, Firenze, L.S. Olschki, 1951, pp. 81-94; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1934, pp. 128-150; S. RICCOBONO JR., “*Humanitas*”, in *Il Circolo Giuridico* (1950), Palermo, Michele Montaina, 1950, pp. 1-24; S. RICCOBONO JR., *L’idea di “humanitas” come fonte di progresso del diritto*, in *Studi in onore di*

Os pontos até aqui levantados, ressalta-se uma vez mais, são meras conjecturas sobre as razões que possam ter levado à proibição da *lex commissoria*, reproduzida à exaustão em inúmeros ordenamentos modernos⁴⁴³.

Passa-se então à exegese dos principais fragmentos relacionados à regra.

3.1. EXEGESE DE TEXTOS POLÊMICOS RELATIVOS À PROIBIÇÃO

3.1.1. EXEGESE DE C. TH. 3, 2, 1 E C. 8, 34, 3

A proibição da *lex commissoria* é trazida nas fontes em dois fragmentos de origem imperial⁴⁴⁴:

Biondo Biondi, v. 2, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 585-614; C. A. MASCHI, “*Humanitas*” romana e “*caritas*” cristiana come motivi giuridici, in *JUS – Rivista di scienze giuridiche* I, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1950, pp. 266-274; C. A. MASCHI, “*Humanitas*” come motivo giuridico – con un esempio nel diritto dotale romano, in *Annali Triestini*, v. 18, Trieste, Università di Trieste, 1948, pp. 3-102; H. KRÜGER, *Die “humanitas” und die “pietas” nach den Quellen des römischen Rechts*, in *SZ* 19 (1898), pp. 6-58; A. PALMA, *Humanior interpretario – ‘Humanitas’ nell’interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, G. Giappichelli, pp. 1-214.

⁴⁴³ Cf. item III.1.

No direito canônico, a proibição é trazida em um decreto do Papa Gregório IX, do século XIII, que nada mais fez do que repetir a proibição de Constantino – cf. *Decret.* 3, 21, 7, X (de 1.212 d.C.).

⁴⁴⁴ Os principais trabalhos que tratam do fragmento (ainda que incidentalmente) são: A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra); A. BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra); A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra); E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra); V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra); O. BREGLIA, *Patto commissorio*, Roma, Athenaeum, 1939, pp. 4 e ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.

Constantinus, C. Th. 3, 2, 1 (de 320 d.C.):

<p><i>IMP. CONSTANT(INUS) A. AD POPULUM. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt. DAT. PRID. KAL. FEBR. SERDIC(AE) CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.</i></p>	<p>Visto que entre outros inconvenientes cresce principalmente a aspereza da <i>lex commissoria</i>, parece por bem <a decisão de> invalidá-la, e que assim fique abolida toda sua memória. Assim então, se alguém padeceria por tal contrato, respire em virtude desta disposição, que rechaça juntamente com os passados os casos presentes, e proíbe os futuros. Com efeito, ordenamos que os credores, tendo perdido a coisa, recuperem o que entregaram.</p>
--	---

*Constantinus, C. 8, 34, 3 (de 326 d.C.)*⁴⁴⁵:

<p><i>Imperator Constantinus. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. 1. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt * CONST. A. AD POP. * <A 326 D. II K. FEBR. SERDICA CONSTANTINO A. VII ET CONSTANTIO C. CONSS.></i></p>	<p>Visto que entre outros inconvenientes cresce principalmente a aspereza da <i>lex commissoria pignorum</i>, parece por bem <a decisão de> invalidá-la, e que assim fique abolida toda sua memória. Assim então, se alguém padeceria por tal contrato, respire em virtude desta disposição, que rechaça juntamente com os passados os casos presentes, e proíbe os futuros. Com efeito, ordenamos que os credores, tendo perdido a coisa, recuperem o que entregaram.</p>
--	--

De modo bastante direto⁴⁴⁶, o instituto passa a ser expressamente vedado no *Codex Theodosianus*, entre os títulos “*de contrahenda emptione*”

⁴⁴⁵ A discrepância entra as datas apontadas pelo *Codex Theodosianus* e pelo *Codex justinianeu* deve-se, na verdade, a um equívoco deste último. Como aponta V. LOJACONO, não há notícia de qualquer constituição que efetivamente tenha sido emanada em Sardica no ano de 326 – cf. *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 10.

(C.Th. 3, 1), “*de patribus qui filios distraxerint*” (C.Th. 3,3) e “*de aediliciis actionibus*” (C.Th. 3,4).

É curioso notar a evidente preocupação com os efeitos da proibição, atribuídos *ex tunc* (“... *quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet*”)⁴⁴⁷, sem que, para tanto, sequer seja apresentada qualquer definição daquilo cuja memória se pretende abolir (“... *in posterum omnem eius memoriam aboleri...*”).

De um modo geral, as regras emanadas por Constantino, a exemplo de tantas outras constituições imperiais, têm eficácia *ex nunc*, ou seja, apenas atingem relações constituídas após sua decretação⁴⁴⁸. No caso da *lex commissoria*, porém, a irradiação de seus efeitos é igualmente estendida a todos os acordos celebrados em momento anterior.

A opção do imperador pela retroatividade, em oposição àquela que seria a regra no direito romano⁴⁴⁹, não deixou de causar certo espanto a parte da doutrina, que a considera uma importante inovação⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Tão direto que V. LOJACONO refere-se a seus termos como sendo “*precisi, espressivi e inequivocabili*” – cf. *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 8. Contra, A. BISCARDI, para o qual a proibição de Constantino, na verdade, visou proibir a prática oriental da automática redução da coisa dada em garantia em propriedade do credor – cf. *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), pp. 230 e ss.

⁴⁴⁷ A Constituição em exame pertence, na verdade, a um Edito maior, do qual essa representou apenas que um capítulo. A esse mesmo Edito pertence também *Const.*, C.Th. 8, 16 (de 320 d.C.), que abolia as penas e as restrições sancionadas pela *Lex Iulia* para os solteiros e aqueles que não tinham filhos.

⁴⁴⁸ Cf., e.g., o supramencionado *Const.*, C.Th. 8, 16 (de 320 d.C.).

⁴⁴⁹ De fato, não há, mesmo no direito romano clássico, qualquer princípio absoluto que estabeleça a vedação da retroatividade de normas jurídicas. Cícero, inclusive, informa que leis civis continham geralmente cláusulas proibindo sua retroatividade – cf. *In Verr.* 17, 109. O mesmo, no entanto, não ocorreria com o *ius honorarium*, que, por sua própria natureza, aplicava-se retroativamente, porquanto o magistrado concedia a ação ou a denegava no momento em que as partes litigantes compareciam à sua presença. Isso possibilitaria afirmar que o princípio a ser aplicado no caso era o do edito de tal magistrado, ainda que o fato tivesse ocorrido durante a magistratura de um de seus antecessores cujo edito dispusesse, a respeito, de modo diverso – cf., nesse sentido, M. KASER, *Das römische Privatrechts* cit. (nt. 119 supra), p. 56.

Já no direito pós-clássico, uma constituição de Teodósio I, em 393 d.C., estabeleceu a regra de que as leis dispõem apenas para o futuro – cf. C. Th. 1, 1, 3 (de 393 d.C.). Décadas mais tarde, em 440 d.C., Teodósio II e Valentiano III confirmaram seu conteúdo, admitindo, porém, que a lei nova pudesse ser retroativa quando expressamente o declarasse – cf. C. 1, 14, 7 (440 d.C.). Sobre a discussão quanto a eventuais interpolações neste último fragmento – cf. G. BROGGINI, *La retroattività della lege nella prospettiva Romanistica*, in *Coniectanea (Studi di Diritto Romano)*, Milano, 1966, p. 398.

⁴⁵⁰ O. BREGLIA, *Patto commissorio* cit. (nt. 444 supra), p. 6.

Há, todavia, quem⁴⁵¹ entenda ser tal retroatividade inerente a regras que prescrevam, ainda que genericamente, a proibição de convenções contrárias à boa-fé e aos bons costumes. Logo, para esses autores, antes mesmo de ser considerada contrária ao direito, a *lex commissoria* já deveria encontrar-se proibida na prática, como convenção contrária ao que seria socialmente aceitável.

A reforçar a tese estaria o emprego de "*captiones*" e "*asperitas*" no texto. Para V. LOJACONO⁴⁵², tais termos não poderiam ser mais apropriados: enquanto o primeiro exprime a fraude e ganância características da *lex commissoria*, o segundo denuncia a gravidade do dano a ser suportado pelo devedor.

No entanto, a hipótese levantada, por si só, não constitui argumento suficiente para justificar qualquer proibição ou desuso precedente. Contrariamente, neste caso, questionar-se-ia a necessidade de que fossem atribuídos efeitos retroativos aos pactos celebrados antes de 320 d.C., se não fosse a *lex commissoria* instituto de aplicação frequente ou, ao menos, amplamente aceita⁴⁵³.

Ainda quanto aos efeitos, como última observação, deve-se apontar o caráter cogente da disposição de Constantino⁴⁵⁴. Qualquer convenção contrária à proibição, portanto, deveria considerar-se inevitavelmente nula, ainda que contasse com a anuência do devedor⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ Cf., nesse sentido, R. T. TROPLONG, *Du natissement, du gage et de l'antichrèse – Commentaire du titre XVII, livre III, du Code Civil*, t. 19, Paris, Charles Hingray, 1847, p. 108.

⁴⁵² cf. *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 10. Para o autor, contudo, os argumentos que acreditam que a decisão de Constantino foi uma inovação são demasiadamente vagos e genéricos para provar que a retroatividade fosse inerente a pactos similares. No máximo, poder-se-ia falar de uma tendência das fontes romanas neste sentido.- cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 11.

⁴⁵³ Nesse sentido – cf. E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra), pp. 480 e ss. O autor, inclusive, afasta a possibilidade de que sejam utilizados os fragmentos Paul. 1 *decret.*, D. 4, 4, 38; *Alex. Sev.*, C. 8, 34, 1 (de 222 d.C.) para justificar o desuso da *lex commissoria* antes de sua proibição oficial. Isso porque o primeiro referir-se-ia exclusivamente à *lex commissoria* em matéria de venda, enquanto o segundo apenas traria a determinação de que, em caso de inadimplemento, a *facultas distrahendi* deva ser devolvida segundo a prática ordinária ("*...communi iure...*").

⁴⁵⁴ Cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 12.

⁴⁵⁵ O princípio da inderrogabilidade das normas de *ius publicum* por acordo privado das partes implicava na nulidade de qualquer disposição de vontade contrária às leis ou aos bons

Acolhido por Justiniano em seu *Codex*⁴⁵⁶, sob o título "*De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*"⁴⁵⁷, o texto foi reproduzido com duas mudanças bastante polêmicas: à expressão "*legis commissoriae*" acrescentou-se a forma declinada, também no genitivo, "*pignorum*" e o verbo *recipere* foi substituído por *recuperare*.

Por essa razão, a leitura conjunta de ambos os fragmentos poderia gerar incertezas sobre:

a) O exato alcance de "*pignorum*", que, em resumo, poderia se referir apenas ao penhor ou a outras formas de garantias reais (mais precisamente à hipoteca);

b) A eventual existência de alguma importante diferença semântica entre *recipere* e *recuperare* que possa influenciar a interpretação da regra proibitória.

Desde logo, exclui-se qualquer polêmica relacionada a este último item. Isso porque o *recipere* utilizado por Constantino nada mais é do que uma forma arcaica de *recuperare*⁴⁵⁸. Trata-se de mera adequação lexicológica à época do segundo texto que nenhuma influência poderia ter sobre seu conteúdo.

Por outro lado, ponto suscetível de maiores controvérsias foi a inserção da matéria, ainda no *Codex Theodosianus*, imediatamente após o título dedicado à "*de contrahenda emptione*" (C. Th. 3, 1). A proximidade das colocações fez com que fosse levantada⁴⁵⁹ a discutível hipótese de que a proibição também se

costumes ("*Pacta quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati iuri est*") – cf. *Ant.*, C. 2, 3, 6 (de 213, d.C.).

⁴⁵⁶ Como veremos adiante, a adoção da proibição pelo *Codex* de Justiniano explicaria uma série de interpolações – cf., e.g., *Marc. sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 16, 9 e *Scaev. 7 dig.*, D. 18, 1, 81 pr. Nesse sentido – cf., . BISCARDI, *La lex commissoria* cit. (nt. 22 supra), p. 234.

⁴⁵⁷ No Código Teodosiano, a rubrica diz apenas *de commissoria rescindenda*, o que não é tão incomum, já que também em outros fragmentos não é utilizada a palavra *lex* – cf., e.g., *Ulp. 32 ad ed.*, D. 18, 3, 4, 2 ("*...utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoria elegit...*"); *Ulp. 32 ad ed.*, D. 18, 3, 4, 3 ("*In commissoriam etiam hoc solet convenire...*"); *Ulp. 32 ad ed.*, D. 18, 3, 4, 4 ("*...commissoria utrum tunc locum habet...*"); *Ulp. 32 ad ed.*, D. 19, 1, 13, 26 ("*...diversamque causam commissoriae esse ait...*"), *Ulp. 71 ad ed.*, D. 43, 24, 11, 13 ("*...et si forte commissoria venierit...*").

⁴⁵⁸ Cf., entre outros, F. GAFFIOT, *Recupero*, in *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934, p. 1323.

⁴⁵⁹ Cf. E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra), p. 234; H. DERNBURG, *Das Pfandrecht* cit. (nt. 216 supra), pp. 273 e ss.

estenderia aos casos de *lex commissoria* acessória aos contratos de compra e venda.

Nesse sentido, o acréscimo de “*pignorum*” por Justiniano poderia ser considerado verdadeira inovação em relação à original decisão de Constantino, ao restringir o alcance da regra a apenas um dos tipos de pacto.

No texto justinianeu, obviamente, o fato de à *lex commissoria* sobre a venda ter sido dado um inteiro título no Digesto⁴⁶⁰ já afastaria, por si só, quaisquer dúvidas quanto à irradiação dos efeitos da proibição expressa no *Codex* se dar, exclusivamente, na *lex commissoria* acessória aos direitos reais de garantia⁴⁶¹.

No entanto, parece mais adequado entender a posição da proibição entre os títulos dedicados à compra e venda considerando a possibilidade de que a *lex commissoria pignoribus*, a exemplo do que ocorre com o análogo pacto trazido em D.18.3, pudesse se configurar como uma compra e venda sob condição.

Prova disso seria a palavra *creditores* na frase final⁴⁶² do texto de Constantino, em uma clara referência à aplicação do instituto ao regime de garantias⁴⁶³. A precisa indicação “*commissoriae pignorum legis*” como excludente do regime da venda no *Codex* de Justiniano, portanto, tem função meramente pleonástica.

Resta saber, então, se, além da reafirmação da *lex commissoria* em matéria de garantias, ainda que sem uma real necessidade de cunho prático, a inserção de *pignus* ao texto visou justificar: (a) a exclusão de todas as outras formas de garantias reais, em detrimento do penhor ou (b) a extensão da medida, através da acepção mais genérica do termo, a outras formas de garantias reais, e não apenas ao penhor.

⁴⁶⁰ Cf. D. 18, 3.

⁴⁶¹ Nesse sentido – cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 88.

⁴⁶² Em sua última parte, aos credores é garantida a possibilidade de uma *actio in personam* caso venham a sofrer prejuízos – cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 18.

⁴⁶³ Cf., nesse sentido, V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 10; C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 88.

A questão, quando levantada pela doutrina⁴⁶⁴, não costuma levar a conclusões diversas daquela apresentada pela segunda hipótese (b).

Para uma melhor percepção do raciocínio comumente adotado, deve-se ter em conta, em um primeiro momento, que duas são as principais acepções trazidas pelas fontes quanto à palavra *pignus*⁴⁶⁵: de modo geral, seu alcance semântico pode corresponder tanto à coisa dada em garantia, quanto ao liame jurídico que visa garantir uma obrigação por intermédio de uma *res*.

Quanto ao objeto do negócio pignoratício, as fontes trazem expressões como "*pignus capere*", "*pignus auferre*", "*pignus accipere*" e, ainda, considerando a relação estabelecida com o polo antagônico, "*pignus dare*", "*pignus tradere*" e "*pignus ponere*"⁴⁶⁶.

Já no que diz respeito ao liame jurídico que estabelece a garantia, é importante lembrar que, no direito romano, o penhor e a hipoteca eram institutos bastante semelhantes, aplicando-se indistintamente às coisas móveis e imóveis, *mancipi* ou *nec mancipi*⁴⁶⁷. Aliás, tantos eram os pontos de tangência entre os dois

⁴⁶⁴ Cf., especialmente, V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 11; O. BREGLIA, *Patto commissorio* cit. (nt. 444 supra), p. 6; A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 587; A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 21.

⁴⁶⁵ Cf., nesse sentido, A. BERGER, *Pignus*, in *Encyclopedic dictionary* cit. (nt. 18 supra), p. 630; H.G.HEUMANN-E. SECKEL, *Pignus*, in *Handlexikon* cit. (nt. 18 supra), p. 397; A. MANIGK, *Zur geschichte* cit. (nt. 258 supra), p. pp. 5 e ss.; P. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt – in usum máxime accademicum*, 5ª ed., Leipzig, Teubner, 1886, pp. 716-717. Sobre o arcaísmo do termo – cf., especialmente, A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 587.

Por outro lado, em geral, pode-se constatar que *pignus* é usado nas fontes literárias nas mais diversas acepções, porém, em um sentido pouco técnico – cf., especialmente, N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque* cit. (nt. 26 supra), pp. 15 e ss.; A. MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen* cit. (nt. 258 supra), pp. 5 e ss.; E. VOLKMAR, *Pignus*, in VIR cit. (nt. 18 supra), pp. 201-204. Dos fragmentos literários, no entanto, não há indícios sobre a estrutura originária do instituto – cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 21.

⁴⁶⁶ Scaev. 16 *dig.*, D. 32, 34 pr.; Mod. 5 *reg.*, D. 20, 1, 24; Gai. 21 *ad ed. prov.*, D. 12, 1, 28; Paul. 5 *ep. Alf. dig.*, D. 12, 6, 36; Pomp. 6 *ad Sab.*, D. 13, 7, 2; Paul. 29 *ad ed.*, D. 13, 7, 20 pr; Pomp. 35 *ad Sab.*, D. 20, 4, 4; Af. 8 *quaest.*, D. 20, 4, 9; Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21, 2, 21, 1; Pap. 20 *quaest.*, D. 20, 1, 3 pr.

⁴⁶⁷ Cf. A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 207. No entanto, para o autor, é provável que, em origem, o penhor tenha tido por objeto exclusivamente *res nec mancipi* móveis, como medida alternativa às formalidades exigidas pela *fiducia cum creditore* no ato de transferência da propriedade. Isso seria reforçado pelo fragmento do Digesto em que se lê "*pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur...*" – cf. Gai. 6 *ad leg. duod. tab.*, D. 50, 16, 238, 2.

institutos, que, ao menos no direito clássico, são igualmente designados pelo substantivo *pignus* (*datum*, para o penhor, *obligatum*, para a hipoteca)⁴⁶⁸.

Em outras palavras, conforme a relação implique ou não na transferência da posse antes da extinção da obrigação principal, pode o termo ser designado na forma de uma *datio* (*pignus datum*) ou na forma de uma *conventio* (*pignus conventum* ou, posteriormente, *hypotheca*).

Este último caso é trazido em expressões como "*pignori obligare*", "*pignori ponere*" e "*pignori accipere*", ou também em "*pignus contrahere*" e "*pignoris iuri*"⁴⁶⁹. Esses sentidos se contrapõem àqueles alcançados pelo penhor em sentido estrito, apresentado através de construções como "*pignori dare*" e "*pignori tradere*"⁴⁷⁰.

É interessante notar que, em algumas hipóteses, o mesmo verbo pode ser utilizado para se referir a um ou outro sentido, a depender da forma como o substantivo é declinado.

É o que ocorre, *e.g.*, com "*pignori accipere*" e "*pignus accipere*", referindo-se este último à coisa que forma o objeto da relação. Do mesmo modo, em "*pignus tradere*" e "*pignori tradere*" o substantivo pode assumir dois significados bastante distintos, conforme se utilize o acusativo ou o dativo.

Apenas no direito justinianeus é que se passa a indicar com *pignus* o penhor manual (*Faustpfand*, *Besitzpfand*) e com *hypotheca* o penhor convencional (*Vertragspfand*)⁴⁷¹. No entanto, também a legislação tardia demonstra que a estrutura jurídica dos dois institutos pouco se diferencia, sendo que "*inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*"⁴⁷².

⁴⁶⁸ Cf. Ulp. 40 *ad Sab.*, D. 13, 7, 1 pr. Sobre a transição da terminologia *pignus* para *hypotheca* – cf. A. MANIGK, *Pfandrehtliche Untersuchungen* cit. (nt. 258 supra), pp. 15-18.

⁴⁶⁹ Mod. 4 *resp.*, D. 13, 7, 39; Ant., C. 8, 25, 2 (de 208 d.C.); Gai, *sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 4; Pap. 20 *quaest.*, D. 20, 1, 3 pr.; Pap. 11 *resp.*, D. 20, 4, 3, 2; Ulp. 35 *ad ed.*, D. 27, 9, 3, 1; Scaev. 6 *dig.*, D. 20, 2, 10; Sev., C. 8, 18, 1 pr (de 209 d.C.).

⁴⁷⁰ Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13, 6, 5, 12; Ulp. 40 *ad Sab.*, D. 13, 7, 1, 2; Ulp. 28 *ad ed.*, D. 13, 7, 11, 7; Iav. 3 *ex post. Labeo.*, D. 22, 1, 49; Iav. 3 *ex post. Labeo.*, D. 50, 17, 72.

⁴⁷¹ Cf. E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra), p. 234. Nesse sentido – cf. Marc. *sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 4, 12 pr.; Scaev. 19 *dig.*, D. 32, 38 pr.; Paul. 45 *ad ed.*, D. 50, 1, 5, 1; Iul. 44 *dig.*, D. 41, 3, 33, 4.

⁴⁷² Cf. Marc. *sing. ad form. Hypoth.* D. 20, 1, 5, 1.

Ademais, se, por *pignus*, a regra trazida em *Const.*, C. 8, 34, 3 (de 326 d.C.) procurou designar, igualmente, o penhor e a hipoteca, não seria absurdo conceber que também à anticrese ela foi endereçada. Isso porque, somada à *lex commissoria*, a possibilidade de retenção dos frutos por parte do credor implicaria um ônus muito mais difícil de ser suportado pelo devedor do que aquele apresentado pelo penhor sob as mesmas condições⁴⁷³.

3.1.2. EXEGESE DE MARC. SING. AD FORM. HYPOTH., D. 20, 1, 16, 9

Em *Marc. sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 16, 9 é trazido um interessante caso em que, em virtude da proibição, converteu-se a *lex commissoria* em uma modalidade condicional de venda⁴⁷⁴ da coisa dada em garantia.

Marcianus *libro singulari ad formulam hypothecariam*, D. 20, 1, 16, 9:

<i>Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.</i>	A entrega de < uma coisa dada a título de > penhor ou de hipoteca pode fazer-se de modo, que, se dentro de certo tempo não tenha sido entregue o preço, por direito do comprador <ele, o comprador> possua a coisa pelo justo preço a ser então estimado: porque neste caso parece de certo modo que já há uma venda condicional. E assim o responderam por rescrito Divino Severo e Antonino.
---	--

⁴⁷³ Cf. V. LOIACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 11; O. BREGLIA, *Patto commissorio* cit. (nt. 444 supra), p. 6.

⁴⁷⁴ Contra, A. MANIGK, que fala de uma *cautio commissoria* ao invés de venda – cf. *Pfandrehtliche Untersuchungen* cit. (nt. 258 supra), p. 103. No entanto, o entendimento, que é bastante minoritário, já se encontra completamente superado – cf. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), p. 120.

Pelo fragmento de Marciano tem-se que, nos casos de penhor ou hipoteca ("*...pignoris datio hypothecaeve...*"), verificado o inadimplemento ("*...si intra certum tempus non sit soluta pecunia...*"), é lícito ao credor ficar com a coisa dada em garantia ("*...iure emptoris possideat rem...*"), desde que a esta seja estimado um preço justo ("*...iusto pretio tunc aestimandam...*").

A provável interpolação⁴⁷⁵ presente em "*iusto pretio tunc aestimandam*"⁴⁷⁶ tem sua razão de ser justamente na proibição de Constantino⁴⁷⁷. Como, ao tempo do jurisconsulto clássico, o pacto comissório não era proibido⁴⁷⁸, podia-se pactuar que, caso o devedor não efetuasse o pagamento dentro de uma certa data, ao credor fosse facultado apropriar-se da coisa *iure emptoris*.

No entanto, uma vez difundida a mencionada proibição, dois teriam sido os caminhos possíveis à escolha dos compiladores para harmonizar o texto com aquele da constituição imperial reproduzida no *Codex*⁴⁷⁹: declarar nulo o conteúdo do fragmento ou adequá-lo à ulterior regra, o que foi feito com a inserção das palavras "*iusto pretio tunc aestimandam*".

Quanto à expressão, o pensamento dominante⁴⁸⁰ é de que, embora possam ser apontadas algumas situações já no direito clássico em que o preço é oposto a outros modos de avaliação de uma *res*⁴⁸¹, o termo "*iustum pretium*" deve ser atribuído a um período mais tardio, com os compiladores justinianeus⁴⁸².

⁴⁷⁵ Cf. E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR* 311 (1920), p. 4; E. COSTA, *Sul papiro* cit. (nt. 203 supra), p. 4; C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 87; O. LENEL (Pal. Marc. 649); Cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p.11; A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 120.

A expressão "*iusto pretio tunc aestimandam*", de fato, adequa-se ao pensamento justinianeus – cf., especialmente, Nov. 120, 6, 2 (a. 544) ("*... iusta et districta aestimatione facta...*").

⁴⁷⁶ Semelhante construção sobre a necessidade de que sejam estabelecidos critérios para o preço da coisa é trazida em uma passagem de Paulo em F. V. 9, posteriormente ratificada por Trifonino em Trif. 8 *disp.*, D. 20, 5, 12 pr.

⁴⁷⁷ Cf. E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra), p. 235.

⁴⁷⁸ Também não se acredita que houvesse qualquer proibição prática antes da legislação de Constantino – cf. E. COSTA, *Sul papiro* cit. (nt. 203 supra), p. 4.

⁴⁷⁹ Cf. E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra), p. 235.

⁴⁸⁰ Cf. A. GUARINO, *Diritto* cit. (nt. 281 supra), p. 898.

⁴⁸¹ Cf. M. TALAMANCA, *Vendita in generale (diritto romano)*, in *ED* 46 (1993), p. 368. O exame das fontes anteriores a Diocleciano e Maximiniano revela casos em que a diferença entre o preço convencionado e aquele de mercado induzia, em concurso com outros elementos, à invalidade do negócio. É o que se constata, e.g., em Iav. 3 *ex Cass.*, D. 5, 3, 48; Ulp. 15 *ad ed.*, D.

Foi apenas a partir deste momento que pôde ele ser entendido como o correspondente aproximativo do valor real da coisa no momento em que celebrado o contrato⁴⁸³. A exigência de similar medida, dentro outras funções, teve por destaque justamente o intuito de proteger o devedor, como se verifica na hipótese apresentada em *Marc. sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 16, 9⁴⁸⁴.

Além da estimação da coisa entregue a título de penhor ou hipoteca, é curioso notar, que, em relação aos contratos de compra e venda, apenas observou-se obrigatoriedade do "*iustum pretium*" quanto às vendas fiscais⁴⁸⁵. Isso demonstra que, assim como as construções do "*verum pretium*" e do "*certum pretium*", foi o "*iustum pretium*"⁴⁸⁶ requisito exigido em situações específicas da prática contratual romana, não tendo, porém, chegado a constituir regra de aplicação geral e irrestrita.

Apenas para que melhor se esclareça a diferença terminológica, tem-se que enquanto o "*certum pretium*" refere-se à obrigatoriedade do objeto da prestação ser determinado ou determinável⁴⁸⁷, o "*verum pretium*", por sua vez, se presta a ressaltar a seriedade da disposição de interesses das partes, bem como a delimitação da compra e venda de outros suportes fáticos, sobretudo da doação⁴⁸⁸.

À condição de que a transferência da propriedade se opere "*si intra certum tempus pecunia soluta non sit*", assim, é acrescido um novo requisito: a

5, 3, 13, 4; Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5, 3, 13, 5 e Paul. 62 *ad ed.*, D. 42, 8, 7; Ulp. 44 *ad ed.*, D. 38, 5, 1, 12; Ulp. 44 *ad ed.*, D. 38, 5, 1, 15.

Assim, pode-se afirmar que a necessidade de correspondência entre o valor da mercadoria e o preço de aquisição não foi desconhecida ao pensamento jurídico clássico dos romanos.

⁴⁸² Cf. E. ALBERTARIO, *Iustum Pretium* cit. (nt. 475 supra), pp. 1-19. No mesmo sentido, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), pp. 142-148. Contra, M. K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *IURA* 12, 1961, pp. 56-57; P. S. LEICHT, *Laesio enormis e iustum pretium*, in *Studi di Storia e Diritto in onore di Carlo Calisse*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 46.

⁴⁸³ Cf. A. GUARINO, *Diritto* cit. (nt. 281 supra), p. 898; ELIANE MADEIRA, "*Laesio Enormis*" (tese de doutorado), São Paulo, FADUSP, 1998, p. 33. Contra: V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 142; A. DE SENARCLENS, *La maxime "pretium debet esse verum, certum, iustum"*, in *Mélanges Paul Fournier*, Paris, Sirey, pp. 696-699.

⁴⁸⁴ Cf. ELIANE MADEIRA, "*Laesio Enormis*" cit. (nt. 483 supra), p. 34. No mesmo sentido, quanto ao *pactum de distrahendo* – cf. *Philip.*, C. 8, 40, 18 (de 244 d.C.).

⁴⁸⁵ Cf. ELIANE MADEIRA, "*Laesio Enormis*" cit. (nt. 483 supra), p. 34.

⁴⁸⁶ Sobre as relações dos três – cf. ELIANE MADEIRA, "*Laesio Enormis*" cit. (nt. 483 supra), pp. 21 e ss.

⁴⁸⁷ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 138. No mesmo sentido – cf. Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18, 1, 7, 1; Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 24; Ulp. 3 *disput.*, D. 18, 1, 37.

⁴⁸⁸ Cf. M. TALAMANCA, *Vendita* cit. (nt. 481 supra), p. 364; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. (nt. 105 supra), p. 142.

determinação de um preço justo por um terceiro desinteressado. Aqui se encontra justamente a origem do pacto marciano⁴⁸⁹.

É importante notar que, a exemplo da *lex commissoria*, também é este pacto uma convenção acessória que importa, em caso de inadimplemento da obrigação garantida, na transferência definitiva ao credor do bem entregue em garantia.

As duas convenções se diferenciam, todavia, em um aspecto fundamental. Enquanto a *lex commissoria* tem por efeito a extinção da obrigação garantida tão logo seja a transferida a propriedade, o pacto marciano subordina a aquisição pelo credor à prévia avaliação econômica do bem por parte de um terceiro, imediatamente após o inadimplemento⁴⁹⁰.

Consequentemente, definido o valor do bem em relação ao montante do débito restante, é dado o credor à restituição da eventual diferença, caso venha a se beneficiar com o *superfluum*, ou lhe é facultada a compensação do que deixou de receber, caso tenha sido insuficiente a quantia obtida com a venda. Até que isso ocorra, a obrigação apenas parcialmente se extingue⁴⁹¹.

Além disso, ao aceitar a mencionada interpolação relativa ao preço, não seria absurdo deduzir que a proibição do pacto comissório é geral: diz respeito aos casos em que a garantia real foi prestada *com* e àqueles em que foi prestada *sem* transferência da posse. Caso contrário, não haveria razão no silêncio dos compiladores a respeito de uma tão importante limitação à regra⁴⁹².

⁴⁸⁹ Por se tratar de instituto bastante tardio, o estudo do pacto marciano, em regra, costuma ser aliado ao do pacto comissório, sendo quase inexistentes monografias específicas. Nesse sentido, para sua melhor compreensão, preciosos acabam sendo também alguns poucos trabalhos de direito civil que cuidam do tema de modo mais apurado – cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), pp. 11 e ss.; G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Rivista di diritto commune I*, 1997, p. 29 e ss. Entre as várias reconstruções, v., em particular, M. C. DE CICCO, *Il divieto del patto commissorio*, in L. Ferroni (a cura di), *Le nullità negoziali*, Milano, 1998, pp. 486 e ss.

⁴⁹⁰ Cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p. 11.

⁴⁹¹ Cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p. 11. Segundo o autor, por superar as limitações à validade do pacto comissório, o pacto marciano começou a difundir-se justamente quando o pacto comissório foi vedado – cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p. p. 12. No entanto, não há em outros autores ou fontes consultadas qualquer refutação de que a prática do pacto marciano fosse comum antes de Justiniano.

⁴⁹² Cf. E. ALBERTARIO, *Sulla nullità* cit. (nt. 359 supra), p. 236.

Outra expressão ao longo do fragmento de Marciano que costuma suscitar mais dúvidas quanto à sua genuidade⁴⁹³ é "*videtur quodammodo*", que denota uma aparente incerteza ao qualificar a hipótese como uma venda condicional⁴⁹⁴. Novamente, A. BURDESE e A. BISCARDI divergem sobre a questão – desta vez sem que, no entanto, sejam apresentados argumentos realmente consistentes por quaisquer deles.

Para A. BURDESE⁴⁹⁵, já Marciano teria previsto a possibilidade de uma *iure emptoris possidere* em detrimento do ainda válido pacto comissório. Se correto, duas importantes consequências seriam intrínsecas a seu pensamento:

a) não haveria razão para acreditar em uma interpolação de "*iusto pretio tunc aestimandam*" – ou ao menos que esta tenha se dado em virtude da proibição da *lex commissoria*⁴⁹⁶;

b) o fragmento comprovaria que, antes mesmo de sua proibição, a aplicação prática da *lex commissoria* teria sido preterida pela de outros meios acessórios de satisfação do crédito, como é o caso venda condicional⁴⁹⁷.

A escassez de fontes que possam comprovar tais argumentos torna a tese de A. BISCARDI⁴⁹⁸ mais verossímil. Para o autor, nos casos de penhor, em que a *traditio* da coisa é imediata, os efeitos trazidos por um pacto que visasse transferir a propriedade ao credor seriam análogos aos de um contrato de compra e venda incondicionado. A incerteza trazida por "*videtur quodammodo*" abrangeria, portanto, essa situação excepcional em que a venda é pura – ainda que resolúvel.

⁴⁹³ Nesse sentido - cf. S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BIDR* 8 (1895), p. 173.

⁴⁹⁴ Contrariamente, segundo alguns autores mais antigos, a incerteza do juriconsulto referia-se à possibilidade de que se tratasse de venda *incerti pretii* – cf., entre outros, J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht* cit. (nt. 216 supra), pp. 621 e ss.; H. DERNBURG, *Das Pfandrecht* cit. (nt. 216 supra), p. 284. A ideia, embora hoje refutada, não é de todo absurda, na medida que o *certum pretium* é justamente um requisito fundamental para a eficácia da compra e venda consensual em função de garantia – cf. A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 220.

⁴⁹⁵ Cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 121.

⁴⁹⁶ E, nesse sentido, haveria uma contradição com a própria linha de pensamento do autor, aberto defensor da interpolação – cf. A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 120.

⁴⁹⁷ Não há, nas fontes, qualquer menção a situação semelhante.

⁴⁹⁸ Cf. A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), pp. 583-584.

Ao lado de *Marc. sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 16, 9, é costumeiramente analisado *Scaev. 7 dig.*, D. 18, 1, 81 pr., que traz um importante entendimento de Cévola relativo ao *pactum displicentiae*.

Neste fragmento, que abre o livro que trata da compra e venda em sua obra *Digestorum*⁴⁹⁹, questiona-se se os bens dados em garantia ("*...dedit pignori sive hypothecae praedia ...*") poderiam passar à propriedade do fiador que tivesse quitado a dívida com os credores da obrigação principal ("*Quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia ...*").

Com a extinção da obrigação principal pelo adimplemento, a relação acessória representada pela garantia pessoal da fiança assumiria o primeiro plano, passando o fiador à posição de credor. A peculiaridade de ter sido instituída uma concomitante garantia real levantou a eventual possibilidade de que, instituída a *lex commissoria*, pudessem seus efeitos serem estendidos também àqueles que não seriam parte no liame pignoratício propriamente dito⁵⁰⁰.

Para responder a essa questão, é importante que se atente à expressão final "*contractam esse obligationem*", cujo alcance semântico tornou-se polêmico a partir da exposição de A. MANIGK, apresentada na obra clássica *Pfandrechtliche Untersuchungen*⁵⁰¹. Para o autor, que não fundamenta sua posição, o termo *obligatio* indicaria a *obligatio pignoris*.

A tese foi bastante criticada por seus principais opositores⁵⁰² por ser contraditória à anterior expressão "*si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat*", que emprega o mesmo termo para tratar da venda. Ali, a qualificação da venda condicional parece depender da escolha de que seja estipulada uma venda ao invés de um vínculo de garantia⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Cf. O. LENEL (*Pal. Scaev.* 223).

⁵⁰⁰ Cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 87.

⁵⁰¹ Cf. *Untersuchungen* cit. (nt. 258 supra), p. 106; H. DERNBURG, *Das Pfandrecht* cit. (nt. 216 supra), p. 284.

⁵⁰² Cf., especialmente E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* in ZRG 28 (1907), p. 363 e A. BURDESE, "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), p. 122.

⁵⁰³ Cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 87.

Assim como em *Marc. sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 16, 9, portanto, o fragmento apresenta uma questão condicionada ao arbítrio das partes: a *emptio sub condicione* dos bens ocorre simplesmente porque a vontade daqueles que a instituem é no sentido da venda e não da entrega da coisa ao credor a título de garantia⁵⁰⁴.

Em outras palavras, a impossibilidade de que às garantias seja inserida a *lex commissoria*, reduz a solução do problema ao elemento volitivo, genericamente dirigido a uma alienação *in causam obligationis*⁵⁰⁵. Não sendo pactuado o *ius vendendi*, ainda restava ao credor a possibilidade de adquirir a coisa *iure empti*, ou seja, através de uma compra e venda⁵⁰⁶.

Isso foi suficiente para que A. BISCARDI⁵⁰⁷ entendesse estar provado que a proibição de Constantino teria se referido, na verdade, a um instituto grego e não romano. Isso porque a *lex commissoria* romana, que supostamente teria a mesma configuração para a venda e para as garantias reais, continuaria a ser aplicada através da modalidade supramencionada⁵⁰⁸.

Para tanto, no entendimento do autor, a *lex commissoria* nada mais seria do que uma cláusula convencional que se resolve em um contrato condicionado de compra e venda e, sob tal configuração, estaria presente em *Marc. sing. ad form. hypoth.*, D. 20, 1, 16, 9 e *Scaev. 7 dig.*, D. 18, 1, 81 pr⁵⁰⁹. Sua teoria, porém, não explica como poderia subsistir tal construção diante da inexistência de fixação de preço nas relações reais às quais se aplica o pacto.

⁵⁰⁴ Cf., nesse sentido, G. PUGLIESE, *La simulazione* cit. (nt. 71 supra), p. 172.

⁵⁰⁵ Cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 87, para o qual a distinção não teria sentido se a *lex commissoria* fosse ela mesmo uma venda condicional.

⁵⁰⁶ Cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 87; A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 231.

⁵⁰⁷ Cf. A. BISCARDI, *Le garanzie*, cit. (nt. 205 supra), p. 588..

⁵⁰⁸ A hipótese é bastante absurda, não só pela s evidentes diferenças entre a *lex commissoria* na venda e nos direitos reais mencionadas ao longo deste trabalho, como também pela própria configuração da *lex commissoria* no direito grego, cujas peculiaridades foram brevemente levantadas alhures – cf. item II.1.2.3.

⁵⁰⁹ Contra – cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 87. A. BURDESE, “*Lex commissoria*” cit. (nt. 26 supra), pp. 124-125. Para este último, também a venda da garantia sob condição, como pacto análogo à *lex commissoria*, teria entrado sob a proibição de Constantino, como demonstraria, de fato, a interpolação relativa ao preço.

Afastada a tese de A. MANIGK, para E. RABEL⁵¹⁰, tendo por premissa que uma suposta interpolação em "*pignori sive hypothecae*" substituiu a menção ao negócio fiduciário, a configuração dada ao caso seria híbrida: Cévola teria reconhecido a venda, mas atribuído ao comprador as obrigações do fiduciário. Tratar-se-ia, então, originariamente de uma *obligatio fiduciae*.

Apesar de o fragmento não contar com qualquer elemento que permita semelhante conexão ao negócio fiduciário, a tese vigorou por longo período⁵¹¹ até uma melhor solução ser levantada por A. BURDESE.

Segundo o autor⁵¹², é mais provável que a expressão "*contractam esse obligationem*" seja, na verdade, a forma resumida de um discurso mais longo sobre a incumbência do comprador de pagar o preço, a exemplo do que ocorre em Marc. sing. ad form. hypoth., D. 20, 1, 16, 9 e também em F.V. 9⁵¹³.

⁵¹⁰ Grundzüge cit. (nt. 243 supra), p. 363.

⁵¹¹ No mesmo sentido – cf. W. ERBE, *Die Fiduzia* cit. (nt. 26 supra), p. 10.

⁵¹² "*Lex commissoria*" cit. (nt. 26 supra), pp. 122-123.

⁵¹³ Cf. nt. 476 supra.

III. OS ATUAIS LIMITES DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO ÀS GARANTIAS REAIS TÍPICAS

1. A CONFIGURAÇÃO DA PROIBIÇÃO NAS MODERNAS CODIFICAÇÕES⁵¹⁴

O CC/02 trouxe a proibição do pacto comissório⁵¹⁵ em seus artigos 1.365 e 1.428, ao tratar das garantias reais tradicionais e da alienação fiduciária em garantia. Esta última, aliás, representou importante inovação em relação ao CC/16, que apenas deu disciplina específica ao penhor, à hipoteca e à anticrese⁵¹⁶.

Antes, porém, de passar à análise do instituto no direito pátrio, fazem-se pertinentes algumas breves e superficiais considerações sobre o tratamento a ele concedido nas legislações estrangeiras. Embora nem sempre sob os mesmos fundamentos⁵¹⁷, os efeitos da proibição romana vista alhures estenderam-se amplamente aos ordenamentos modernos, em especial àqueles de tradição jurídica romano-germânica.

Nesses países, doravante elencados de modo apenas exemplificativo, a fim de traçar mero panorama que auxilie em uma melhor compreensão de como a proibição se apresenta hodiernamente⁵¹⁸, pode-se didaticamente dividir o tema em três principais grupos:

⁵¹⁴ Cientes de que a mera reprodução de dispositivos legais, destacada de mais completa exegese, em regra, seja sinônimo de pobreza técnico-científica, optamos, contudo, por sua utilização, para facilitar a melhor compreensão do leitor sobre a variada forma de apresentação da regra na legislação estrangeira.

⁵¹⁵ Sobre a terminologia – cf. item II.1.1.

⁵¹⁶ A proibição no diploma de 1916 era assim trazida em seu art. 765: “*É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento*”.

⁵¹⁷ Cf. item III.3.

⁵¹⁸ Neste primeiro momento não se pretende, portanto, desenvolver qualquer comparação jurídica *stricto sensu*. Isso porque, como se espera ter deixado claro desde sua introdução, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema da proibição do pacto comissório no CC/02. Diferentemente, no tocante ao ordenamento pátrio, foram selecionadas algumas temáticas pertinentes à compreensão da aplicação da regra às garantias reais típicas, sendo que eventuais

a) Codificações que adotam a proibição sem ressalvas.

b) Codificações em que, embora a proibição ainda seja a regra, são expressamente previstas as hipóteses de venda ou dação posteriores ao inadimplemento.

c) Codificações em que a proibição foi revogada.

Transcorridos mais de dezoito séculos desde sua oficialização, a vedação de Constantino continua sendo a regra ainda adotada por grande parte dos países de direito continental europeu e latino-americano – inclusive o nosso. No entanto, a existência desse terceiro grupo, pautado em corrente mais recente que admite a aplicação do pacto, demonstra que ela começa a sofrer erosões⁵¹⁹.

1.1. CODIFICAÇÕES QUE ADOTAM A PROIBIÇÃO SEM RESSALVAS

Na Itália, país a questionar de modo mais contundente a proibição⁵²⁰, o debate em relação à regra era bastante significativo já sob a égide do Código de

comentários de caráter verdadeiramente substancial acerca das legislações estrangeiras serão levantados nesses momentos oportunos.

⁵¹⁹ A pertinente expressão é cunhada por Cf. L. G. HADDAD, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro* (tese de doutorado em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2013, p. 37.

⁵²⁰ Dentre as obras pioneiras, destaca-se a de C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra). Antes desta, porém – cf. E. BETTI, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. 24, Milano, Francesco Vallardi, 1931, pp. 689-715; F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Studi di diritto processuale*, v. I, Padova, Cedam, 1928, pp. 487-492; G. MIRABELLI, *Diritto dei Terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889, p. 598; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2ª ed., Milano, 1918, p. 706; B. BRUGGI, *Il patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1919, p. 396; V. ANDRIOLI, *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, libro 6, *Tutela dei diritti. Art. 2.740-2.899*, Bologna, Nicola Zanichelli, 1945, pp. 49-54; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 2ª ed., Torino, UTET, 1949, pp. 5-25; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile, Metodo-teoria-pratica*, Saggi, Milano, Giuffrè, 1951. Ainda sobre o tema, V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 13 e ss.; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, Jovene, 1968; C. M. BIANCA, *Patto commissorio (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XII, Torino, UTET, 1965, pp. 711-721; U. CARNEVALI, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), pp. 499-506; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, in *Il Codice Civile – Commentario diretto da Piero Schlesinger. Art. 2740-2744*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 205-268; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Rivista di Diritto Civile*, v. 36, Padova, 1990, pp. 219-242, M. G. CUBEDDU, *Patto commissorio e vendita con patto di*

1.865, especialmente no que diz respeito (a) à aplicação do pacto à hipoteca e (b) à possibilidade de que fosse celebrado *ex intervallo* – ou seja, não antes, mas durante a vigência do contrato de garantia⁵²¹.

Em relação à primeira questão, suscitada pela ausência de qualquer menção legal que restringisse a aplicação do pacto à hipoteca⁵²², prevaleceu na jurisprudência o entendimento favorável à validade do pacto comissório aposto a tal espécie de garantia. O pacto comissório imobiliário era, desse modo, plenamente aceito nos tribunais italianos à época⁵²³.

Na doutrina, por outro lado, dominou a tese oposta, contrária à validade do acordo sob qualquer circunstância, por entender cabível uma interpretação analógica ao penhor e à anticrese⁵²⁴. As implicações práticas de semelhante construção, por óbvio, eram ainda bastante incipientes, quase especulativas, sem o devido respaldo jurisprudencial.

A tendência à tomada de posições mais flexíveis pela jurisprudência também se reproduziu quanto ao problema do pacto comissório *ex intervallo*, ao

riscatto – la risposta delle sezioni unite, in *Rivista di Diritto Civile*, v. 36, n. 5, Padova, 1990, pp. 615-630; F. ANGELONI, *Sulla responsabilità disciplinare del notaio che roghi un atto contenente un presunto patto commissorio*, in *Contratto e Impresa*, v. 16, n. 3, Padova, 2000, pp. 1086-1100; R. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e “sale-lease-back”*, in *Rivista di Diritto Civile*, v. 37, n. 5, Padova, 1991, pp. 535-569; I. RIVA, *Il contratto di “sale and lease back” e il divieto del patto commissorio*, in *Contratto e Impresa*, v. 17, n. 1, Padova, 2001, pp. 300-324, M. I. BRUGI, *Patto commissorio (voce)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2010, pp. 1-16.

⁵²¹ Cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p. 76.

⁵²² Por outro lado, a menção fazia-se presente em relação ao penhor e à anticrese – cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 12; C. M. BIANCA, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), p. 713; U. CARNEVALI, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), pp. 500-501; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani* cit. (nt. 520 supra), p. 220; F. ANGELONI, *Sulla responsabilità* cit. (nt. 520 supra), pp. 1088-1089.

⁵²³ Inicialmente, na jurisprudência prevaleceu a opinião contrária motivada pelo fato que as razões da proibição deveriam considerar-se válidas também para a hipoteca – cf., e.g., Cass.Firenze, 02/07/1917, in *Giur.it.*, I, 1918, pp. 500 e ss. Sucessivamente, uma decisão da *Cassazione Romana* torna dominante a opinião contrária, e se baseava no entendimento de que a proibição trazida pela lei, limitando a liberdade das partes, deveria ser considerada uma norma de caráter excepcional e, como tal, não poderia ser aplicada por analogia – cf. Cass.Roma, 28/07/1923, in *Foro Italiano*, Torino, Giappichelli, 1923, pp. 935 e ss. Para um maior aprofundamento sobre as discussões doutrinárias à época – cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 526 supra), pp. 77-79.

⁵²⁴ Cf. E. BETTI, *Su gli oneri* cit. (nt. 520 supra), pp. 689-715; F. CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), pp. 487-492; B. BRUGGI, *Il patto* cit. (nt. 520 supra), p. 396.

qual era favorável⁵²⁵. Uma vez mais, a ela mostrou-se contrária significativa parcela da doutrina, que entendia *contra legem* também o pacto celebrado em momento posterior à garantia⁵²⁶.

A partir de 1.942, a proibição vem positivada nos artigos 2.744 e 1.963 do *Codice Civile*⁵²⁷, que, com redação bastante semelhante, tratam respectivamente do penhor e da hipoteca, e da anticrese.

No entanto, se, ao vedar absolutamente a celebração do pacto, o legislador, de um lado, resolveu as mencionadas questões tão discutidas na vigência da precedente codificação, de outro, com a consequente ampliação dos limites do tipo legal, introduziu um novo problema aos intérpretes: o de individuar o efetivo alcance da nova norma⁵²⁸.

Passou-se a questionar, nesse sentido, se a proibição à transferência convencional da propriedade como reforço ao contrato de garantia atingiria apenas o pacto comissório ou se também seria possível aplicá-la a qualquer outro negócio acessório de análogos efeitos. Deste assunto, no entanto, trataremos mais adiante⁵²⁹.

Por ora, interessa saber que, da literalidade dos dispositivos de seu código vigente, o ordenamento italiano, a princípio, sem ressalvas⁵³⁰, sanciona

⁵²⁵ Cf., e.g., Cass.Torino (10/03/1887), in *Foro Italiano*, Torino, Giappichelli, 1887, pp. 484 e ss.; Cass.Torino (10/03/1919), in *Rivista del Diritto Commerciale*, Padova, Piccin, 1919, pp. 396 e ss.

⁵²⁶ G. MIRABELLI, *Diritto dei Terzi* cit. (nt. 520 supra), p. 598; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi* cit. (nt. 520 supra), 2ª ed., Milano, 1918, p. 706; B. BRUGGI, *Il patto* cit. (nt. 520 supra), p. 396. Contra – cf. C. VIVANTE, *Tratatto di diritto commerciale*, v. 4, 5ª ed., Milano, Fratelli, Bocca, 1926, p. 282.

⁵²⁷ “2.744. È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell’ipoteca o del pegno” (= É nulo o pacto pelo qual se estabelece que, na ausência do pagamento do crédito no termo fixado, a propriedade da coisa hipoteca ou dada em penhor seja transferida ao credor. O pacto é nulo também se posterior à constituição da hipoteca ou do penhor) (tradução nossa).

“1.963. È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell’immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito” (= É nulo qualquer pacto, ainda que posterior à celebração do contrato, que estabeleça que a propriedade do imóvel seja transferida ao credor no caso de faltante pagamento do débito) (tradução nossa).

⁵²⁸ Cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p. 49.

⁵²⁹ Cf. item III.2.1.

⁵³⁰ Sobre este último ponto cabe, contudo, ressaltar que nada é dito sobre a circunstância de a dívida estar ou não vencida. Em outras palavras, a legislação toma por marco o período de

com nulidade a convenção comissória, *in continenti* ou *ex intervallo*, nos contratos de penhor, hipoteca e anticrese.

1.2. CODIFICAÇÕES EM QUE, EMBORA A PROIBIÇÃO AINDA SEJA A REGRA, SÃO EXPRESSAMENTE PREVISTAS AS HIPÓTESES DE VENDA OU DAÇÃO POSTERIORES AO INADIMPLEMENTO

Em Portugal⁵³¹, a proibição é trazida nos artigos 694, 678, 665 e 753⁵³² do Código Civil de 1.966⁵³³, em relação à hipoteca⁵³⁴, ao penhor, à consignação de rendimentos de bens imóveis⁵³⁵ e simples privilégios creditórios.

constituição da hipoteca, do penhor (art. 2.744) ou da anticrese (1.963), mas é silente quanto à eventual possibilidade de celebração do pacto comissório no caso de já verificado o inadimplemento. Sobre este ponto –cf., especialmente, L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p.40.

⁵³¹ Também em Portugal são escassos os trabalhos que tratem diretamente da proibição – cf. I. ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório*, Coimbra, Almedina, 2006; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Locação financeira repositiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – Negócio fiduciário, mútuo e ação executiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 77, Coimbra, 2001, pp. 575-632. Mais genericamente – cf. A. MENEZES CORDEIRO; *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993; M. J. ALMEIDA COSTA, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria – Notas de direito comparado*, in *Direito e Justiça*, v. 1, n. 1, 1980, pp. 41 a 57; M. J. ALMEIDA COSTA, *Penhor – Ilícitude na Guarda da Coisa Penhorada – Venda Antecipada*, in *Colectânea de Jurisprudência*, t. 2, v. 10, 1985, pp. 19-29; L. CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Civil Português*, v. 5, Coimbra, Coimbra, 1932, pp. 20 e ss.; F. A. PIRES DE LIMA – J. M. ANTUNES VARELLA, *Código Civil Anotado*, v. 1, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 1987, pp. 57 e ss.; J. P. FAZENDA MARTINS, *Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 30 e ss.; J. F. RODRIGUES BASTOS, *Das Obrigações em Geral – Segundo o Código Civil de 1966*, v. 4, Viseu, Guerra, 1973, pp. 121 e ss.; M. I. H. MENEZES CAMPOS, *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 3 e ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 3º vol., *Contratos em Especial – Compra e Venda, Sociedade, Mútuo, Mandato, Empreitada*, 2ª ed., Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, pp. 42 e ss.; L. A. CARVALHO FERNANDES, *A Conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, Quid Iuris?, 1993, pp. 84 e ss.; L. A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 4ª ed., Lisboa, Quid Iuris?, 2003, pp. 134 e ss.; L. A. CARVALHO FERNANDES, *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in *Estudos sobre a Simulação*, Lisboa, Quid Iuris?, 2004, pp. 36 e ss.; J. DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Anotado*, v. 2-3, 2ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895, pp. 267 e ss.

⁵³² “694. É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”. “678. São aplicáveis ao penhor, com as necessárias adaptações, os artigos 692.º, 694.º a 699.º, 701.º e 702.º”. “665. São aplicáveis à consignação, com as necessárias adaptações, os artigos 692.º, 694.º a 696.º, 701.º e 702.º”. “673. São aplicáveis aos privilégios, com as necessárias adaptações, os artigos 692.º e 694.º a 699.º”.

Importa ressaltar que J. M. ANTUNES VARELLA qualifica a redação do art. 694, que traz a definição do instituto sob a epígrafe “pacto comissório” como um “princípio geral” aplicável às

Mais recentemente, em 2003, o Decreto-lei n.º 38, o art. 675 passou a figurar com a seguinte redação: “1 - Vencida a obrigação, adquire o credor o direito de se pagar pelo produto da venda executiva da coisa empenhada, podendo a venda ser feita extraprocessualmente, se as partes assim o tiverem convencionado. 2. É lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pelo valor que o tribunal fixar”.

Com a reforma, substituiu-se o termo “extrajudicial” por “extraprocessual”⁵³⁶, o que, para R. PINTO⁵³⁷, representou uma verdadeira

hipotecas e, por consequência, às garantias reais em geral – cf. *Das obrigações em geral*, v. 2, 10ª ed., Lisboa, Almedina, 2000, pp 554-555.

⁵³³ Embora o Código de Seabra não fizesse referência expressa à denominação “pacto comissório”, como sucede no atual Código Civil de 1966, dois eram os preceitos que lhe faziam referência: um relativo ao penhor (artigo 864) e outro à hipoteca (artigo 903). Na primeira dessas disposições, previa-se que “o credor não pode ficar com o objecto do penhor, em pagamento da dívida, sem avaliação, ou por avaliação por ele feita (...)” e na segunda estabelecia-se que “o credor não pode, na falta de pagamento, apropriar-se do prédio hipotecado, excepto arrematando-o em praça ou sendo-lhe adjudicado; na sexta arrematação ou adjudicação far-se-á sempre, seja qual for o valor do prédio e o da dívida assegurada por hipoteca, salvo se o credor consentir em outra coisa”.

Como consequência da proibição do pacto comissório, a execução do penhor só podia fazer-se judicialmente ou, se assim tivesse sido convencionado, extrajudicialmente – cf. I. ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório* cit. (nt. 531 supra), p. 51.

⁵³⁴ É interessante notar que nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, A. VAZ SERRA tratou do penhor de forma mais cuidadosa do que a hipoteca, cuja disciplina da proibição optou por simplesmente remeter às normas àquele relativas – cf. *Penhor*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 59, Lisboa, Gabinete de documentação e direito comparado, 1956, p. 148. No entanto, no atual Código Civil português foi utilizada a técnica inversa. Ou seja, prevê-se a proibição do pacto comissório no regime da hipoteca e depois regista-se a permissão para o art. 694 do Código Civil nas restantes garantias reais. A redação definitiva de tal artigo apenas veio a ocorrer no Projeto do Código Civil propriamente dito – cf. J. F. RODRIGUES BASTOS, *Das Obrigações em Geral – Segundo o Código Civil de 1966*, v. 4, Viseu, Guerra, 1973, p. 227.

⁵³⁵ Bastante semelhante à anticrese, a consignação de rendimentos consiste na aplicação dos rendimentos de certos imóveis sujeitos a registro à garantia do cumprimento de uma obrigação (que pode ser condicional ou futura), e do pagamento dos respectivos devidos, ou tão só do cumprimento da obrigação ou do pagamento dos juros – cf. J. P. FAZENDA MARTINS, *Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa, Lex, 1997, p. 99.

⁵³⁶ Apesar da discussão gerada pelo termo, a doutrina portuguesa parecia acolher pacificamente a possibilidade de se recorrer à venda extraprocessual, sem necessidade da observância de quaisquer regras específicas – cf., nesse sentido, J. A. REIS, *Processo de Execução*, v. 2, Coimbra, Coimbra, 1982, p. 320; F. A. PIRES DE LIMA – J. M. ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, v. 1, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 1987, p. 694; A. R. MENDES, *O processo executivo e a economia*, in *Sub judice – Justiça e Sociedade*, n.º 2, 1992, p. 56; R. PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, Principia, Cascais, 2002, p. 224; P. R. MARTINEZ – P. F. PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 173-174; J. P. FAZENDA MARTINS, *Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa, Lex, 1997, p. 112.

desjudicialização da venda executiva. Isso porque as vendas, que antes poderiam ser realizadas na presença ou não de um juiz, passaram a ser de responsabilidade de uma única entidade, qual seja, o agente de execução⁵³⁸.

Já a segunda parte, que nos é mais interessante, foi mantida pelo legislador português. Por ela, permite-se que o credor fique com a coisa pelo preço que venha a ser fixado pelo Tribunal, caso assim tenham acordado as partes⁵³⁹.

No que diz respeito a este último ponto, o texto representa, em certa medida, um retorno à redação das Ordenações Afonsinas – que tratavam do tema no Livro 4, Título 39, posteriormente reproduzido nas Ordenações Manuelinas (Livro 4, Título 26) e Filipinas (Livro 4, Título 56)⁵⁴⁰.

A regra geral trazida pelas ordenações reinícolas era justamente a de proibição ao pacto comissório. No entanto, admitia-se que as partes estipulassem a possibilidade de o credor ficar com a coisa empenhada pelo “justo preço”, caso em que a avaliação deveria ser feita por “*dous homees boôs juramentados, e escolheitos polas partes, a saber, per cada hum seu*”.

⁵³⁷ Penhora, Venda e Pagamento – Algumas Notas em Face das Alterações Impostas pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, Lisboa, Lex, 2003, p. 83.

⁵³⁸ Para I. ANDRADE DE MATOS, à semelhança do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos em que os procedimentos de venda extraprocessual se encontram expressamente regulados, com o intuito precisamente de acautelar a posição do devedor, o legislador português deveria estabelecer os requisitos e trâmites aplicáveis à venda extraprocessual – cf. *O Pacto Comissório* cit. (nt. 531 supra), p. 128.

⁵³⁹ Como lembra, L. G. HADDAD, embora represente uma mitigação à regra, é importante notar que o direito português não afastou a aplicação do pacto – cf. *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 38.

É o que se verifica, e.g. no Acórdão n.º 2.832 do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de janeiro de 2001, em que vedou-se à entidade financeira liquidar a aplicação de titularidade do devedor e, com os recursos daí decorrentes, pagar-se mediante compensação, sob pena de caracterização do pacto comissório – cf. I. ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório* cit. (nt. 531 supra), p. 128.

⁵⁴⁰ Cf. *Ordenações Filipinas*, reprodução fac-simile da edição feita por Cândido Mendes de Almeida no Rio de Janeiro em 1870, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985, p. 850.

Ao analisar o diploma, M. A. COELHO DA ROCHA destaca que a razão de ser da nulidade cominada pelo pacto comissório não está em o credor ficar com o bem empenhado, mas sim em fazê-lo *sem avaliação*, ou com avaliação feita por ele mesmo; se o pacto é acompanhado de ajuste sobre a realização dessa avaliação, com a participação de peritos nomeados por credor e devedor, deixa de haver razão para a invalidade – cf. *Instituições de direito civil portuguez, para uso de seus discípulos*. t. 2, 2ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, pp. 494-495. No mesmo sentido – cf. J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto portuguez ou tractado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar e de a transferir por derradeira vontade para servir de subsídio ao novo Código Civil*, t. 3, 5ª edição, Coimbra, J. Augusto Orcel, 1860, pp. 193-195.

À semelhança das regras romanas⁵⁴¹, as Ordenações Afonsinas consideravam lícito o pacto marciano, estabelecendo a forma de se proceder à avaliação do bem dado em garantia.

Aliás, modernamente, embora o instituto seja amplamente aceito, raras são as codificações que o trazem de forma expressa. É o caso do Código argentino, que, em seu art. 3.223⁵⁴², traz explicitamente a figura do mencionado pacto⁵⁴³.

Assim, de um lado, o art. 3.222 do Código Civil argentino prevê a proibição do pacto comissório, ainda que o valor do bem seja inferior ao montante da dívida, e, de outro, tolera a aplicação do pacto marciano em relação ao penhor⁵⁴⁴, como mecanismo capaz de contorná-la⁵⁴⁵.

Para tanto, sustenta a doutrina argentina⁵⁴⁶ que, diante da possibilidade de simulação, sob pena de nulidade, a ulterior avaliação pericial apenas poderia ser dispensada nos casos em que a coisa tenha um valor de mercado facilmente determinável⁵⁴⁷.

⁵⁴¹ Sobre o pacto marciano – cf. item II.3.1.2.

⁵⁴² A regra estende-se ainda ao artigo 8º da Lei 14.005, que trata da compra e venda de lotes a prazo (=“*el pacto comisorio por falta de pago, no podrá hacerse valer después que el adquirente haya abonado la parte de precio que se establece en el artículo anterior, o haya realizado construcciones equivalentes al cincuenta por ciento del precio de compra*”).

⁵⁴³ Em termos semelhantes àqueles contidos no código civil argentino, a lei mexicana sanciona com nulidade o pacto comissório, entendido como aquele que autoriza o credor a se apropriar do bem empenhado, ainda que de valor inferior ao montante da dívida – cf. artigo 2.887 do Código Civil mexicano. A proibição não está expressa em relação à hipoteca, embora seja feita remissão à legislação processual para a indicação dos modos de realização dos direitos do credor hipotecário e se afirme que o credor pode adquirir o bem hipotecado em arrematação judicial – cf. artigo 2.916 do Código Civil mexicano. O mesmo art. 2.916 também é expresso a respeito da validade do pacto marciano em sede de hipoteca.

⁵⁴⁴ O artigo 3.252 do mesmo código, além de reproduzir a proibição do pacto comissório no âmbito da anticrese, estende expressamente a sanção de nulidade à cláusula pela qual o credor se torne proprietário do imóvel por preço fixado por peritos escolhidos de comum acordo entre as partes, ou mesmo de ofício.

⁵⁴⁵ Como se extrai do teor dos artigos, a avaliação do bem deve ocorrer por ocasião do vencimento da dívida, e não no momento da constituição da garantia.

⁵⁴⁶ Cf., especialmente, F. VIALE SALAZAR, *El derecho de prenda y la realización de la prenda en los códigos civiles de la República de Chile y de la República Argentina que recogen los proyectos Bello y Vélez Sársfield, respectivamente*, in *Revista Pontificia Universidad Católica del Perú*, n° 42, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, p. 181; R. F. GARRIDO – L. O. ANDORNO, *Código Civil Anotado - Derechos Reales*, v. 4, Buenos Aires, Zavallía, 1976, p. 747; G. A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil - Reales*, v. 2, Buenos Aires, Perrot, 1975, p. 383.

⁵⁴⁷ Esse entendimento vai contra as notas que acompanham o código, nas quais se lê que, ainda que se provasse que a coisa não tem um valor superior à dívida que garante, não haveria

Na Espanha⁵⁴⁸, o pacto comissório não se encontra expressamente vedado aos contratos de penhor e hipoteca. No entanto, a regra deriva de uma interpretação extensiva do artigo 1.859, que estabelece taxativamente a proibição genérica de apropriação do bem por parte do credor⁵⁴⁹.

Em outras palavras, proíbem-se quaisquer acordos que tenham efeitos análogos àqueles do pacto comissório. A proibição a este, por sua vez, apenas é trazida de forma expressa no artigo 1.884, em relação à anticrese.

Vale notar que, pela literalidade deste último dispositivo, caso não seja possível adjudicar o bem após duas hastas públicas, a propriedade poderá ser transferida ao credor, que será obrigado a confirmar a quitação. Trata-se de medida bastante semelhante àquela adotada pelo direito pátrio para a excussão do bem dado em alienação fiduciária⁵⁵⁰.

razão para autorizar o pacto comissório, sob o risco de que uma demasiada tolerância da lei levasse à multiplicação de convenções análogas que ocultassem abusos mais graves – cf. D. VELEZ SANSFIELD, *Código de la Republica Argetina – tales como fueron publicadas*, Buenos Aires, Pablo e Coni, 1872, p. 193.

⁵⁴⁸ Sobre o tema, no direito espanhol – cf. M. I. FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995, p. 35; R. GOLDSCHMIDT, *Pacto comisorio*, em *Diccionario de Derecho privado*, v. 2, Barcelona, Labor, 1961, p. 2866; J. ORLANDIS ROVIRA, *La prenda como procedimiento coactivo*, in *Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, t. 14, Madrid, Universidad de Murcia, 1942-1943, pp. 84 e ss.; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *El derecho civil español – tratado de las obligaciones*, t. 5, Madrid, Civitas, 1869, p. 256; J. M. ITURRASPE – M. A. PIEDEACASAS, *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 432 e ss.; F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. 3-4, Madrid, Civitas, 1852, p. 176; M. ALBALADEJO, *Derecho Civil – Derechos de Bienes*, v. 2, Madrid, Bosch, 1994, pp. 137 e ss.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. 12, Madrid, Reus, 1969, p. 543; F. REGLERO CAMPOS, *Ejecución de las garantías en la contratación mercantil*, v. 2, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, 1996, p. 421.

⁵⁴⁹ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios cit.* (nt. 548 supra), p. 543.

⁵⁵⁰ Cf., nesse sentido, L. G. HADDAD, ao se referir à matéria de que tratam o Decreto-lei n.º 911/69, a Lei n.º 9.514/97 e a Lei n.º 10.931/04 – cf. *A proibição cit.* (nt. 519 supra), p. 39.

Regra idêntica também se verifica no código civil chileno que, ao estabelecer a nulidade do pacto comissório em relação aos credores pignoratício e hipotecário, em seu art. 2.397, prevê que, na falta de oferta de aquisição por terceiros, é admitida a adjudicação do bem ao credor, desde que o valor do bem seja determinado por peritos e que a imputação ao montante do crédito se dê apenas até o valor assim determinado, sem prejuízo de outras formas de cobrança do crédito. Qualquer outro modo de disposição ou apropriação do bem empenhado, distinto dos expressamente previstos, é tido por ilícito.

Igualmente, pelo art. 2.882 do código civil mexicano, mostrando-se infrutífera a venda, o credor pode obter a adjudicação do bem, nos termos da lei processual.

A atual orientação espanhola curiosamente diverge daquela estabelecida em seu anteprojeto de *Código*, que, no artigo 6º, autorizava o pacto comissório, desde que estabelecido de comum acordo entre as partes⁵⁵¹.

A norma foi considerada “chocante” pela doutrina⁵⁵², que a atribuiu exclusivamente ao gênio inventivo do legislador de então, já que entre suas possíveis fontes de inspiração, como o artigo 2.078 do Código francês, o artigo 2.150 do anteprojeto belga e o artigo 29 do Código prussiano, o pacto encontrava-se absolutamente proibido.

Também as *Siete Partidas*⁵⁵³, aliás, proíbem o pacto. Excepcionalmente, contudo, autorizam a transferência da propriedade da coisa objeto do contrato de penhor ao credor, caso seja ela avaliada por “*hombres bonos*” no momento em que verificado o inadimplemento. Sem qualquer ressalva, por outro lado, a proibição também é trazida no *Fuero Real*⁵⁵⁴.

A partir de 11 de março de 2005, estabeleceu-se por meio do *Real Decreto-ley 5* uma importante exceção à proibição, reflexo de uma corrente “*aperturista*”⁵⁵⁵ de pensamento. Grosso modo, o mencionado diploma legal visa estabelecer reformas urgentes para impulsionar a produtividade através das chamadas “garantias financeiras” firmadas entre entidades típicas do mercado financeiro ou entre tais entidades e demais pessoas jurídicas.

Por meio dele, passou-se a admitir, em caso de inadimplemento, a venda ou apropriação direta ao credor nos casos em que o objeto das garantias são bens efetivos – assim entendidos, *e.g.*, dinheiro abonado em conta, valores negociáveis e outros instrumentos financeiros⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ “No puede el acreedor apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, salvo pacto en contrario”.

⁵⁵² Cf. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* cit. (nt. 548 supra), p. 176.

⁵⁵³ Cf. P. 5, 13, 12.

⁵⁵⁴ Cf. 3, 19, 9.

⁵⁵⁵ Cf. M. I. FELIÚ REY, *La prohibición* cit. (nt. 548 supra), p. 42; F. REGLERO CAMPOS, *Ejecución de las garantías* cit. (nt. 548 supra), p. 427.

⁵⁵⁶ Outra interessante reflexão sobre a mitigação do pacto surgida na Espanha foi suscitada pela Resolução da Direção geral dos Registros e Notariado, de 10 de junho de 1986. Essa resolução decorreu de controvérsia instaurada sobre a possibilidade de serem lavradas e registradas escrituras públicas que refletissem opções de compra sobre bens, outorgadas em garantia do pagamento de dívidas. A despeito de a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal espanhol admitir como lícita a celebração de negócios fiduciários, a direção dos registros notariais

Também o *Bürgerliches Gesetzbuch* conhece expressamente a proibição do pacto comissório, em relação à hipoteca (§1.149) e ao penhor (§ 1.229). Uma das interessantes peculiaridades do direito alemão, nessa matéria, está em admitir a validade da dação em pagamento celebrada após o vencimento da obrigação, a exemplo da orientação posteriormente firmada pelos parágrafos únicos dos artigos 1.365 e 1.428 do CC/02.

Pelo sistema do BGB, aliás, em momento anterior à exigibilidade do débito, considera-se inadmissível o reconhecimento a validade do pacto comissório, ainda que acompanhado do pacto marciano. Isso porque semelhante situação violaria a imprescindível proporção entre o débito e o valor do bem executado disciplinada em seus §§ 138 e 139⁵⁵⁷.

De qualquer modo, curiosamente, se comparado ao restante dos países de direito ocidental europeu, o ordenamento alemão, em detrimento do pacto comissório, privilegia o uso de outros instrumentos negociais para realizar a função de garantia, como, *e.g.*, a simples transferência da propriedade com escopo de garantia e esquemas contratuais análogos à reserva de propriedade⁵⁵⁸.

Dentre esses instrumentos, merece destaque a *Sicherungsübereignung*⁵⁵⁹, transferência da propriedade que se substancia em uma alienação de tipo fiduciário acompanhada do constituto possessório do bem dado em garantia. O negócio, mais comum às garantias mobiliárias⁵⁶⁰, consente ao

espanhóis entendeu que tal opção de compra em garantia violava a proibição do pacto comissório, prevista nos artigos 1.859 e 1.884, do Código Civil – cf., sobre o tema, L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 39.

⁵⁵⁷ Cf. nesse sentido, L. ENNERCCERUS – T. KIPP – M. WOLF – L. RAISER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht*, Marburg, N. G. Elwert, 1904, pp. 57-58; L. RAAPE, *Verfallklausel bei Pfand und Sicherung-Übereignung*, Berlin, F. Vahlen, 1913, p. 102.

⁵⁵⁸ Para a análise comparada entre o sistema alemão e o italiano, especificamente – cf. M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio – Studio di diritto comparato I*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 98.

⁵⁵⁹ Sobre o tema – cf., especialmente, R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung VI*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1963, pp. 132 e ss.; R. SERICK, *Deutsche Mobiliarsicherheiten*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1988, pp. 488 e ss.; R. SERICK, *Freigabeklausen, Deckungsgrenze und Haftungsbegrenze*, in *Neue juristische Wochenschrift*, München, Beck, 1997, pp. 1592 e ss.; E. M. KIENINGER, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 67 e ss.

⁵⁶⁰ Teoricamente, nada impede sua aplicação em relação aos bens imóveis; na prática, contudo, prefere-se recorrer à constituição de simples direitos reais de garantia – cf. R. SERICK,

credor adquirir a propriedade em garantia, que tem, porém, um conteúdo da propriedade plena enquanto durarem os efeitos da obrigação.

Em caso de inadimplemento, por força do o §138 do BGB, recorre-se ao *ius vendendi* do credor, que será satisfeito até o limite de seu crédito. É possível, ainda, que, mediante prévio acordo entre as partes, possa o credor apropriar-se do bem, com a restituição ao devedor do valor excedente, sem que haja violação à proibição do pacto comissório, diante da inexistência de qualquer prejuízo ao vendedor⁵⁶¹. Essa cláusula, no entanto, tem modesta aplicação, considerando-se que o predominante interesse dos financiadores não reside no bem em si, mas em seu correspondente econômico⁵⁶².

A hipótese trazida pela *Sicherungsübereignung* conduz, assim, a um dos exemplos mais significativos de como um sistema jurídico culturalmente vizinho tenha sido capaz de romper com a tradicional – e ineficiente – separação entre os campos das obrigações e da responsabilidade patrimonial, em normas que privilegiam uma resolução mais elástica e moderna dos conflitos entre credor e devedor.

Ainda que o foco do presente item sejam os assim chamados países de tradição romano-germânica, restam algumas finais e pertinentes observações sobre o regime adotado no sistema norte-americano⁵⁶³.

Prevalece ao longo do território a regra trazida pelo artigo 9 do *Uniform Commercial Code* (“U.C.C.”)⁵⁶⁴, que, desde 1.952, tem sido

Deutsche Mobiliarsicherheiten cit. (nt. 559 supra), p. 488. No mesmo sentido – cf. M. BUSSANI, *Il problema* cit. (nt. 558 supra), p. 98.

⁵⁶¹ Cf. R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung i-VI*, Heidelber, 1963-1986.

⁵⁶² Cf., nesse sentido, R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt* cit. (nt. 559 supra), p. 132; E. M. KIENINGER, *Mobiliarsicherheiten* cit. (nt. 559 supra), p. 67.

⁵⁶³ A questão é mais amplamente abordada no Brasil – cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 48 e ss.

Dispensa-se aqui a análise dos sistemas de *Common Law*. Isso porque ainda que preveja meios que impliquem na transferência física da coisa ao credor (como o instituto da *pledge*, por exemplo), a peculiar possibilidade de divisão do direito de propriedade constitui barreira que dificulta uma análise linear com sistemas romano-germânicos, que não a admitem. Sobre a impossibilidade de que uma eventual uniformização de regras sobre o tema atinja o direito inglês – cf. G. MCCORMACK, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 99-122.

constantemente atualizado com o objetivo de harmonizar regras relativas a relações comerciais nos Estados Unidos.

A disciplina aplicável ao inadimplemento de dívidas amparadas por garantias consta da parte 6 do *Article 9*, sob o título *Default* (=Inadimplemento), que conta com 28 *sections*, também estas divididas em sub-itens⁵⁶⁵. A possibilidade de compra do bem dado em garantia pelo próprio credor garantido – que guarda relação com o pacto comissório⁵⁶⁶ – está prevista na §9-610(c)⁵⁶⁷.

Por esse dispositivo, a aquisição do bem dado em garantia pelo próprio credor apenas é possível por meio de hasta pública, observada a efetiva publicidade a terceiros sobre a ocorrência da venda, ou privadamente, quando os preços previamente fixados em mercado não estiverem sujeitos a negociações individuais.

Até este ponto, não parece haver relevante diferença com os ordenamentos analisados. No entanto, há, no regime adotado pelo U.C.C., uma importante peculiaridade que merece ser destacada: a disciplina norte-americana

⁵⁶⁴ O texto do dispositivo é bastante extenso e complexo. Não à toa, inúmeras são as obras que se debruçam sobre o tema e as mudanças legislativas que vem sofrendo com o passar do tempo. Sobre o diploma legislativo e as peculiaridades da aplicação de seu texto – cf. G. McCORMACK, *Secured Credit* cit. (nt. 563 supra), pp. 70 e ss.; C. COOPER – S. O. WEISE – E. E. SMITH, *The New Article 9 – Uniform Commercial Code*, 2ª ed., Chicago, American Bar Association, 2000, pp. 21 e ss.; T. R. ZINNECKER, *The Default Provisions of Revised Article 9*, Chicago, American Bar Association, 2002, pp. 16 e ss.; L. A. HELLERSTEIN – S. A. HELLERSTEIN, *Secured transactions under article 9 – Uniform Commercial Code of Colorado*, Denver, A. B. Hirschfield Press, 1967, pp. 144 e ss.; R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, 5ª ed., London, Sweet & Maxwell, pp. 15 e ss.; G. GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, v. 1, 5ª ed., New Jersey, The Lawbook Exchange, 2007, pp. 288 e ss.; E. WARREN – J. L. WESTBROOK, *The law of debtors and creditor – Text, cases and problems*, 6ª ed., Austin, Wolters Kluwer, 2009, pp. 71 e ss.; E. WARREN, *Bankruptcy and Article 9 – Statutory supplement*, Austin, Wolters Kluwer, 2010, pp. 10 e ss.

⁵⁶⁵ Ao todo, apenas o *article 9* conta com 801 *sections*, distribuídas em 8 diferentes partes. Para o inteiro teor do texto com comentários oficiais – cf. E. WARREN, *Bankruptcy* cit. (nt. 564 supra), pp. 10 e ss.

⁵⁶⁶ Contra a existência de proibição do pacto comissório no direito norte-americano, M. B. PENTEADO entende que o *Article 9* do UCC apenas admitiria a dação em pagamento do bem, após o vencimento – cf. *O penhor de ações no direito brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 202.

⁵⁶⁷ “A secured party may purchase collateral: (1) at a public disposition; or (2) at a private disposition only if the collateral is of a kind that is customarily sold on a recognized market or the subject of widely distributed standard price quotations” (= o credor pode adquirir para si o bem dado em garantia: (1) em uma hasta pública; ou (2) em uma disposição privada, apenas se o bem for costumeiramente vendido em um mercado reconhecido ou objeto de cotações de preço amplamente padronizadas e divulgadas) (tradução livre).

presume que o momento de maior fragilidade do devedor seria o da constituição da dívida ou da garantia, e não após seu vencimento, como sói entender.

Assim, ao invés de estabelecer meios para contornar as consequências do inadimplemento, como, *e.g.*, a possibilidade de venda mediante avaliação de terceiros ou a dação em pagamento, o desenvolver das relações comerciais foi regulado através de normas cogentes⁵⁶⁸ dirigidas à máxima “*the context of default offers great opportunity for overreaching*”⁵⁶⁹, prevista na seção 602 do diploma.

É importante lembrar que também a dação em pagamento é aceita pelo sistema⁵⁷⁰, para pagamento parcial ou total do débito, com a ressalva de que o consentimento do devedor seja manifestado após o vencimento da dívida⁵⁷¹.

Também a ocorrência de déficit ou excesso no produto da venda, em relação ao valor da dívida, deve ser feita considerando-se o preço que um terceiro independente pagaria pelo bem dado em garantia, e não o preço efetivamente aceito pelo credor ou por parte a ele relacionada⁵⁷².

⁵⁶⁸ Cf., nesse sentido, L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 49-50. O autor lembra que, ao longo do *Article 9*, são qualificadas como cogentes as regras sobre uso e operação do bem dado em garantia pelo credor garantido (*Section 9-207(b)(4)(C)*), requisições de extratos e demonstrativos da dívida garantida ou dos bens dados em garantia (*Section 9-210*), apossamento e excussão da garantia (inclusive no que se refere à obrigação de retomar a posse do bem “*without breach of the peace*” (*Sections 9-607(c) e 9-609*), imputação e pagamento de cobranças *in natura* (via excussão ou alienação) (*Sections 9-608(a) e 9-615(c)*), cálculo, apuração, prestação de contas e devolução de excessos apurados na excussão da garantia (*Sections 9-608(a), 9-615(d) e 9-616*), alienação do bem dado em garantia (*Sections 9-610(b), 9-611, 9-613 e 9-614*), cálculo de déficit ou excesso nos recursos obtidos com alienação do bem dado em garantia ao próprio credor garantido ou a pessoa a ele relacionada (*Section 9-615(f)*), aceitação do bem dado em garantia como pagamento da dívida (*Sections 9-620, 9-621 e 9-622*), remição de garantia (*Section 9-623*), renúncias admitidas (*Section 9-624*) e responsabilidade do credor garantido por eventual descumprimento das referidas normas cogentes (*Section 9-625 e 9-626*).

No mesmo sentido – cf. G. MCCORMACK, *Secured Credit* cit. (nt. 563 supra), p. 73.; C. COOPER – S. O. WEISE – E. E. SMITH, *The New Article 9* cit. (nt. 564 supra), pp. 29-31.

⁵⁶⁹ (= a situação de inadimplemento oferece grande oportunidade para o excesso) (tradução livre)

⁵⁷⁰ De modo geral, §9-620, U.C.C..

⁵⁷¹ §9-620(c) (1-2), U.C.C..

⁵⁷² Cf. § 9-615(f), U.C.C..

1.3. CODIFICAÇÕES EM QUE A PROIBIÇÃO FOI REVOGADA

Quanto à proibição do pacto comissório, pode-se dividir o posicionamento do ordenamento francês em dois grandes períodos: antes e depois da *Ordonnance* de 23 de março de 2006⁵⁷³, que deu nova redação ao artigo 2.348 do *Code Civil*⁵⁷⁴.

Como seria natural supor, o mais popularmente chamado *Code Napoléon*, que tanto inspirou o movimento codificador dos séculos XIX e XX, foi um dos principais responsáveis pela difusão da proibição no mundo ocidental, ao elencá-la em seus artigos 2.078 e 2.088⁵⁷⁵, relativamente ao penhor e à anticrese, inclusive nas hipóteses de pacto *ex intervallo*⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Data de publicação no *Journal Officiel* francês, a partir de quando passa a ter vigor – cf. Philippe Simler, *La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du code civil*, Paris, Dalloz, 2006, p. 125.

⁵⁷⁴ “Art. 2.348 - Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée”.

Dentre os artigos publicados após a *ordonnance* – cf. S. HEBERT, *Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Recueil Dalloz* 29 (2006), pp. 2052-2058; D. CHEMIN-BOMBEN, *Ordonnance “sûretés” – fiche de lecture du nouveau livre IV du Code Civil*, in *Revue Lamy Droit des Affaires* 5 (2006), pp. 29-32; V. AVENA-ROBARDET, *La réforme du droit des sûretés*, in *Recueil Dalloz* 19 (2006), pp. 1289-1320; A. LIARD, *Les principaux apports de la réforme des sûretés*, in *Option Finance* 880 (2007), p. 28; S. PIEDELIEVRE, *Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Répertoire du Notariat Deffrénois* 10 (2006), pp. 791-813; E. FREMEAUX – G. DAUBLON, *La réforme du droit des sûretés* in *Répertoire du Notariat Deffrénois* 10 (2006), pp. 1085-1101; J. F. ADELLE, *La réforme des sûretés mobilières corporelles et les opérations de financement – ambitions et limites*, in *Option Finance* 893-894 (2007), pp.36-37.

⁵⁷⁵ “Art. 2.078 – Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères”.

“2.088 – Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seu défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle: en ces cas, Il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales”.

Sobre a ausência à menção do pacto marcano nesses artigos – cf. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Les sûretés – La publicite foncière*, 5^a ed., Paris, Cujas, 1993, p. 239.

⁵⁷⁶ Cf. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, Paris, Delamonte, 1867, p. 697. Antes do *Code*, porém, o repúdio ao pacto comissório já se fazia presente nas práticas negociais – cf. C. E. DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, t. 2, 2^a ed., Paris, P. Gueffier, 1810, p. 234.

Por esses dispositivos, apenas permitia-se que, verificado o inadimplemento, fosse o preço obtido em hasta pública após a avaliação da coisa por peritos, sendo o credor ressarcido até o limite de seu crédito. Além disso, estabelecia-se a nulidade como sanção para qualquer acordo que previsse o pacto.

O silêncio em relação à hipoteca deveu-se à inderrogabilidade do procedimento executório como regra ao instituto. Em outras palavras, celebrada a hipoteca, não era às partes facultado convencionar um procedimento de execução diverso daquele legal – o que, por si só, já inviabilizaria a eventual celebração do pacto comissório⁵⁷⁷.

Posteriormente, a *Ordonnance* de 23 de março de 2006 teve seus efeitos modulados *ex nunc*, entendendo lícitos, portanto, os contratos celebrados em momento posterior à sua publicação. Aos demais, contudo, também trouxe uma importante mudança: com ela, a sanção aplicável passou a ser a da anulabilidade – e não mais da nulidade – admitindo-se, ainda, a renúncia do devedor à correspondente pretensão.

Grosso modo, a medida autorizou o pacto comissório genericamente em matéria de garantias⁵⁷⁸ e especificamente em relação ao penhor⁵⁷⁹, à anticrese⁵⁸⁰, e à hipoteca⁵⁸¹. A conclusão de um pacto comissório continuou sendo vedada à garantia sobre *stocks*⁵⁸², à garantia relativa aos créditos de consumo⁵⁸³ e ao penhor de fundos de comércio⁵⁸⁴.

Importante ressaltar que essa nova configuração da legislação francesa foi fruto de um esforço coletivo através da chamada *Commission Grimaldi*,

⁵⁷⁷ Cf. L. AYNÈS – P. CROCQ, *Les sûretés* cit. (nt. 575 supra), p. 238.

⁵⁷⁸ Cf. artigos 1.353 e 2.346 a 2.348 do Código Civil francês e artigo 521-3 do Código Comercial francês.

⁵⁷⁹ Cf. artigo 2.365 do Código Civil francês.

⁵⁸⁰ Cf. artigo 2.388 do Código Civil francês.

⁵⁸¹ Cf. artigos 2458 e 2.459 do Código Civil francês e artigo 311-32 do Código de Defesa do Consumidor francês.

⁵⁸² Cf. artigo 527-10 do Código Comercial francês.

⁵⁸³ Cf. artigo 311-32 do Código de Defesa do Consumidor francês.

⁵⁸⁴ Trata-se de entendimento doutrinário – cf. A. LIARD, *Les principaux apports* cit. (nt. 574 supra), p. 28.

formada predominantemente por acadêmicos, advogados e políticos⁵⁸⁵, que objetivou uma mais ampla modernização do sistema de garantias francês.

Em seu relatório⁵⁸⁶, contrariando entendimento já tão sedimentado, entendeu o grupo pela ausência de incompatibilidade entre o pacto comissório e a proteção do devedor e dos demais credores⁵⁸⁷. Entendeu-se que, com a medida, é colocado à disposição do credor um meio mais “*simple, rapide et peu onéreux*”⁵⁸⁸ de realização da garantia. Algumas providências, de qualquer modo, foram tomadas para que esses últimos não ficassem desamparados.

É o que ocorre, *e.g.*, quando não houver cotação do bem em bolsa ou mercado de balcão organizado nos termos do *Code Monétaire et Financier*. Nesses casos, a transferência de propriedade, por força do pacto comissório, ainda que *ex intervallo*, dependerá da determinação do valor do bem, no momento da própria transferência, por um perito, que poderá ser designado judicialmente ou pelo mero consenso das partes. Qualquer cláusula contratual que vise a eliminar ou obviar essa exigência de avaliação é reputada não escrita⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ A elaboração do correspondente projeto de lei foi confiada a uma comissão presidida pelo Prof. Michel Grimaldi, da *Université Pantheon-Assas (Paris II)*, e também presidente da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*. Integraram o grupo, nomeado em 2003 pelo Ministério da Justiça da França, o Prof. Laurent Aynés (*Pantheon-Sorbonne, Paris I*), Annie Bac (*Fédération Bancaire Française*), Prof. Pierre Crocq (*Pantheon-Assas, Paris II*), Dominique Dos-Reis (*conseiller à la Cour d'Appel de Paris*), Éliane Frémeauc (*notaire à Paris*), Alain Gourio (*Banque BNP-Paribas*), Alain Provansal (*avocat au Barreau de Marseille*), Philippe Simler (*Université Robert Schuman de Strasbourg*) e Prof. Hervé Synvet (*Pantheon-Assas, Paris II*)- *Republique Française, Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, issue par le Groupe de travail relatif à la réforme Du droit des sûretés*.

⁵⁸⁶ Também publicado no *Journal Officiel* em 26/03/2006. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT0000000456743&dateTexte=&categorieLien=id> (consulta em 27/12/2013).

⁵⁸⁷ O assunto será retomado – cf. item III.3.

⁵⁸⁸ Cf. item 1.2.2.2.1.2 do relatório cit. (nt. 586 supra).

⁵⁸⁹ Cf. artigos 2.347 e 2.348 do Código Civil francês, com a redação dada pela *ordonnance* n.º 2006.348, de 23 de março de 2006.

2. A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO NO CC/02

Em sua *Consolidação das Leis Civis*, A. TEIXEIRA DE FREITAS⁵⁹⁰ expressamente reconheceu o direito do credor de, verificado o inadimplemento, promover a alienação do bem, desde que justo seu preço. Por “justo preço” deve-se entender aquele determinado por dois avaliadores juramentados e escolhidos de comum acordo pelas partes⁵⁹¹. Sua fixação, portanto, não poderia ser meramente arbitrária.

Tal ressalva não foi reproduzida pelo CC/16⁵⁹², que, ao estabelecer a proibição do pacto comissório em seu art. 765, declarava nula a cláusula que autorizasse, nos contratos de penhor, hipoteca e anticrese, a transferência ao credor da propriedade do bem objeto da garantia, em caso de inadimplemento.

Também a legislação extravagante previa a proibição em dois principais diplomas legislativos:

⁵⁹⁰ Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, v. 1, Brasília, Senado Federal, 2003, pp. 475-476.

Sobre A. TEIXEIRA DE FREITAS, sua obra e influência sobre a legislação brasileira – cf. I. M. POVEDA VELASCO, *Três vultos da cultura jurídica brasileira – Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua*, in *História do direito brasileiro (leituras da ordem jurídica nacional)*, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 35 e ss.; SÍLVIO A. B. MEIRA, *Teixeira de Freitas (o jurisconsulto do império)*, Rio de Janeiro, Olympio, 1979, pp. 3 e ss.; SÍLVIO A. B. MEIRA, *O pensamento criador de Teixeira de Freitas*, in *Novos e velhos temas de direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 247 e ss.; S. SCHIPANI, *Il “méthodo didáctico” di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)*, in *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 319 e ss.

⁵⁹¹ Em nota acrescida na terceira edição da obra A. TEIXEIRA DE FREITAS vai além e sugere que “se o declarado preço não for justo, a ponto de haver lesão enorme, cabe o remédio da Ord. L.4º. T.13” – cf. *Consolidação cit.* (nt. 590 supra), p. 475.

⁵⁹² Como nota L. G. HADDAD, na legislação brasileira, o termo aparece com sentido próximo ao aqui descrito no art. 107, §4º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Ao estabelecer os poderes que assistem à companhia em caso de mora do acionista no cumprimento da obrigação de integralizar as ações subscritas, esse dispositivo atribui à companhia a faculdade de “fazer suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas, exceto a legal”. Na ausência desses lucros ou reservas, a norma confere o prazo de um ano para a companhia alienar “as ações caídas em comisso” – cf. *A proibição cit.* (nt. 519 supra), p. 27.

M. CARVALHOSA, em comentário a esse artigo, equipara essa previsão legal a um autêntico pacto comissório – cf. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, v. 2, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, pp.289-292.

a) A Lei n.º 4.728/65, também conhecida como Lei do Mercado de Capitais, em seu art. 66, §7º⁵⁹³, estendeu a proibição à recém-concebida alienação fiduciária de bens móveis em garantia⁵⁹⁴.

b) A Lei n.º 4.864/65, que cuida de medidas de incentivo à construção civil, prevê, em seu art. 23, §3º, a nulidade da cláusula que autorize o cessionário fiduciário dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais a ficar com os direitos cedidos em garantia, no caso de inadimplemento.

Ainda na vigência do CC/16, vale mencionar os interessantes questionamentos doutrinários sobre a proibição presentes nos trabalhos de J. M. CARVALHO SANTOS e, especialmente, de A. FRAGA⁵⁹⁵.

A J. M. CARVALHO SANTOS⁵⁹⁶ causou especial perplexidade a teórica possibilidade de se tratar com menor rigidez o pacto comissório *ex intervallo* do que o *in continenti*. Isso porque, para o autor, a constituição da garantia, por si só, não seria suficiente para mitigar a pressão exercida sobre o devedor, se comparada àquela que lhe afligiria no momento da assunção da dívida.

⁵⁹³ Poucos anos depois, em 1969, o Decreto-lei n.º 911 reformou a redação do aludido art. 66 da Lei n.º 4.728/65, com o propósito de incrementar os poderes que assistiam aos credores titulares de alienação fiduciária em garantia. Não obstante tais mudanças, protetivas dos interesses dos credores, a vedação do pacto comissório continuou a constar da lei modificada, no §6º do mesmo art. 66, com a redação que lhe foi atribuída pelo mencionado Decreto-lei n.º 911/69.

⁵⁹⁴ Sobre a alienação fiduciária em garantia – cf. O. GOMES, *Direitos reais*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 386-390; J.C. MOREIRA ALVES, *Da alienação fiduciária em garantia*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 17 e ss.; F. S. AMARAL NETO, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, in *Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia*, G. TEPEDINO – L. E. FACHIN (org.), São Paulo, RT, 2011, pp. 315-333; M. N. CHALHUB, *Negócio fiduciário, alienação fiduciária, cessão fiduciária e securitização*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 321 e ss.; P. RESTIFFE NETO e P. S. RESTIFFE, *Garantia fiduciária*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2000, pp. 54 e ss.

⁵⁹⁵ A contraposição entre os dois autores foi primeiramente trazida por L. G. HADDAD – cf. *A proibição cit.* (nt. 519 supra), pp. 58-60.

⁵⁹⁶ *Código civil brasileiro interpretado – Direito das coisas (arts. 755-862)*, v. 10, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964. p. 91.

J. M. CARVALHO SANTOS é ainda, dentre os autores brasileiros consultados, quem mais se dedica a explicar os argumentos favoráveis e contrários à licitude do pacto marciano, sendo ainda dos primeiros a defender a validade, após o vencimento, da dação em pagamento do bem empenhado – cf. *Código civil cit.* (nt. 596 supra), p. 92-95. No mesmo sentido – cf. T. FULGENCIO, *Direito real de hipoteca*, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 110-111; CAIO MÁRIO, *Instituições de direito civil*, v. 4, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 209-210. Essa permissão foi depois positivada nos parágrafos únicos dos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil.

Contrariamente, seria na primeira situação, na qual já está sujeito às medidas coercitivas atribuídas ao credor, mais do que na segunda, que o devedor estaria mais exposto ao risco de se ver compelido a concordar com uma dação em pagamento que lhe diminua o patrimônio de modo desproporcional ao valor do débito inadimplido⁵⁹⁷.

No mesmo sentido, A. FRAGA⁵⁹⁸, cuja contribuição ao estudo do tema é deveras mais substancial, posiciona-se contra a mitigação da rigidez das regras relativas à proibição nos pactos celebrados *ex intervallo*.

Seus argumentos são bastante semelhantes aos de J. M. CARVALHO SANTOS, por também entender falaciosa a possibilidade de que, após a constituição da garantia, restasse menor a necessidade de proteção do devedor. Afinal, contrariamente, a proximidade do vencimento levaria ao incremento de medidas coercitivas por parte do credor, interessado no adimplemento, tornando ainda mais evidente a posição de inferioridade daquele.

Ainda, após identificar no pacto comissório um problema de função – ou, em outros termos, de incompatibilidade com a causa –, e considerá-lo espécie de venda forçada e condicional⁵⁹⁹, o autor elenca um rol de variações de natureza potestativa com que o pacto comissório pode ser configurado.

São elas⁶⁰⁰: (a) A autorização para que, por qualquer preço, o bem dado em garantia seja alienado pelo credor; (b) A autorização para que o credor, por preço previamente ajustado, venha a se tornar titular do bem dado em garantia; (c) A autorização para que, pelo preço estimado por ele próprio, torne-se o credor titular do bem dado em garantia.

Por fim, A. FRAGA⁶⁰¹ postula ainda a validade da transferência da titularidade do bem empenhado, pelo devedor ao credor, mediante venda ou dação

⁵⁹⁷ Cf. J. M. CARVALHO SANTOS, *Código civil* cit. (nt. 596 supra), p. 94.

⁵⁹⁸ *Direitos reais de garantia – Penhor, anticrese e hipoteca*, São Paulo, Saraiva, 1933, pp. 119-125.

⁵⁹⁹ Cf., no mesmo sentido, L. C. PENTEADO, *Direito das coisas*, São Paulo, RT, 2008, p. 437.

⁶⁰⁰ Cf. A. FRAGA, *Direitos reais* cit. (nt. 598 supra), p. 121.

⁶⁰¹ *Direitos reais* cit. (nt. 598 supra), p. 122.

em pagamento, cuja licitude defende tanto antes quanto após o vencimento⁶⁰². Esta, inclusive, foi a solução posteriormente consagrada nos parágrafos únicos dos artigos 1.365 e 1.428 do CC/02.

Da literalidade do texto destes últimos dispositivos, analisados conjuntamente, tem-se que:

a) A proibição do CC/02, a exemplo do CC/16, aplica-se às garantias reais tradicionais (art. 1.428), estendendo-se, ainda, à alienação fiduciária em garantia (art. 1.365).

b) A constituição do pacto comissório pressupõe: (i) a existência de uma relação jurídica obrigacional, de caráter principal, ainda não exigível; (ii) a existência de uma relação jurídica de caráter acessório, correspondente à propriedade fiduciária (art. 1.365), ao penhor, à anticrese ou à hipoteca (art. 1.428); e (iii) a estipulação expressa de cláusula que autorize o credor a “ficar com”⁶⁰³ o bem objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

c) A sanção estabelecida pelo legislador de 2002 para seu descumprimento foi a nulidade.

d) Reputa-se lícita, no lugar do pacto comissório, a dação em pagamento, após o vencimento.

Assim, para a melhor compreensão dessas regras, ao longo deste item, dividir-se-á o estudo do instituto quanto ao seu alcance (“a”, 2.1), conteúdo (“b”, 2.2), sanção aplicável (“c”, 2.3) e sua relação com a dação em pagamento após o vencimento (“d”, 2.4).

⁶⁰² A. FRAGA defende a validade do pacto marciano, segundo a tradição do direito luso-brasileiro, no sentido de aceitar que o credor se torne titular do bem dado em garantia, desde que o faça “pelo justo preço”, assim definido por terceiros isentos – cf. *Direitos reais* cit. (nt. 598 supra), p. 122.

Como lembra L. G. HADDAD, o referido autor, no entanto, nada explica sobre o que diferenciaria uma dação em pagamento condicional – pactuada antes do vencimento – do pacto comissório propriamente dito. Além disso, fica igualmente sem resposta a questão sobre em que medida essa dação em pagamento se diferenciaria da modalidade de pacto comissório identificada pelo próprio A. FRAGA, como a autorização para que o credor torne-se titular do bem dado em garantia, por preço previamente ajustado – cf. *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 60.

⁶⁰³ Sobre a crítica à expressão – cf. item III.2.2.

Antes, porém, à luz do CC/02, pode-se conceituar o pacto comissório como a convenção acessória⁶⁰⁴ com efeitos translativos suspensivamente condicionados⁶⁰⁵ ao inadimplemento da obrigação principal, que importa para o credor insatisfeito o poder potestativo de conservar para si, na condição de proprietário, a coisa entregue em garantia.

2.1. QUANTO AO ALCANCE

Durante a vigência do CC/16, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”) muito discutiu, e a do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) até hoje discute, se o pacto comissório seria proibido apenas em relação às garantias reais tradicionais ou, ainda, sempre que houvesse transferência da titularidade de posições jurídicas com fulcro a assegurar a liquidação do débito⁶⁰⁶.

A necessidade prática da discussão sobre o âmbito de incidência da vedação levou, não raras vezes, a questionamentos nas decisões das cortes superiores que passaram à margem da própria doutrina pátria, de modo geral, pouco dada à reflexão sobre o tema.

Segundo L. G. HADDAD⁶⁰⁷, o vetor orientador dos tribunais acima mencionados compreende-se temporalmente, no caso do STF, antes e depois de 1973, e, no caso do STJ, a partir de 1988⁶⁰⁸. Assim:

a) STF, até 1973⁶⁰⁹: Privilegiou-se uma abordagem predominantemente funcional do instituto, estendendo a proibição também aos

⁶⁰⁴ Cf. A. SASSI, que rebatendo a tese autonomística, considera que o pacto comissório desvinculado de uma pré-existente obrigação nada mais seria do que uma *datio in solutum* – cf. *Garanzia del credito* cit. (nt. 4 supra), p. 197.

⁶⁰⁵ Cf. G. CHINÈ – M. LASCIALFARI – F. MAGNI, *Le garanzie rafforzate del credito*, Torino, UTET, 2000, p. 179.

⁶⁰⁶ Mesmo nos casos das garantias reais típicas, sua conexão com o pacto é totalmente eventual – cf. C. M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 730. Sobre o debate da jurisprudência italiana quanto à aplicação do pacto comissório além das garantias reais típicas – cf. F. GIGLIOTTI, *Il divieto* cit. (nt. 4 supra), p. 38.

⁶⁰⁷ *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 137-167.

⁶⁰⁸ O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), vale lembrar, foi criado pela CF/88 – cf., especialmente, artigos 104 e 105 da CF/88.

⁶⁰⁹ Cf. STF, Segunda Turma, RE n.º 60.699/SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 8/11/1966, in *RTJ* 42/331; STF, Terceira Turma, RE n.º 63.128/SP, Rel. Min. Hermes Lima, 8/3/1968; STF, Primeira Turma, RE 70.497/RS, Rel. Min. Luiz Galotti, 3/9/1970.

negócios fiduciários, cuja aplicação seria defesa sempre que visassem contornar a vedação ao pacto, qualificado como princípio de ordem pública⁶¹⁰.

A regra proibitiva, nesse sentido, passou a ser aplicável a todos os negócios jurídicos em que houvesse transmissão de titularidade de bens e direitos em garantia, independentemente da estrutura utilizada para atingir tal objetivo (hipoteca, anticrese, penhor, alienação fiduciária ou propriedade plena)⁶¹¹.

b) STF, após 1973 e até 1988⁶¹²: Com o julgamento do emblemático RE 71.616/SP⁶¹³, o aspecto estrutural⁶¹⁴ passa a ser privilegiado em detrimento do funcional, até então adotado pela Corte. A partir de então, a vedação do pacto comissório entendeu-se cabível, exclusivamente, aos casos de hipoteca, penhor e anticrese, com o acréscimo trazido pelas Leis n.º 4.728/65 e n.º 4.864/65.

Por consequência, reputava-se lícita qualquer cláusula comissória que resultasse na transmissão de propriedade plena, operada por negócios fiduciários não simulados ou fraudulentos⁶¹⁵. Afinal, tratando-se de propriedade plena, ainda que transmitida para fins de garantia, não se poderia esvaziar do credor a condição de proprietário por ele justamente titularizada⁶¹⁶.

c) STJ, após 1988⁶¹⁷: A jurisprudência do STJ retomou a linha firmada pelo STF anteriormente a 1973, sem que, para tanto, demonstrasse grande

⁶¹⁰ Cf. STF, Segunda Turma, RE n.º 60.699/SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 8/11/1966, in *RTJ* 42/331.

⁶¹¹ Contra – cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), pp. 332-333.

⁶¹² Cf. STF, Primeira Turma, RE n.º 71.616/SP, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, 11/12/1973; STF, Segunda Turma, RE n.º 82.447/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, 8/6/1976; STF, Primeira Turma, RE n.º 85.156/PR, Rel. Min. Cunha Peixoto, 16/02/1979; STF, Primeira Turma, RE n.º 86.981/PR, Rel. Min. Cunha Peixoto, 21/11/1978; STF, Primeira Turma, RE n.º 90.648/SP, Rel. Min. Soares Muñoz, 8/5/1979; STF, Primeira Turma, RE 98.947/PR, Rel. Min. Alfredo Buzaid, 22/6/1984.

⁶¹³ STF, Primeira Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, 11/12/1973.

⁶¹⁴ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 123, J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação* cit. (nt. 594 supra), pp. 133-135; O. GOMES, *Alienação* *Tratado* cit. (nt. 594 supra), p. 32 e ss.

⁶¹⁵ É o que aponta o mais recente entendimento do STF sobre a matéria – cf. STF, Primeira Turma, RE n.º 98.947/PR, Rel. Min. Alfredo Buzaid, 22/6/1984.

⁶¹⁶ Cf., nesse sentido, F. C. PONTES DE MIRANDA, para quem há uma significativa diferença estrutural entre os direitos reais de garantia e os direitos reais em garantia, que são direitos reais plenos. Por isso, neste último caso, ainda que a propriedade seja transmitida para fins de garantia, o adquirente é *dominus* pleno, sendo inviável aplicar-lhe a proibição do pacto comissório – cf. *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 123.

⁶¹⁷ A orientação dominante teve origem no aresto proferido nos autos do RESP n.º 2.216/SP – cf. STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, 28/05/1991. Desde então, um número

preocupação em bem fundamentar sua posição. De todo modo, predomina hodiernamente o entendimento jurisprudencial de que, no caso da proibição do pacto comissório, prevalece o aspecto funcional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a *ratio* inerente à vedação visa atingir um mais amplo resultado econômico⁶¹⁸, ao sancionar qualquer negócio que predetermine um escopo translativo de um bem, do devedor ou de terceiro, como consequência do inadimplemento da obrigação⁶¹⁹.

2.2. QUANTO AO CONTEÚDO

Reproduzindo a má técnica do CC/16, os dispositivos relativos à proibição do CC/02 vedam aos credores pignoratícios, hipotecários, anticréticos e fiduciários “ficar com” o bem objeto da garantia, em caso de inadimplemento. Resta, então, saber qual o sentido que a vulgar expressão visa atingir.

Preliminarmente, tem-se que o direito de sequência, inerente às complexas posições jurídicas de direito das coisas, afasta, por si só, a possibilidade de que a expressão signifique a mera transferência da posse, mediata ou não⁶²⁰, ao credor. Isso porque, como bem se sabe, os credores das relações abarcadas pela regra já têm, em caso de inadimplemento do devedor, direito à posse do bem⁶²¹.

representativo de acórdãos do STJ tratou, ou ao menos tangenciou o assunto, conforme o caso, sempre em oposição à linha estabelecida pelo STF a partir de 1973 – cf. STJ, Terceira Turma, RESP n.º 21.681/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 29/06/1992; STJ, Terceira Turma, RESP n.º 41.233/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 22/03/1994; STJ, Terceira Turma, RESP n.º 188.318/ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, J. 27/03/2000; STJ, Terceira Turma, RESP n.º 475.040/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, 24/06/2003; STJ, Quarta Turma, RESP n.º 158.405/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 21/08/2003; STJ, Terceira Turma, RESP n.º 784.273/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 12/12/2006; STJ, Quarta Turma, RESP n.º 274.588/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 19/03/2009; STJ, Terceira Turma, RESP n.º 998.460/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, 22/02/2010.

⁶¹⁸ Cf., nesse sentido, F. GIGLIOTTI, *Il divieto* cit. (nt. 4 supra), p. 38.

⁶¹⁹ Também a jurisprudência italiana caminhou nesse sentido, ao reconhecer que a proibição seria aplicável a negócios jurídicos com análogos efeitos práticos e no caso dos contratos atípicos – cf. Cass Pordenone, 21/03/2010, in *Giur.it.*, 2010.

⁶²⁰ Cf., nesse sentido, L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 23.

⁶²¹ O art. 1.433, I, do Código Civil, *e.g.*, é explícito ao atribuir ao credor pignoratício o direito à posse da coisa empenhada

Para que o pacto comissório se mostre apto a justificar tão rígido tratamento, à locução “ficar com” deve necessariamente corresponder a transferência de um poder máximo e irrestrito, capaz de gerar um ônus igualmente profundo ao devedor⁶²². Por isso, fala-se aqui em transferência da propriedade em sentido amplo, isto é, de titularidade⁶²³, no sentido ponteano de se tornar titular de patrimonialidade⁶²⁴.

Para R. D. F. VANZELLA⁶²⁵, relativamente ao conteúdo, três são as principais características dessa titularidade que recai sobre a patrimonialidade: (a) O imediatismo em relação ao poder exercido diretamente sobre a prestação ou o bem objeto da garantia; (b) A oponibilidade *erga omnes*, que protege de eventuais interferências de terceiros que não sejam o próprio titular – essa regra se aplica tanto aos direitos absolutos de titularidade quanto aos direitos relativos de crédito; (c) A imunidade contra execuções, individuais e coletivas, como o concurso civil de credores ou a falência.

Ainda quanto à estrutura do pacto propriamente dita, os mencionados dispositivos exigem que a sua constituição seja necessariamente anterior ao vencimento da obrigação⁶²⁶. Nesse sentido, é possível que sua celebração possa ser simultânea à do negócio jurídico que dá origem à relação obrigacional principal (*in continenti*), ou a esta posterior (*ex intervallo*), desde que seja anterior ao vencimento. Também em relação à natureza, não há grandes dúvidas de que, dada sua eficácia translativa, o pacto comissório configura-se como uma espécie de alienação⁶²⁷.

⁶²² Cf., S. NARDI, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*, in *Giustizia Civile - Repertorio generale annuale di legislazione, bibliografia, giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 329 e ss.

⁶²³ R. D. F. VANZELLA, ‘*Numerus clausus*’ dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição brasileiro (tese de doutorado em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2009. pp. 65-67; L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 23-24.

⁶²⁴ F.C. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, t. 5, São Paulo, RT, 1968, pp. 364-369.

⁶²⁵ ‘*Numerus clausus*’ cit. (nt. 623 supra), pp. 67-70.

⁶²⁶ O momento, como se verá adiante, ao analisá-lo conjuntamente com a dação em pagamento, é de crucial importância para a caracterização do pacto – cf. item III.2.4.

⁶²⁷ Cf., especialmente, C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 215; S. NARDI, *Appunti* cit. (nt. 622 supra), pp. 329 e ss.

Vale lembrar que a caracterização da hipótese do pacto prescinde que o bem objeto da garantia seja de titularidade do devedor. À incidência dos artigos 1.365 e 1.428 do CC/02 nada obsta, portanto, que a garantia seja prestada por terceiro.

A maior polêmica, contudo, diz respeito à sua função, tema em que se destacam duas principais orientações, representadas com força nas teses de C. M. BIANCA⁶²⁸ e F. ANELLI⁶²⁹. Respectivamente, de um lado, sustenta-se a função de garantia e, de outro, a função solutória.

A primeira posição, dominante entre os doutrinadores⁶³⁰, condiciona a função de garantia à satisfação do interesse do credor. O pacto comissório seria, assim, espécie de alienação com função de garantia, sendo sua nulidade consequência direta da impossibilidade de que semelhante construção possa justificar, sob o viés causal, a transferência da propriedade do bem⁶³¹. Isso porque a questionável qualidade de *numerus clausus* atribuída aos direitos reais induziria, igualmente, à tipicidade dos negócios que lhes fossem translativos, ainda que sob o escopo garantista⁶³².

Dessa inevitável sobreposição entre os conceitos de pacto comissório e de alienação em função de garantia é que então se justificaria a existência do chamado pacto comissório autônomo⁶³³. Este se diferencia do pacto comissório

⁶²⁸ *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 153.

⁶²⁹ *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 92.

⁶³⁰ Cf., entre outros, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. 3, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1959, p. 100; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto – art. 1500-1509*, in *Il codice civile*, P. SCHLESINGER (org.), Milano, Giuffrè, 1968, p. 219; A. SASSI, *Garanzia del credito* cit. (nt. 4 supra), p. 43; U. CARNEVALLI, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), p. 505; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di Diritto Privato*, P. RESCIGNO (org.), v. 19, Torino, UTET, 1985, pp. 433 e ss; S. PUGLIATTI, *Precisazioni* cit. (nt. 520 supra), p. 298; E. GIACOBBE, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia, vendita com patto di riscatto e frode alla legge – variazioni sul tema*, in *Giustizia Civile - Repertorio generale annuale di legislazione, bibliografia, giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 2531 e ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro Italiano*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 1427; G. F. MINNITI, *Patto marciano* cit. (nt. 489 supra), p. 30.

⁶³¹ Cf. S. PUGLIATTI, *Precisazioni* cit. (nt. 520 supra) p. 298.

⁶³² A posição é sabiamente contestada por alguns autores, também apoiadores desta corrente, para os quais traria insuportável sacrifício à autonomia privada – cf., entre outros, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, Jovene, 1972, p. 56; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 242; M. ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 342.

⁶³³ Cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p. 60.

em garantia propriamente dito por não estar associado a quaisquer das garantias reais típicas⁶³⁴. Por conceder ao devedor idêntica posição de vulnerabilidade, também ele seria considerado ilícito e, portanto, nulo⁶³⁵.

A função de garantia destina-se, assim, a reforçar a expectativa de adimplemento por parte do devedor, com a inserção ao negócio de elementos ulteriores àqueles apresentados pelo tipo estruturante legal. Conserva, por essa razão, maior independência em relação à estrutura negocial a que se vincula, não sendo, por si só, suficiente à extinção da obrigação principal⁶³⁶.

Contrária a essa posição é aquela segundo a qual o pacto comissório caracteriza-se como uma convenção eventual cujo principal objetivo é o de proporcionar a plena satisfação do credor⁶³⁷. Note-se que, ainda que autônoma, se comparada à de garantia, a função solutória conserva maior grau de interdependência à estrutura da relação obrigacional, na medida em que tem por inerente o efeito de extingui-la.

É bastante questionável se esta última posição seria, de fato, a mais adequada a justificar a função da cláusula⁶³⁸. Entender o pacto comissório como casualmente autônomo em relação à própria estrutura de garantia e apto a

⁶³⁴ Em trabalho pioneiro sobre o tema em relação ao direito português, I. ANDRADE DE MATOS delinea um exemplo esclarecedor de pacto comissório autônomo: “‘A’ empresta 10.000 euros a ‘B’ pelo prazo de 6 meses. Como única garantia do reembolso daquela quantia e do pagamento dos respectivos juros, ‘A’ e ‘B’ combinam que ‘A’ ficará proprietário de um quadro de ‘B’ uma vez decorrido o mencionado prazo de 6 meses sem que ‘B’ tenha procedido ao reembolso da quantia mutuada acrescida dos juros acordados” – cf. *O Pacto Comissório* cit. (nt. 531 supra), p. 79.

Analisando o sistema italiano, E. ROPPO conclui que, se comparados aos pactos comissórios em garantia, os pactos comissórios autônomos têm muito maior aplicação prática, por se encontrarem “ocultos” sob o manto de outros negócios, em regra, de natureza translativa e que desempenham a função de garantia – cf. *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*, Napoli, Jovene, 1982, p. 261.

⁶³⁵ Esta é a posição sedimentada na doutrina italiana, cujo entendimento apoia-se de forma decisiva na inserção sistemática da norma que prevê a nulidade do pacto comissório no capítulo relativo à responsabilidade patrimonial do devedor (artigo 2.744 do *Codice*). Daí se retira o argumento de a *ratio* da proibição justificar a sua aplicação a todos os esquemas negociais e contratuais através dos quais as partes procurem alcançar um resultado econômico proibido pela norma – cf. U. CARNEVALLI, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), p. 502.

⁶³⁶ Cf. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, p. 156.

⁶³⁷ Cf. F. ANELLI, *L’alienazione* cit. (nt. 629 supra), p. 92; L. BARBIERA, *Garanzia del credito* cit. (nt. 636 supra), p. 156.

⁶³⁸ Cf., nesse sentido, N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), pp. 116 e ss.

extinguir a obrigação principal equivale a elevá-lo à categoria de instrumento alternativo ao adimplemento⁶³⁹.

Ademais, em clara violação às regras privadas que genericamente privilegiam o equilíbrio contratual, a extinção da obrigação causada pelo pacto comissório prescindiria da valoração da relação entre o montante do crédito e o valor do bem⁶⁴⁰.

Nesse sentido, ao vetar o pacto comissório, portanto, o ordenamento acabou por impedir que as partes dispusessem de um mecanismo de pagamento alternativo ao adimplemento nas situações em que não se verificasse o pagamento ordinário, permitindo, então, a apropriação pelo credor de um bem do devedor, independentemente de qualquer proporção de valor.

Por fim, cabe ressaltar que o pacto comissório e o pacto marciano não se confundem. Este consiste na convenção pela qual, no caso de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do respectivo vencimento, a propriedade do bem dado em garantia se transfere para o credor mediante preço justo⁶⁴¹.

A exemplo de muitos outros ordenamentos modernos vistos alhures, o direito brasileiro considera válida a celebração do pacto marciano, por entenderem que a delegação consensual, a terceiro isento, da tarefa de estimar ou avaliar o bem, após o inadimplemento, afastaria o que há de genuinamente censurável no

⁶³⁹ Este instrumento pode ser aquele constitutivo da hipoteca, do penhor, da anticrese ou da alienação fiduciária em garantia, mas pode também ser uma alienação a escopo de garantia ou um negócio com estrutura mais complexa – cf. A. SASSI, *Garanzia del credito* cit. (nt. 4 supra), pp. 67 e ss.

⁶⁴⁰ Cf. F. ANELLI, *L'alienazione* cit. (nt. 629 supra), pp. 303 e ss. O autor colocou em evidência a necessidade de superar o equívoco de identificar a alienação a escopo de garantia com o pacto comissório autônomo. A alienação em função de garantia, de fato, pode ser realizada sem dever necessariamente recorrer ao mecanismo solutório do pacto comissório – cf. *L'alienazione* cit. (nt. 637 supra), pp. 304 -305. No mesmo sentido – cf. N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), p. 141. Contra, S. NARDI, para quem a predisposição de um mecanismo de pagamento alternativo destinado a operar no caso de inadimplemento do devedor faz do próprio mecanismo uma garantia para o credor e não um instrumento solutório da relação – cf. *Appunti* cit. (nt. 622 supra), p. 313.

⁶⁴¹ Cf., nesse sentido, V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 71. Entre os italianos, aliás, predomina o mais aceito entendimento de que o pacto marciano não se resume a uma modalidade de pacto comissório, consistindo em uma cláusula acessória dos contratos de garantia real a ele totalmente independente – cf., especialmente, N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), pp. 12 e ss. Contra I. ANDRADE DE MATOS, para quem são espécies do gênero pacto comissório o pacto marciano e o chamado pacto comissório desproporcionado, sendo este o único vedado pela lei – cf. *O Pacto Comissório* cit. (nt. 531 supra), pp. 81-82.

pacto comissório⁶⁴². Esse entendimento, vale lembrar, já foi aceito de modo expresso em território pátrio, antes do advento do CC/16, por força das Ordenações Reinícolas (especialmente no Livro 4, Título 56, das Ordenações Filipinas).

2.3. QUANTO À SANÇÃO

Na mesma linha de tantos outros sistemas contemporâneos⁶⁴³, o legislador de 2002 trouxe a nulidade como sanção para o descumprimento da vedação ao pacto comissório. Questiona-se⁶⁴⁴, contudo, se tão rigorosa medida seria compatível com a lógica do atual ordenamento privado pátrio.

Afinal, as normas jurídicas que visam à tutela dos contratantes em análoga posição de inferioridade para manifestar seu consentimento, como, *e.g.*, nos casos de erro, dolo, coação, estado de perigo, fraude contra credores⁶⁴⁵ e lesão⁶⁴⁶, têm como consequência jurídica de seu descumprimento a mera anulabilidade, seja do inteiro negócio jurídico, seja da cláusula avençada⁶⁴⁷.

⁶⁴² Cf., nesse sentido, J. C. MOREIRA ALVES, *Alienação fiduciária em garantia*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 127; J. M. CARVALHO SANTOS, *Código civil* cit. (nt. 596 supra), p. 93; A. FRAGA, *Direitos reais* cit. (nt. 598 supra), p. 121. Na seara jurisprudencial – cf. TJ/SP, 36ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 1120758-0/2, Rel. Des. Romeu Ricupero, 31.01.2008; TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 581.973.4/2, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, 27.08.2009.

⁶⁴³ Cf. cap. III.1.

⁶⁴⁴ Cf., especialmente, L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 62-63.

⁶⁴⁵ A despeito da dicção legal, a doutrina e a jurisprudência têm sustentado que o que se verifica nos casos de fraude contra credores não é anulabilidade, mas sim ineficácia – cf., entre outros, O. GOMES, *Introdução ao direito civil*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pp. 431-432. Contra – cf. M. B. DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 168-171. Para uma análise específica da fraude contra credores no contexto falimentar – cf. S. MARCONDES, *Da fraude contra credores – falência e alienação de estabelecimento*, in *Questões de direito mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 125-147; e T. M. VALVERDE, *Comentários à lei de falências*, v. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 371-398.

Sobre o regime jurídico da ineficácia no ordenamento brasileiro – cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 60-69; e M. B. DE MELLO, *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 60-73.

⁶⁴⁶ A essas hipóteses acrescentar-se-ia, ainda, o caso de negócio concluído por agente relativamente incapaz – cf. artigo 171 do CC/02.

⁶⁴⁷ Cf., nesse sentido, C. A. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 1991, p. 610; O. GOMES, *Introdução* cit. (nt. 645 supra), p. 473; M. B. DE MELLO,

Nesses casos, é então possível que, por força da vontade das partes, tais espécies negociais sejam convalidadas, independentemente de sentença judicial. Consequentemente, não constituindo matéria de ordem pública, o vício capaz de sustar a eficácia do negócio não pode ser conhecido de ofício pelo juiz, podendo ser alegado apenas por aqueles que se entendam prejudicados⁶⁴⁸, no primeiro momento possível, sob pena de preclusão.

Pela letra da lei, presume-se, assim, que a nulidade do pacto comissório visa proteger situações que envolvam interesses indisponíveis⁶⁴⁹, insuscetíveis de ulterior confirmação, e podem ser alegadas a qualquer momento, pela parte diretamente prejudicada, por qualquer terceiro que intervenha no feito ou pelo próprio juiz, de ofício⁶⁵⁰. Essa sanção da nulidade, importa lembrar, atinge, por expressa previsão legislativa, tanto o pacto *in continenti* quanto o pacto *ex intervallo*.

Complementarmente, os artigos 391 do CC/02 e 591 do CPC, dispondo que o devedor responde pelo inadimplemento com todos os seus bens, presentes e futuros, delineiam a figura da responsabilidade patrimonial. Esta, mesmo não sendo elemento essencial à estrutura da relação obrigacional⁶⁵¹, representa um fenômeno que lhe é estreitamente conexo.

Por responsabilidade patrimonial se entende o complexo mecanismo pelo qual se faculta ao credor, em razão do inadimplemento, satisfazer-se com a expropriação, por via executiva, dos bens do devedor⁶⁵². Trata-se, portanto, de

Teoria do fato jurídico cit. (nt. 645 supra), pp. 53-55; F. AMARAL, *Direito civil – Introdução*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 519.

⁶⁴⁸ Cf. artigos 172, 174 e 177 do CC/02.

⁶⁴⁹ Cf., nesse sentido, STJ, Terceira Turma, RESP n.º 41.233/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 22/03/1994.

⁶⁵⁰ Cf. artigos 168 e 169 do CC/02.

⁶⁵¹ Cf. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Jovene, 2007, p. 210.

⁶⁵² Cf. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935, pp. 87 e ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Milano, Giuffrè 1936, p. 250; R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale*, in *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione delle garanzie reali*, R. NICOLÒ – V. ANDRIOLI – G. GORLA (org.), 2ª ed., Bologna-Roma, 1958, p. 54; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 1958, p. 401.

instituto de direito material que se presta aos fins de uma execução forçada, instituto de direito processual, cuja natureza é evidentemente publicista⁶⁵³.

Assim, sendo o poder do juiz de expropriar os bens do devedor instrumental⁶⁵⁴ ao direito privado, tem-se a peculiar situação em que o exercício da faculdade conferida a um sujeito de modificar, para a obtenção de satisfação própria, a esfera jurídica alheia depende de uma função investida⁶⁵⁵. Sem autonomia para, por si só, aperfeiçoar-se, o direito do credor sobre o patrimônio do devedor constitui, mais particularmente, um direito subjetivo expropriativo⁶⁵⁶.

Difundiu-se, assim, a ideia de uma substancial identidade do conceito de responsabilidade patrimonial com o da chamada garantia genérica, geral ou patrimonial⁶⁵⁷. Esta seria um aspecto prodrômico daquela⁶⁵⁸, na medida em que comporta, de um lado, a destinação do patrimônio do devedor à satisfação do crédito e, de outro, a existência a favor do credor de um complexo de poderes sobre o patrimônio alheio.

Nessa perspectiva, importa lembrar que a garantia financeira do direito de crédito⁶⁵⁹ não se confunde com o crédito propriamente dito. Isso porque

⁶⁵³ Cf. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata* cit. (nt. 652 supra), p. 88.

⁶⁵⁴ Para uma visão mais abrangente do assunto – cf. C. R. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 14 e ss.

⁶⁵⁵ Cf. C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit. (nt. 282 supra), p. 102.

⁶⁵⁶ Cf. L. BARBIERA, *Responsabilità* cit. (nt. 520 supra), pp. 45 e ss.

⁶⁵⁷ Cf. M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, in *ED* 18 (1969), p. 448; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2ª ed., Torino, UTET, 1995, p. 4.

⁶⁵⁸ Cf. F. MASTROPAOLO, *I contratti* cit. (nt. 657 supra), p. 4.

⁶⁵⁹ Os textos jurídicos não trazem uma definição precisa, indistinta e unívoca de garantia, termo bastante polissêmico – cf., nesse sentido, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione – parte generale delle obbligazioni*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1968, p. 157; R. NICOLÒ, *Della responsabilità* cit. (nt. 652 supra), pp. 42 e ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1955, p. 38; A. MONTEL, *Garanzia*, in *NNDI* 7 (1965), p. 354; F. MASTROPAOLO, *I contratti* cit. (nt. 657 supra), pp. 65 e ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata* cit. (nt. 652 supra), p. 87. Três são as principais acepções que o termo “garantia” pode assumir no direito privado: (a) como um dos elementos da relação jurídica, ao lado dos sujeitos, do objeto e do fato jurídico – cf. C. A. MOTA PINTO, cit. (nt. 647 supra), pp. 182-183; (b) como o patrimônio do devedor ou de outros coobrigados ou corresponsáveis; (c) como os bens destacados do patrimônio do devedor, dos coobrigados ou corresponsáveis – cf., para os dois últimos sentidos, L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 5-6; J. M. ANTUNES VARELLA, *Das obrigações* cit. (nt. 532 supra), pp. 420-421. Em sentido semelhante – cf. P. R. MARTINEZ – P. F. DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 13-14.

Sobre análise dos diferentes sentidos da função, na linguagem jurídica – cf. L. G. HADDAD, *Função social do contrato – um ensaio sobre seus usos e sentidos* (dissertação de mestrado em em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2009, pp. 35-51.

o crédito é o direito a uma dada prestação deduzida no vínculo pessoal, enquanto a garantia do crédito, como dito alhures, é constituída pelo inteiro patrimônio do devedor. Ao binômio débito-crédito se avizinha, assim, o binômio responsabilidade-garantia.

Isso se explica na medida em que a responsabilidade patrimonial constitui-se de modo acessório à relação obrigacional, ainda que à sua estrutura permaneça externa. Em outros termos, não se poderia configurar uma relação obrigacional que prescindisse da responsabilidade patrimonial do devedor e, então, da correspondente garantia genérica para o credor.

Esse, inclusive, é um importante elemento diferenciador entre a garantia genérica e a garantia específica – sendo esta última, de fato, meramente eventual: ainda que possa depender da fonte da obrigação (*e.g.*: no caso de um privilégio *ex lege*), não pode constituir-se meramente *in re ipsa*⁶⁶⁰.

Da parte final do artigo 591, do CPC, tem-se, por outro lado, que as limitações da responsabilidade patrimonial apenas podem resultar da lei, jamais da vontade das partes. É o que ocorre, *e.g.*, em relação aos bens absoluta ou relativamente impenhoráveis de que cuidam os artigos 649 e 650 do CPC.

Eventuais operações de autonomia privada voltadas a derrogar o princípio da responsabilidade ilimitada são, portanto, proibidas e sancionadas através da nulidade⁶⁶¹. Com isso, questiona-se se também os reflexos da proibição ao pacto comissório poderiam implicar em semelhante limitação, especificamente em relação ao bem dado em garantia.

Por “garantia financeira dos direitos de crédito” entende-se o conjunto que inclui não só a responsabilidade patrimonial (art. 391 do Código Civil e 591 do Código de Processo Civil - Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973), o processo de execução (todo Livro II do Código de Processo Civil), as ordens de preferência entre os credores (art. 955 do Código Civil, art. 796 do Código de Processo Civil e artigos 83 a 93 da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, de ora em diante citada como “Lei de Falências”), a propriedade fiduciária (art. 1.361 a 1.368-A do Código Civil), os negócios fiduciários, as garantias reais (penhor, hipoteca e anticrese), os privilégios gerais e especiais (art. 961 a 964 do Código Civil), e os processos que envolvem concurso de credores de forma geral, incluindo a recuperação, judicial e extrajudicial, a falência e a insolvência civil (esta última disciplinada no art. 748 e seguintes do Código de Processo Civil). – cf. J. L. BULHÕES PEDREIRA, *Finanças e demonstrações financeiras das companhias – conceitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 137-161.

⁶⁶⁰ N. CIPRIANI, *Patto commissorio* cit. (nt. 256 supra), pp. 45 e ss.

⁶⁶¹ Cf., nesse sentido, M. B. DE MELLO, *Teoria do fato jurídico* cit. (nt. 645 supra), pp. 169-171.

Como já exposto, o CC/02 decreta expressamente a nulidade do pacto nos casos de penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária em garantia. Assim, a proibição ali trazida em relação às chamadas garantias reais típicas impede o exercício do direito potestativo⁶⁶² do credor, consistente no poder em sentido estrito capaz de, tão somente com base na sanção civil, induzir o devedor a um estado de sujeição.

A proibição revela-se de todo absoluta, indiferente à existência de eventual equivalência entre o valor real do objeto dado em garantia e o montante correspondente à obrigação principal. Em resumo, a convenção comissória é nula ainda que, porventura, o valor do bem dado em garantia seja igual ou menor àquele da prestação garantida⁶⁶³.

Cria-se, portanto, uma situação anacrônica: mesmo nas situações em que claramente não há qualquer prejuízo ao devedor, o credor, impedido de exercer seu direito potestativo em relação à garantia específica, apenas poderá obter satisfação através da garantia geral, – que atinge o inteiro patrimônio do devedor, compreendido, inclusive, o bem dado em garantia –, após uma longa fase de execução judicial. Na condição de simples credor amparado por garantia real, deverá submeter-se ao benefício de ordem aplicado à realização dos ativos de massa⁶⁶⁴.

⁶⁶² Para alguns autores, como C. A. MOTA PINTO e L. G. HADDAD, o sentido supramencionado, em que o inadimplemento exige, para sua reparação, a execução judicial, corresponderia a um poder em sentido amplo. Tais autores identificam um segundo poder, em sentido estrito e potestativo, capaz de sujeitar, por força de lei ou contrato, a parte contrária à instauração, modificação ou extinção de relação jurídica, mediante simples declaração ou manifestação negocial, sem que, para tanto, seja necessariamente formada uma relação jurídica processual – cf., respectivamente, *Teoria geral* cit. (nt. 647 supra), pp. 188-189; *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 81. Inclusive, este último poder, baseado na sanção civil, para C. A. MOTA PINTO seria, diante do estado de sujeição do devedor, uma garantia mais eficaz do que aquela obtida pela via judicial, sujeita à solvabilidade de seu patrimônio – cf. *Teoria geral* cit. (nt. 647 supra), pp. 188-189. Trata-se de interessante construção, cuja aplicabilidade seria possível caso entendido lícito o pacto comissório.

⁶⁶³ Cf. C. MINNITI, *Patto marciano* cit. (nt. 489 supra), pp. 29 e ss., C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), pp. 98 e ss., V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori* cit. (nt. 630 supra), p. 123.

⁶⁶⁴ Neste caso, nos termos do art. 82 da Lei de Falências, seus interesses poderão ser preteridos: (a) por titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho; (b) por outros credores que tenham a lhes proteger os próprios pedidos de restituição; ou (c) por titulares de créditos extraconcursais, identificados nos artigos 67 e 84 da Lei de Falências. Também o fisco, nesses casos, é atendido com prioridade em relação aos titulares de garantias reais.

Em suma, sendo o bem dado em garantia de valor menor ou igual ao da prestação garantida, não há verdadeira razão para que se verifique a proibição ao pacto – ou, ao menos, que ele seja sancionado com medida tão grave quanto a nulidade. Contrariamente, nessas situações, a vedação trazida pelo CC/02 apenas contribui para aumentar a insegurança do crédito e as dificuldades à sua obtenção, de nada servindo para proteger o devedor de uma situação que lhe seja efetivamente desproporcional.

Caso fosse lícito, segundo L. G. HADDAD⁶⁶⁵, o pacto comissório desempenharia ao menos duas funções imediatas, em benefício da referida garantia financeira dos direitos de crédito:

a) Possibilitaria ao credor, diante do inadimplemento do devedor, invocar a seu favor ação de caráter petitório, dada sua condição de proprietário do bem dado em garantia, e não de mero credor da obrigação principal;

b) Na condição de proprietário do bem, este não mais serviria como parte da garantia geral para a coletividade dos credores – hipótese em que, em caso de falência, o credor poderia ser beneficiado pelo pedido de restituição previsto no art. 85 da Lei n.º 11.101/05.

Por fim, ainda quanto aos efeitos jurídicos hipoteticamente lícitos do pacto comissório, resta ainda dúvida de em que ato estaria plasmada a tradição ou o registro aptos a promoverem a correspondente transferência de propriedade ao credor⁶⁶⁶.

A resposta, obviamente, estaria no desmembramento da posse quando da constituição dos direitos reais de garantia⁶⁶⁷, momento em que o devedor passa

⁶⁶⁵ *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 109 e ss.

⁶⁶⁶ Considerando-se mero consenso, refletido na celebração de pacto comissório, é insuscetível de operar a transferência da propriedade – cf. artigo 1.267 do CC/02. Nos direitos reais genericamente considerados, como se sabe, o ato apto a esse fim é a tradição do bem, no caso das coisas móveis, ou o registro do acordo de transmissão na matrícula imobiliária, no caso dos bens imóveis – cf. L. C. PENTEADO, *Direito das coisas* cit. (nt. 599 supra), pp. 260-261.

⁶⁶⁷ Cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 25-26. Sobre o desmembramento da posse, em particular nos penhores em que a posse permanece com o devedor (como, *e.g.*, os penhores rural, industrial, mercantil e de veículos – cf. F.C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), pp. 68-69.

a possuidor direto da coisa⁶⁶⁸. É dela que o pacto comissório extrairia, caso lícito fosse, sua eficácia⁶⁶⁹.

2.4. PACTO COMISSÓRIO E DAÇÃO EM PAGAMENTO POSTERIOR AO VENCIMENTO

Resquício da *datio in solutum voluntaria romana*⁶⁷⁰, também a dação em pagamento⁶⁷¹ consagrada pelos parágrafos únicos dos já exaustivamente mencionados artigos 1.365 e 1.428 do CC/02 representa, em certa medida, a conjugação das máximas clássicas “*solutio eius quod debetur*”⁶⁷² e “*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*”⁶⁷³.

⁶⁶⁸ Cuida-se, em síntese, da primeira das hipóteses de tradição previstas no parágrafo único do referido art. 1.267 do Código Civil.

⁶⁶⁹ Cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 25-26.

⁶⁷⁰ Diferentemente do direito moderno, o direito romano pós-clássico também reconheceu a *datio in solutum necessaria*, que prescindia do consentimento do devedor – cf., especialmente, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 4; M. KASER, *Das römische Privatrecht II* cit. (nt. 117 supra), p. 442; A. GUARINO, *Diritto* cit. (nt. 281 supra), p. 720; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1984, p. 394; P. F. GIRARD, *Manuel* cit. (nt. 26 supra), p. 686; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo, 1989, p. 716; S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 318; A. BURDESE, *Manuale* cit. (nt. 281 supra), p. 596.

Contra, B. DUSI, para quem é possível haver, modernamente, situações excepcionais de *datio in solutum necessaria*, especialmente nos casos de execução forçada – cf. *Istituzioni di diritto civile*, v. 2, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1937, p. 61.

Por fim, importa distinguir a *datio in solutum*, modo extintivo da obrigação, da moderna dação *pro solvendo*, em que a obrigação apenas é extinta com o pagamento efetivo do título, não tendo o credor o risco da cobrança. Em outras palavras, o devedor entrega o título de crédito apenas para facilitar a sua execução e não para extinguir a dívida – cf., nesse sentido, L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1945, p. 381; G. CHIRONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, Fratelli Bocca, s.d., p. 197; E. MOLITOR, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 8ª ed., München, C. H. Beck, 1965, p. 134; H. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1997, p. 190.

⁶⁷¹ É curioso notar que A. TEIXEIRA DE FREITAS, em seu *Esboço*, criou uma nova expressão, denominando a figura por pagamento por entrega de bens, uma vez que privilegiou a utilização da língua portuguesa, apesar da grande profusão do termo *datio in solutum* – cf. *Esboço do Código Civil*, v. 1,3, Brasília, Fundação Universitária de Brasília, 1983, p. 261.

Sob a vigência do CC/16, aliás, era controversa a legalidade do acordo, posterior ao vencimento, destinado a transferir ao credor a propriedade do bem dado em garantia – cf. C. BEVILACQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 3, p. 1229. Contra, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 29.

⁶⁷² Cf. Gai. 3, 168; Inst. 3, 29 pr.

⁶⁷³ Cf. Paul. 28 *ad ed.*, D. 12, 1, 2, 1.

À luz do CC/02, tem-se que, após o vencimento da dívida, sendo ainda exigível a prestação, é plenamente admitida a dação em pagamento do bem objeto da garantia, por meio de acordo entre credor e devedor⁶⁷⁴. Consagra-se, portanto, o caso mais comum de dação em pagamento, em que há substituição da prestação pecuniária por coisa diversa (“*rem pro pecunia*”)⁶⁷⁵.

A redação dada ao tema pelo legislador de 2002, aliada às dificuldades na definição de sua natureza jurídica⁶⁷⁶, torna pouco nítida a distinção entre a dação em pagamento e o pacto comissório. Houve, inclusive, quem afirmasse⁶⁷⁷, diante desses dispositivos legais, que o objeto do pacto comissório teria passado a ser lícito no direito brasileiro, desde que concebido para produzir seus efeitos após o vencimento da dívida.

⁶⁷⁴ A previsão do instituto no CC/02 apenas corrobora sua fundamental importância no sistema de relações obrigacionais, contrapondo-se às opiniões daqueles que consideram diminuto seu interesse econômico e social – cf., nesse sentido, A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo deli adempimento - fra novazione e negozio modificativo dei rapporto*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 1-2.

⁶⁷⁵ Além deste, J. M. CARVALHO SANTOS traz outros oito casos em que é possível aplicar a dação em pagamento em substituição: (a) a uma coisa móvel ou imóvel ao invés de uma outra (“*rem pro re*”); (b) a um fato (“*rem pro facto*”); (c) a uma coisa (“*factum pro re*”); (d) de um fato positivo ou negativo do devedor por outro fato (“*factum pro facto*”); (e) a dinheiro (“*factum pro pecunia*”); (f) de um crédito do devedor ou de outra pessoa por uma coisa (“*nomen iuris pro re*”); (g) a dinheiro (“*nomen iuris pro pecunia*”); (h) a um fato devido (“*nomen iuris pro facto*”) – cf. *Código civil cit.* (nt. 596 supra), p. 213.

⁶⁷⁶ Sobre o tema no direito italiano – cf., especialmente, S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento – diritto civile*, in ED 11 (1962), p. 735; C. GRASSETTI, *Datio in solutum*, in NDI 4 (1938), p. 550; C. M. BIANCA, *Diritto civile cit.* (nt. 282 supra), pp. 107-108.

Divergências sobre a natureza jurídica da *datio in solutum*, contudo, estão presentes já no direito romano, entre os sabinianos e proculianos – cf. Gai. 3, 168. Em suma, de um lado, os sabinianos defendiam a tese de que a *datio in solutum* era uma hipótese de extinção *ipso iure* da obrigação, ou seja, agia como fato de eficácia no plano da existência da dívida. De outro lado, os proculianos consideravam a dação em pagamento como uma extinção *exceptionis ope* da obrigação, devendo, assim, o devedor utilizar a *exceptio doli mali* para paralisar a *actio* do credor, agindo a dação no plano da eficácia do crédito. O tema é exaustivamente tratado pela doutrina – cf., especialmente, M. TALAMANCA, *Istituzioni cit.* (nt. 71 supra), p. 639; G. ASTUTI, *Dazione in pagamento - Diritto romano e intermedio*, in ED 9 (1962), p. 728; C. LONGO, *Datio in solutum - Diritto romano in NDI 5* (1957), p. 173; P. BONFANTE, *Istituzioni* (nt. 50 supra), p. 423; A. GUARINO, *Diritto cit.* (nt. 281 supra), p. 720; M. KASER, *Das römische Privatrecht cit.* (nt. 117 supra), p. 638; G. L. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 179-182.

Tal controvérsia apenas foi resolvida por Justiniano, que privilegiou a tese sabiniana – cf. Inst. 3, 29 pr. E. C. SILVEIRA MARCHI, analisando o fragmento paralelamente ao de Gai. 3, 168, nota ser o preceito justinianeu mais pungente, por utilizar o termo “*obligatio*” em lugar de “*omnis obligatio*”, tendo ainda descartado “*praecipue*” – cf. *Concurso de Credores – e “pactum ut minus solvatur”*, Lecce, Edizione del Griffo, 1997, p. 47.

⁶⁷⁷ Cf. A. G. N. LIQUIDATO, *O contrato de penhor* (tese de doutorado em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2012, pp. 183-184. Contra – cf. L. G. HADDAD, *A proibição cit.* (nt. 519 supra), pp. 116-122.

Grosso modo, ao autorizar que, após o vencimento, o devedor dê ao credor a coisa objeto da garantia, confundir-se-iam os efeitos do pacto comissório com os da dação em pagamento, então suspensivamente condicionados ao inadimplemento da dívida. Nesse sentido, a licitude do pacto se aperfeiçoaria com a aceitação, pelo credor, em “receber prestação diversa da que lhe é devida”⁶⁷⁸ – o que se estipularia de modo condicionado à impontualidade do devedor no pagamento da prestação⁶⁷⁹. A ideia, contudo, não merece respaldo.

Preliminarmente, importa ressaltar que prevalece no ordenamento pátrio o caráter real da dação em pagamento⁶⁸⁰. Mais do que um instrumento solutório⁶⁸¹ e oneroso⁶⁸², trata-se de contrato de formação real, que apenas se aperfeiçoa com a *traditio* da coisa dada em pagamento⁶⁸³, com a consequente liberação do devedor. Em outras palavras, sem que haja a transferência do direito de propriedade ou de outro direito, a dação em pagamento não se aperfeiçoa⁶⁸⁴.

⁶⁷⁸ Cf. artigo 356 do CC/02.

⁶⁷⁹ Cf. A. G. N. LIQUIDATO, *O contrato de penhor* cit. (nt. 677 supra), p. 184.

⁶⁸⁰ Cf., especialmente, F. C. PONTES DE MIRANDA, para quem a dação em pagamento é um negócio jurídico bilateral de alienação com eficácia posterior ao fato jurídico de que resulta a dívida – cf. *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 3-6. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira – cf. S. RODOTÀ, *Dazione* cit. (nt. 676 supra), pp. 737-738; C. M. BIANCA, *Diritto civile* cit. (nt. 282 supra), pp. 438-439 e C. GRASSETTI, *Datio in solutum* cit. (nt. 676 supra), p. 174-175; F. MESSINEO, *Manuale* cit. (nt. 630 supra), p. 271; F. GALGANO, *Diritto privato*, 6ª ed., Padova, CEDAM, 1990, p. 193.

⁶⁸¹ Cf. S. RODOTÀ, *Dazione* cit. (nt. 676 supra), pp. 737-738; F. MESSINEO, *Manuale* cit. (nt. 630 supra), p. 273.

⁶⁸² Cf. S. RODOTÀ, *Dazione* cit. (nt. 676 supra), pp. 737-738; F. MESSINEO, *Manuale* cit. (nt. 630 supra), p. 273; C. GRASSETTI, *Datio in solutum* cit. (nt. 676 supra), p. 174-175; R. NICOLÒ, *Della responsabilità* cit. (nt. 652 supra), p. 45.

⁶⁸³ Cf. F. GALGANO, *Diritto privato* cit. (nt. 680 supra), p. 193.

⁶⁸⁴ Tal corrente contrapõe-se a outras tradicionais soluções adotadas pela doutrina, de que a *datio in solutum* remeteria, especialmente, a: (a) uma novação – cf., entre outros, E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. 4, 5ª ed., Torino, UTET, 1927, p. 134; T. HUC, *Commentaire théorique e pratique du Code Civil*, v. 8, Paris, Cotillon, 1895, p. 46; L. V. L. J. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 4, Paris, A. Durant et Pedore-Lauriel, 1885, p. 131; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, v. 2, 2ª ed., Paris, Sirey, 1933, p. 493; E. CASATI – G. RUSSO, *Manuale dei diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1950, pp. 432-433; J. HUET, *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 65-66; (b) compra e venda – cf., entre outros, J. W. HEDEMAN, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 3ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1949, p. 121; A. VIGIÉ, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 3ª ed., Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905, p. 720; (c) modalidade de pagamento – cf. L. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, v. 4, tomo 2, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1955, pp. 829-830. Quanto a esta última, sobre a contraposição entre a *Théorie des Änderungsvertrages* e a *Théorie des Erfüllungsvertrages* e sua aplicação ao BGB – cf. A. HIRATA, *Dos efeitos da dação em pagamento no caso de credor evicto*, in *Revista da FADUSP*, São Paulo, v. 96, 2002, pp. 640-642.

Isso posto, não obstante a notável proximidade entre o pacto comissório e a dação em pagamento no direito brasileiro⁶⁸⁵, duas principais circunstâncias acabam por extremar as duas figuras: o fato de estar ou não a dívida vencida e a existência prévia ou não de ônus sobre o bem.

Quanto à primeira questão⁶⁸⁶, sendo um acordo com efeitos solutórios em relação à obrigação principal, tem a dação em pagamento de avançar-se depois de contraída tal obrigação ou após seu vencimento⁶⁸⁷. O pacto comissório, por sua vez, resulta no acordo sobre a transferência de posição jurídica patrimonial celebrado necessariamente em momento anterior vencimento.

Os dispositivos do CC/02, então, vedam o pacto comissório, com a ressalva de que, em se passando o negócio após o vencimento do débito, a dação em pagamento continua eficaz⁶⁸⁸. Com isso, não seria absurdo entender que a vedação do pacto comissório é dirigida a uma conduta que, substancialmente, corresponde a uma dação em pagamento sob condição suspensiva, de dívida não vencida, cujo objeto é o bem dado em garantia⁶⁸⁹.

A par de todas essas correntes citadas, bastante peculiar é a solução adotada por J. M. ANTUNES VARELLA, que desenvolveu tese própria sobre o tema para adequá-lo ao direito vigente, ao vincular seu estudo a uma categoria preestabelecida pelo meio e pelo fim do ato. Para o autor, a plena compreensão da dação em pagamento deve considerar seu meio, que é a realização de uma prestação diversa da original, mediante acordo entre as partes, e o fim, que é a extinção da obrigação, determinada pela vontade do credor. O autor estabelece, nesse sentido, um aspecto duplo do instituto, no momento único no qual se realiza o ato – cf. *Das obrigações* cit. (nt. 532 supra), pp. 208-209.

⁶⁸⁵ Ao se referir aos institutos em questão, F.C. PONTES DE MIRANDA fala em “*figuras jurídicas parecidas*” – cf. *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 3.

⁶⁸⁶ Já levantada por F. C. PONTES DE MIRANDA, para quem a diferença básica entre o pacto comissório e a dação em pagamento estaria em haver ou não dívida vencida – cf. *Tratado* cit. (nt. 10 supra), pp. 3-6.

⁶⁸⁷ Por tal razão, não pode-se confundir a dação em pagamento com as obrigações facultativas e alternativas. Nestas espécies de obrigação, como lembra J. M. ANTUNES VARELLA, o acordo é sempre anterior ao da obrigação, geralmente no momento da constituição – cf. *Das obrigações* cit. (nt. 532 supra), p. 195. No mesmo sentido – cf. A. VILLAÇA AZEVEDO, *Dação em pagamento* in *ESD* 22 (1977), p. 186. F. C. PONTES DE MIRANDA acrescenta ainda que nas obrigações alternativas, assim como nas facultativas, só ocorre dação em pagamento quando o objeto prestado é diverso de ambas as prestações previstas – cf. *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 4.

Sobre a impossibilidade de que a constituição de um pacto comissório fora das garantias reais típicas possa ser entendida lícitamente como uma obrigação alternativa – cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 97.

⁶⁸⁸ Cf. F.C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 16.

⁶⁸⁹ Cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 122.

Já a segunda diferença diz respeito à existência prévia ou não de ônus sobre o bem que se pretende entregar. Na dação em pagamento, o bem ou o direito sobre o qual recai o consentimento do credor está livre e desembaraçado, não havendo qualquer vinculação anterior com o adimplemento do débito⁶⁹⁰.

No pacto comissório, por outro lado, a existência do ônus prévio, estabelecido pela garantia real ou fiduciária, é fundamental. O bem sobre o qual recai o pacto comissório é previamente determinado, cabendo ao credor e ao devedor, de comum acordo, atribuir-lhe a específica função de garantir o pagamento da dívida⁶⁹¹.

3. A TUTELA DO DEVEDOR NECESSITADO COMO FUNDAMENTO HISTÓRICO DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

Com razão, as teses mais tradicionais⁶⁹² reconhecem a constituição de Constantino reproduzida em C. 8, 34, 3 (de 320 d.C.)⁶⁹³ como marco histórico da

⁶⁹⁰ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 5.

⁶⁹¹ Segundo L. G. HADDAD, ainda permanece sem explicação o porquê de a lei olhar com desconfiança para a sinceridade dessa concordância antes do vencimento, impondo a nulidade do pacto comissório, e abandonar essa mesma desconfiança, logo após o vencimento, no caso da dação em pagamento – cf. *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 120.

⁶⁹² A posição tradicional é adotada pela quase unanimidade dos doutrinadores brasileiros – cf., entre outros, Cf., entre outros, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 30; L. R. PEREIRA, *Direito das coisas*, v. 2, Brasília, Senado Federal, 2004, p. 21; C. BEVILACQUA, *Código Civil* cit. (nt. 671 supra), p. 1229; T. FULGENCIO, *Direito real* cit. (nt. 10 supra), pp. 110-111; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado* cit. (nt. 10 supra), p. 631; CAIO MÁRIO, *Instituições* cit. (nt. 7 supra), pp. 209-210; S. RODRIGUES, *Direito civil* cit. (nt. 10 supra), pp. 337-338; E. ESPÍNOLA, *Os direitos reais* cit. (nt. 10 supra), p. 322; S. VENOSA, *Direito civil* cit. (nt. 10 supra), p. 473; L. C. PENTEADO, *Direito das coisas* cit. (nt. 10 supra), p. 437; S. S. VENOSA, *Direito civil* cit. (nt. 10 supra), p. 496 e ss.; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de direito civil* cit. (nt. 7 supra), pp. 500 e ss. No mesmo sentido – cf. M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in GC, 1989, p. 1824; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani* cit. (nt. 520 supra), p. 219; V. OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 356-357; F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro Italiano*, Torino,

proibição do pacto comissório. Como elucidado no precedente capítulo deste trabalho, de fato, tem-se ali a primeira fonte normativa que oficializa o repúdio às cláusulas que permitam ao credor apropriar-se definitivamente da coisa dada em garantia, após o inadimplemento.

Pecam os mencionados trabalhos, no entanto, a igualmente deduzir, *sic et simpliciter*, que a *ratio* condutora de tão severa medida imperial estaria na necessidade de tutelar o devedor hipossuficiente perante os “naturais e habituais”⁶⁹⁴ abusos dos credores. A questão ganha relevância à medida que, para essa corrente, tal fundamento de raízes romanas teria se estendido aos dias atuais e ainda seria suficiente para, por si só⁶⁹⁵, justificar a regra. A ideia, embora não seja de todo absurda, carece de apropriado respaldo científico.

Como concluído alhures⁶⁹⁶, inexistem, ao menos nas fontes a que temos acesso, quaisquer elementos concretos que permitam concluir pela existência de inconvenientes tão graves ao devedor que tenham podido justificar a nulidade da cláusula comissória. O próprio texto de Constantino, ratificado por Justiniano, não é de grande valia para a resolução do problema, ao apoiar-se tão somente nas vagas expressões “*captiones*” e “*asperitas*”, insuficientes para que delas seja possível extrair posicionamentos definitivos⁶⁹⁷.

A escassez de fontes, sobretudo decorrente da anterioridade das leis que fixaram a proibição do pacto comissório e a extinção da *fiducia* em relação à compilação justinianéia, torna o estudo do tema no direito romano um campo

Giappichelli, 1989, pp. 1440 e ss.; F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1986, p. 21; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita con scopo di garanzia*, in *Rivista di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1955, pp. 1070 e ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto* cit. (nt. 630 supra), p. 240; M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Rivista critica del diritto privato*, Napoli, Jovene, 1997, pp. 119 e ss.; M. GRONDONA, *Funzione di garanzia, lease back e trasferimenti vietati*, in *Notariato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 171; V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 39; A. REIS, *Processos especiais*, v. 1, Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 287-288; A. VAZ SERRA, *Penhor* cit. (nt. 534 supra), p. 217.

⁶⁹³ Cf. item II.3.1.

⁶⁹⁴ Cf. A. VAZ SERRA, *Penhor* cit. (nt. 534 supra), p. 217.

⁶⁹⁵ Cf., especialmente, V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 39.

⁶⁹⁶ Cf. item II.

⁶⁹⁷ Contra, V. LOJACONO, para quem o primeiro termo exprime a fraude e ganância características da *lex commissoria*, e o segundo denuncia a gravidade do dano a ser suportado pelo devedor – cf. *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 10.

fértil para as mais diversas conjecturas, reforçadas, *e.g.*, pela tendência geral trazida pelo princípio do *favor debitoris*, especialmente após o advento do cristianismo, à adoção de medidas sancionatórias menos gravosas ao devedor⁶⁹⁸.

Afastada, assim, a possibilidade de que a referência à regra pós-clássica seja suficiente para justificar a atual vedação, resta analisar se, a prescindir de suas raízes históricas, a alegada desproporção prejudicial ao devedor, de fato, justifica-se hodiernamente.

Grosso modo, para que assim se entenda, ao natural estado de inferioridade do devedor deve necessariamente corresponder um benefício desproporcional a favor do credor, que passa a ser proprietário de um bem cujo valor supera o próprio crédito garantido⁶⁹⁹, ainda que seja ele obrigado, *ex lege*, a restituir o excedente⁷⁰⁰. Nessas hipóteses, em que há evidente prejuízo, o devedor apenas celebraria o pacto comissório em premente estado de necessidade ou sob a coação do credor⁷⁰¹.

Uma vez mais, questiona-se a necessidade de que semelhantes situações sejam sancionadas com a nulidade, uma vez que a tutela do sujeito que celebra um acordo em estado de necessidade, via de regra, exprime-se no ordenamento brasileiro através da mera anulabilidade⁷⁰². Consequentemente,

⁶⁹⁸ Sobre a questão – cf. item II.3.

⁶⁹⁹ Demonstram preocupação com essa situação em que a desproporção entre o valor do bem e o da prestação possa ser prejudicial ao devedor – cf. G. PUGLIESE, *Intorno alla validità* cit. (nt. 692 supra), pp. 1070 e ss.; F. REALMONTE, *Le garanzie* cit. (nt. 692 supra), p. 21; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto* cit. (nt. 630 supra), p. 240; M. BUSSANI, *Patto commissorio*, cit. (nt. 692 supra), p. 120; M. GRONDONA, *Funzione di garanzia* cit. (nt. 692 supra), p. 171; V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 39; A. DOS REIS, *Processos especiais* cit. (nt. 692 supra), pp. 287-288.

⁷⁰⁰ Isso porque, não obstante o correspondente valor econômico, tratar-se-iam de bens de natureza diversa, o que poderia ser desfavorável ao devedor – cf. A. VAZ SERRA, *Penhor* cit. (nt. 534 supra), p. 217.

⁷⁰¹ Cf. V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 41.

⁷⁰² Como dito alhures, é o que ocorre nas hipóteses de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, e também quando o negócio for concluído por agente relativamente incapaz (art. 171 do cc). Ainda mais próximas ao pacto comissório, no que diz respeito à necessidade de proteção da parte contratual inferiorizada estão as situações de estado de perigo (art. 156 do CC/02) e lesão (art. 157 do CC/02), também sujeitos ao regime das anulabilidades. Há, nestes casos uma significativa incongruência em relação à proibição do pacto comissório. Isso porque, em hipóteses substancialmente idênticas, que implicam na necessidade de proteção do devedor vulnerável, que se vê compelido pelas circunstâncias a avençar o pacto, tem-se diversa disciplina legal aplicável. Para L. G. HADDAD, pela ótica da proteção do devedor, a vedação do pacto comissório nada mais seria do que um caso especial de lesão ou estado de perigo – cf. A

nestes casos, privilegia-se a autonomia privada, cabendo à iniciativa da parte que se sentir prejudicada a busca pelos remédios judiciais cabíveis⁷⁰³, à luz do princípio *invitus nemo rem cogitur defendere*⁷⁰⁴.

Sancionar o pacto comissório através da nulidade equivale a colocá-lo no mesmo patamar de outras situações bem mais gravosas previstas no art. 166 do CC/02, que determina a nulidade, *e.g.*, de negócios celebrados por absolutamente incapaz ou que tenham por objetivo fraudar lei imperativa.

A regra, ainda, é bastante insuficiente para explicar os casos em que o valor do bem dado em garantia seja idêntico ou inferior ao da prestação. Estes casos, em que parece impossível conceber a existência de um prejuízo real ao devedor, C. M. BIANCA⁷⁰⁵ procurou defender sob a alegação de que o interesse pela proibição do pacto comissório teria, na verdade, caráter geral⁷⁰⁶ e não particular.

Em outras palavras, para o autor⁷⁰⁷, a análise da proibição deve ser considerada em seu aspecto macro, tendo por principal fundamento a prevenção do inevitável dano geral causado pela corrente aplicação da cláusula nas práticas

proibição cit. (nt. 519 supra), p. 66. Sobre as diferenças entre os regimes de nulidade e anulabilidade, de modo geral – cf. M. B. DE MELLO, *Teoria do fato jurídico* cit. (nt. 645 supra), pp. 53-55; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2 – Das Rechtsgeschäft – Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, 1975, pp. 643-701; L. A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, v. 2, 3ª ed., Lisboa, Universidade Católica, pp. 468 e ss.; C. A. MOTA PINTO, *Teoria geral* cit. (nt. 647 supra), pp. 610 e ss.

⁷⁰³ Cf. C. M. BIANCA, *Realtà sociale* cit. (nt. 606 supra), p. 47.

⁷⁰⁴ Cf. Ulp. 70 *ad ed.*, D. 50, 17, 156, pr.

⁷⁰⁵ *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), pp. 215-218; *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), pp. 711-721. No mesmo sentido – cf. A. MORACE PINELLI, *Trasferimenti a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giurisprudenza Italiana*, Torino, UTET, 1994, p. 70; E. ROPPO, *Note sopra il divieto* cit. (nt. 634 supra), p. 401; R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, CEDAM, 1998, p. 466, M. BUSSANI, *Patto commissorio*, cit. (nt. 692 supra), p. 127.

⁷⁰⁶ C. M. BIANCA é bastante vago quanto ao que considera de “interesse geral”, enumerando situações que envolvem política de crédito, integridade do sistema geral de garantias e preservação da função de garantia exercida pelo patrimônio do devedor – cf. *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 216. Em sentido próximo, U. CARNEVALLI procurou justificar a *ratio* da nulidade na violação da ordem econômica, por ser o pacto comissório contrário à função da responsabilidade patrimonial, ao sujeitar o patrimônio do devedor ao montante do débito – cf. *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), p. 219. Também F. GIGLIOTTI apresentou tese pouco convincente, ao entender que a função da proibição seria a de preservar as garantias típicas, as quais, no caso de excessiva difusão do pacto, poderiam perder sua função econômico-social – cf. *Il divieto* cit. (nt. 4 supra), p. 122. Trata-se de posições apresentadas de modo superficial e, talvez por isso, bastante isoladas, sequer tendo sido mencionadas pelos autores consultados neste trabalho.

⁷⁰⁷ *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), pp. 216-217.

negociais, e consubstanciador de um sistema inidôneo a exprimir uma adequada sujeição do patrimônio do devedor à função de garantia⁷⁰⁸. A sanção de nulidade, portanto, independeria da apuração concreta de prejuízo a quaisquer das partes⁷⁰⁹.

A tese, contudo, carece de elementos apriorísticos que consigam identificar quais exatamente seriam os danos sociais diretamente causados pela difusão do pacto comissório e capazes de justificar tão enérgica tutela preventiva⁷¹⁰. Até que sejam apresentados fundamentos sólidos nesse sentido, mais razoável seria conceber a nulidade exclusivamente nas situações em que a desproporção entre o valor do bem e o montante da dívida garantida seja prejudicial ao credor, em respeito ao princípio da conservação dos contratos⁷¹¹.

3.1. OUTROS FUNDAMENTOS POSSÍVEIS

Superada a tese reducionista que condiciona o fundamento da proibição a infundadas razões históricas, apresentam-se brevemente outras alternativas costumeiramente levantadas por doutrinadores estrangeiros para tentar adequar a sanção de nulidade à moderna configuração privatista. São elas: (a) a repressão à usura e à imoralidade; (b) a inderrogabilidade do procedimento judicial; (c) a tutela da garantia geral de todos os credores (preservação do princípio da *par condicio creditorum*).

⁷⁰⁸ Anteriormente, nesse mesmo sentido – cf. C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione – di pegno – di deposito nel magazzino generali*, in *Il codice di commercio commentato*, L. BOLAFFIO – A. ROCCO – C. VIVANTE (org.), 6ª ed., v. 7, Torino, UTET, pp. 523-525.

⁷⁰⁹ Consequentemente, a posição de C. M. BIANCA implica na necessidade de uma interpretação extremamente ampla do art. 2.744 do *Codice* italiano, uma vez que, dentro do âmbito da proibição legal do pacto comissório, estariam compreendidas não apenas a alienação suspensivamente condicionada, como também a alienação com efeito translativo imediato, ainda que resolúvel – cf. *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), pp. 716-717.

⁷¹⁰ Cf. F. GIGLIOTTI, *Il divieto* cit. (nt. 4 supra), p. 117; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 213 e ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 126.

⁷¹¹ Sobre a conservação como alternativa às nulidades, através da redução ou da conservação substancial – cf., especialmente, J. A. S. DEL NERO, *Conversão substancial do negócio jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 385 e ss.

3.1.1. REPRESSÃO À USURA E À IMORALIDADE

Foi no ordenamento português, fortemente influenciado pela jurisdição eclesiástica⁷¹², que a tese ganhou maior destaque⁷¹³. Significativa parcela dos doutrinadores lusitanos⁷¹⁴ acredita que o fundamento da proibição identifica-se não só com a *ratio* da norma que genericamente previne a usura⁷¹⁵, mas também com o mais abrangente fundamento, subjacente à condenação dos negócios usurários, relacionado ao locupletamento do credor nas situações em que o valor do bem dado em garantia é superior ao da dívida.

Na esteira das críticas tecidas ao longo do item precedente, também a afirmação de que pacto comissório tenha sido vedado por ser usurário e, conseqüentemente, imoral⁷¹⁶, desconsidera o fato de que, concretamente, dele possa derivar situação não prejudicial ao devedor. Igualmente, a ideia mostra-se insuficiente para explicar o porquê de a nulidade sancionar indistintamente o pacto, a prescindir de qualquer análise casuística sobre a efetiva desproporção do valor do bem em relação ao crédito.

⁷¹² Cf. I. ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório* cit. (nt. 531 supra), pp. 62-63.

⁷¹³ Diferentemente do que se poderia imaginar, não constitui peculiaridade dos países do direito continental europeu e da América Latina, diretamente influenciados pelas regras de direito canônico. Também no direito norte-americano tem-se notícias de normas proibitivas da usura, inclusive, com reflexos criminais. Sobre o tema – cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 67-69.

⁷¹⁴ Cf., especialmente, PIRES DE LIMA - ANTUNES VARELA, *Código Civil* cit. (nt. 520 supra), p. 718; I. GALVÃO TELLES, *Contratos Civis – exposição de motivos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 9, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1953, p. 168; A. VAZ SERRA, *Hipoteca*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 62, Lisboa, 1957, p. 74; E. SANTOS, *Curso de Direitos Reais – Direitos Reais de Garantia e de Aquisição*, Lisboa, Universidade Livre de Lisboa, 1986, p. 72.

⁷¹⁵ Cf. artigo 1146 do Código Civil português. No direito brasileiro, são regras que proíbem a usura aquelas encontradas: (a) no Decreto n.º 22.626/93 (Lei da Usura); (b) na Lei n.º 1.521/51 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular); (c) na Medida Provisória n.º 2.172-32/01, cuja aplicação prática é bastante insipiente – cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 519 supra), p. 69. O autor critica ainda o fato de, no Brasil, por força da Súmula n.º 283 do STJ, as limitações relacionadas ao juro remuneratórios trazidas pela Lei de Usura não serem aplicáveis às instituições financeiras, em especial, às empresas administradoras de cartão de crédito. Esse critério meramente subjetivo escolhido pelo legislador implicaria em uma “falta de coerência valorativa da ordem jurídica brasileira”, em que não parece ser possível identificar uma correlação lógica entre a reprovabilidade da conduta e a circunstância de ele ser praticada especificamente por uma instituição financeira – cf. *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 70-71.

⁷¹⁶ Cf., especialmente, V. LOJACONO, *Il patto commissorio* cit. (nt. 204 supra), p. 55.

Além disso, se a usura estivesse na base da proibição do pacto comissório, ambos os institutos deveriam ter semelhante tratamento⁷¹⁷. No entanto, enquanto ao pacto coube a rígida sanção de nulidade, de uma proibição absoluta do pagamento de juros nos contratos de mútuo, evoluiu-se para a permissão da cobrança desses mesmos juros, com relativa flexibilização do que pode ou não ser considerado usurário⁷¹⁸.

3.1.2. INDERROGABILIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

A tese, atribuída a E. BETTI⁷¹⁹, eleva, a um mesmo plano, o caráter executivo inerente ao pacto comissório e a tutela geral de interesses indisponíveis, ao entender que, em decorrência do princípio da inderroabilidade do procedimento judicial, não seria possível, mediante simples acordo de vontades, atribuir ao credor o poder de autossatisfação através da apropriação da coisa.

Grosso modo, para o autor, permitir que o credor se satisfaça com a mera transferência da propriedade da coisa dada em garantia após o inadimplemento, sem a necessária intermediação do Estado-juiz – detentor do monopólio da atividade processual executiva, que é a expressão autêntica do

⁷¹⁷ Cf. F. GIGLIOTTI, *Il divieto* cit. (nt. 4 supra), p. 115.

⁷¹⁸ Cf. F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, pp. 115-116; G. PANDOLFI – G. SCARPELLO – M. STELLA RITCHER – G. DALLARI, *Codice civile – libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 97. Nesse diapasão, importa lembrar que a EC n.º 40/03 modificou a redação do art. 192 da CF/88 e excluiu do dispositivo, dentre outros, o seu anterior §3º, que buscava limitar as taxas reais de juros remuneratórios a 12% ao ano.

É curioso notar que, como já referimos anteriormente, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1867, os autores portugueses identificavam a proibição do pacto comissório com o perigo de exploração usurária, mas entendiam que a estipulação de pacto comissório mediante justo preço era admissível, precisamente porque nessa hipótese tal perigo não existia – cf. I. ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório* cit. (nt. 531 supra), p. 64.

⁷¹⁹ *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. 29, parte II, Milano, F. Vallardi, 1931, pp. 689-715. No mesmo sentido – cf. M. FRAGALI, *Del Mutuo – Arts. 1.813-1.822*, in *Commentario del Codice Civile IV*, A. SIALOJA – G. BRANCA (org.), 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 1966, p. 240; U. CARNEVALLI, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), p. 501. Contra, especialmente – cf. C. M. BIANCA *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 187; C. VARRONE, *Il trasferimento* cit. (nt. 520 supra), p. 57.

A teoria de E. BETTI encontrava consenso sobretudo sob a vigência do anterior *Codice* – cf. U. CARNEVALLI, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), p. 501.

fenômeno jurisdicional⁷²⁰ – representaria uma forma de autotutela ou execução privada⁷²¹.

Para tanto, adota-se o pressuposto de que à interdição da chamada justiça de mão própria corresponderia um absoluto princípio de inafastabilidade da jurisdição⁷²², por força do qual seria inadmissível conceber a realização da garantia sem um correspondente processo. Consequentemente, o pacto comissório, ao admitir a substituição da jurisdição estatal pela autonomia privada, jamais poderia ser considerado lícito, por violar irremediavelmente o sistema de direito público.

Em que pese a generalizada resistência⁷²³ em aceitar a realização extrajudicial da garantia própria das relações jurídicas de direito privado, há indiscutivelmente casos extraordinários⁷²⁴ que fogem à regra da heterocomposição, o que confere relatividade ao princípio da inderrogabilidade. Dentre as diversas hipóteses próprias do ordenamento brasileiro⁷²⁵ estão, *e.g.*,

⁷²⁰ Cf., especialmente, OVÍDIO B. DA SILVA, *Ação de imissão de posse*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1997, pp. 18-21; C. NEVES, *Estrutura fundamental do processo civil – Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 36-37.

⁷²¹ Por essa razão, E. BETTI entende igualmente que a proibição estende-se, também, às situações em que uma posição jurídica tem a função de garantia, como, *e.g.*, o direito de retenção – cf. *Su gli oneri* cit. (nt. 719 supra), p. 699.

⁷²² Cf. E. BETTI, *Su gli oneri* cit. (nt. 719 supra), p. 701.

⁷²³ Cf., nesse sentido, E. H. O. YOSHIKAWA, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 32 e ss.

⁷²⁴ A expressão é cunhada por C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 124.

⁷²⁵ Esse fenômeno, embora pareça destoar da sistemática geral constante do Código de Processo Civil, está longe de ser um princípio absoluto ou que não possa ser afastado pela lei no direito brasileiro. A fim de contrapor-se à tese de E. BETTI, especificamente no que tange à realidade do ordenamento brasileiro, L. G. HADDAD procura levantar exaustivamente tais hipóteses consideradas extraordinárias, em que admite-se a realização da garantia sem processo – cf. *A proibição* cit. (nt. 519 supra), pp. 82-99. Em resumo, segundo o autor, seriam elas relacionadas a: (a) Desforço imediato e direito de retenção; (b) Direito de vizinhança e servidão; (c) Exceção de contrato não cumprido e compensação; (d) Penhor de créditos e títulos de créditos; (e) Disciplina dos armazéns-gerais, no caso do Decreto n.º 1.102/03; (f) Construção de edificações em condomínio, que pode ser objeto de contratação sob o regime de empreitada ou administração, prevista no artigo 63 da Lei n.º 4.591/64; (g) Execuções hipotecárias dos artigos 31 e seguintes do Decreto-lei n.º 70/66; (h) Execução, pela companhia, de quantias devidas pelo acionista remisso, com aplicação análoga nas sociedades limitadas; (i) Rescisão do contrato de promessa de compra e venda de lote urbano prevista no artigo 32 da Lei 6.766/79; (j) Alienação fiduciária de bens imóveis na Lei n.º 9.514/97; (k) Sistema de pagamentos brasileiro, nos casos de restituição do saldo positivo ao participante inadimplente; (l) Execução forçada de acordo de voto assumidas em acordo de acionistas arquivado na sede social, nos termos do artigo 118, §8º, da Lei n.º 6.404/76; (m) Desconto de crédito consignado em folha de pagamento, por força dos arts. 1º e 6º da Lei

aquelas relativas à compensação de créditos, em que se atribui poderes coercitivos e coativos ao próprio interessado ou a terceiros chamados a agir em seu interesse.

De modo geral, inclusive no ordenamento italiano de E. BETTI, pode-se prescindir da atuação do Poder Judiciário como um intermediário necessário para realização das garantias⁷²⁶, não havendo razão para que também o pacto comissório possa considerar-se exceção à regra. Sua celebração, vale lembrar, não afasta, sob qualquer hipótese, o direito de ação daqueles que eventualmente se considerem prejudicados.

Além disso, é importante notar que, se esse fosse, de fato, o principal fundamento da proibição do pacto comissório, seria mais razoável que a regra estivesse inserida junto àquelas que disciplinam a responsabilidade patrimonial e a execução do devedor, e não relacionada às que versam sobre os direitos reais de garantia, como sói ocorrer⁷²⁷.

3.1.3. TUTELA DA GARANTIA GERAL DE TODOS OS CREDITORES

Defendida por F. CARNELUTTI⁷²⁸, a tese considera que à admissibilidade do pacto comissório opõe-se uma inevitável violação ao princípio

10.820/03; (n) Alienação fiduciária no mercado financeiro e de capitais, nos termos da Lei n.º 10.931/04.

⁷²⁶ Cf., nesse sentido, U. CARNEVALI, *Patto commissorio* cit. (nt. 520 supra), p. 501. Na doutrina italiana, o principal argumento que critica a tese de E. Betti apoia-se no artigo 1.977 do atual *Codice*, que disciplina o contrato de cessão de bens aos credores, mediante o qual o devedor pode conferir mandato irrevogável aos seus credores, os quais podem obter satisfação direta dessa liquidação, sem necessidade de recurso às vias judiciais – cf. C. M. BIANCA, *Il divieto* cit. (nt. 444 supra), p. 187. Quanto à cessão de bens no direito italiano – cf., especialmente, R. MICCIO, *Cessione dei beni ai creditori*, in *ED* 6 (1960), p. 384; F. VASSALI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di Diritto Privato*, n. 13, P. RESCIGNO (org.), Torino, UTET, 1985, p. 397.

Ainda nesse sentido, vem a doutrina italiana admitindo a possibilidade de uma interpretação extensiva das excepcionais hipóteses de realização da garantia sem processo, como ocorre, *e.g.*, com o penhor de créditos – cf. G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 98.

⁷²⁷ Cf. C. VARRONE, *Il trasferimento* cit. (nt. 520 supra), p. 57.

⁷²⁸ Cf. *Note sul patto* cit. (nt. 520 supra), p. 890; F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, F. Vallardi, 1946, p. 146; G. STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro padano – Rivista di Giurisprudenza e dottrina*, Torino, Giappichelli, 1957, p. 767; V. ANDRIOLI, *Disciplina*

da *par condicio creditorum*. Curiosamente, portanto, a *ratio* da proibição transfere-se subjetivamente da tutela do devedor necessitado⁷²⁹ para os outros credores do devedor, que, diante de semelhante acordo, correm o risco de ter excluído um bem à garantia comum de seus créditos, em situação que mais se assemelharia à constituição de uma garantia atípica⁷³⁰.

Ao analisar um caso em que a Corte de Apelação de Veneza entendeu ser nula a promessa de compra e venda da coisa empenhada, feita pelo devedor ao credor e suspensivamente condicionada ao inadimplemento, o autor⁷³¹ conclui, em resumo, que o pacto comissório pode lesar os demais credores do devedor em duas principais situações:

a) Sempre que houver desproporção, favorável ao credor, entre o preço de mercado do bem e aquele correspondente à obrigação garantida;

b) Na ordem de preferência creditícia, nos casos específicos de insolvência do devedor. Tratar-se-ia aqui, então, de matéria de ordem pública, devendo-se entender nulas quaisquer alterações que decorram de disposições meramente contratuais⁷³².

intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali, in *Foro Italiano*, v. 67, Torino, Giappichelli, 1942, pp. 954-956; T. MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2.744 codice civile*, in *Foro Italiano*, Torino, Giappichelli, 1966, pp. 1121 ss.; L. BARBIERA, *Garanzia del credito* cit. (nt. 636 supra), p. 214.

⁷²⁹ Há, no entanto, autores que recorrem a uma construção mista, que conjuga a tutela do devedor necessitado aos preceitos da *par condicio creditorum* – cf., dentre outros, S. PUGLIATI, *Precisazioni* cit. (nt. 520 supra), p. 316; G. PUGLIESE, *Intorno alla validità* cit. (nt. 692 supra), p. 1066; E. CAPUTO, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giustizia Civile*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 886.

⁷³⁰ Cf. F. CARNELUTTI, *Note sul patto* cit. (nt. 520 supra), p. 890.

⁷³¹ *Note sul patto* cit. (nt. 520 supra), pp. 487-492.

⁷³² Sobre a ordem de preferência dos créditos – cf. A. BUZAID, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1952, pp. 13 e ss.; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, t. 11 (arts. 736-795), Rio de Janeiro, Forense, 1976, pp. 426 e ss.; C. NEVES, *Comentários ao código de processo civil*, v. 7 (arts. 646-795). 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 654 e ss.; H. THEODORO JR., *A insolvência civil – Execução por quantia certa contra devedor insolvente*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 366.

De modo geral, o direito real de garantia representa uma prioridade do titular na excussão do bem. Essa prioridade, no entanto, não é absoluta. Como lembra, L. G. HADDAD, da conjugação das regras do Código Civil (arts. 955-964), do Código de Processo Civil (art. 769) e da Lei de Falências (arts. 83, 84 e 86, entre outros), tem-se que preferem ao credor titular de garantia real: (a) os beneficiários dos pedidos de restituição, nos termos do art. 149 da Lei de Falências; (b) os créditos extraconcursais listados nos arts. 67 e 84 da Lei de Falências; (c) os créditos passíveis de compensação, de modo geral, imunes ao concurso, nos termos do art. 122 da Lei de Falências; (d) os créditos trabalhistas, por força do art. 449, §1º, da CLT; (e) os encargos da massa, por aplicação

Assim, na hipotética situação de licitude do pacto comissório, a excussão do bem dado em garantia tão somente pela verificação do inadimplemento por parte do devedor poderia prejudicar a observância da ordem legal de preferência dos créditos. Afinal, o credor deixaria de ser mero titular de garantia real para se tornar proprietário do bem.

Os efeitos práticos dessa mudança de posição são evidentes. Na condição de proprietário, o credor beneficiado pelo pacto comissório estaria autorizado a formular o pedido de restituição previsto no art. 85 da Lei 11.101/95 (“Lei de Falências”). Neste caso, diferentemente do que ocorreria se apenas fosse titular de garantia real, passaria a ter preferência em relação a um mais vasto rol de créditos, compreendidos, *e.g.*, os trabalhistas e tributários.

De igual modo, também os credores normalmente subordinados aos titulares de garantias reais, como aqueles titulares de privilégios especiais ou gerais e os quirografários, poderiam ser prejudicados pela licitude do pacto, nas específicas situações em que o credor por ele beneficiado recebesse bem de valor superior ao montante da dívida⁷³³.

Ainda, uma vez mais, questiona-se⁷³⁴ a rigidez da sanção de nulidade. Isso porque, em hipóteses semelhantes, que igualmente privilegiam a proteção ao crédito e ao processo executivo, como, *e.g.*, nos casos de fraude contra credores (artigos 158 a 165 do CC/02) e de fraude à execução (artigos 592 e 593 do CPC), eventuais violações apenas atingem o campo da eficácia⁷³⁵, caso em que é possível a modulação de seus efeitos por decisão judicial.

Deve-se, por fim, observar que essa importante correlação entre a proibição do pacto comissório e o respeito ao princípio da *par condicio*

analógica do art. 84 da Lei de Falências; (f) os créditos tributários, por força dos arts. 186 e 186 do CTN – cf. *A proibição* cit. (nt. 520 supra), pp. 105-106.

⁷³³ Cf. F. CARNELUTTI, *Note sul patto* cit. (nt. 520 supra), pp. 488-489.

⁷³⁴ Cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 520 supra), pp. 105-106.

⁷³⁵ Cf. O. GOMES, *Introdução* cit. (nt. 645 supra), pp. 431-432; S. MARCONDES, *Da fraude contra credores, falência e alienação de estabelecimenti*, in *Questões de direito mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 125-147.

creditorum fica restrita às hipóteses de insolvência do devedor⁷³⁶ e de eventual abertura do concurso, civil ou falimentar, de credores⁷³⁷. A nulidade do pacto comissório trazida pelo CC/02, no entanto, é muito mais ampla, atingindo também as situações em que o devedor seja solvente – o que, pela lógica desta corrente de ideias, nenhum prejuízo causaria a seus demais credores.

⁷³⁶ Cf. L. G. HADDAD, *A proibição* cit. (nt. 520 supra), p. 107; S. MARCONDES, *Restituição na lei falimentar e a figura especial do art. 76, §2º*, in *Problemas de direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, pp. 339-340.

⁷³⁷ Importa lembrar que na reforma legislativa francesa de 2006, a decisão de extinguir a proibição do pacto comissório veio acompanhada da modificação do direito concursal, precisamente no sentido de tornar a cláusula ineficaz na superveniência de processo equivalente ao de recuperação judicial ou falência – cf. item III. 1. 3.

IV. CONCLUSÃO

A *lex commissoria* pode ser conceituada como uma espécie romana de pacto acessório com eficácia real, que, após verificado o inadimplemento da obrigação principal, importa para o credor insatisfeito a faculdade de conservar para si, na condição de proprietário, a coisa entregue em garantia.

De antemão, um dos mais graves problemas que se verifica no estudo do instituto diz respeito à escassez de fontes que a ela façam referência direta (cf. item II.1). Tendo declarada sua proibição em momento anterior ao trabalho de compilação de que resultou o *Corpus Iuris Civilis*, com o agravante da concomitante extinção da arcaica *fiducia cum creditore* junto aos modos formais de aquisição da propriedade, poucos foram os fragmentos que sobreviveram aos nossos tempos.

Entende-se com relativa segurança que a *lex commissoria* foi estruturada, inicialmente, sob a forma de condição suspensiva, com a *fiducia cum creditore*. Inegável, porém, que lhe pudessem ser atribuídos efeitos resolutivos – o que na antiga Roma era feito através de uma declaração de vontade acessória suspensivamente condicionada ao adimplemento ou não da obrigação.

A curiosa construção, aliás, não era própria da *lex commissoria*. A exegese das correspondentes fontes demonstra que semelhante tratamento foi atribuído aos estruturalmente análogos institutos do *pactum displicentiae* e da *in diem addictio*, que se localizam em títulos imediatamente anteriores ao da *lex commissoria* em matéria de venda no Digesto.

A análise da aplicação do instituto na venda, importa salientar, torna-se imprescindível a qualquer tentativa de reconstrução histórico-dogmática do instituto junto às garantias reais. Isso porque, dada a mencionada escassez de fontes a ela diretamente aplicáveis, são extraídos da venda elementos que permitem eventuais analogias, especialmente quanto à sua estrutura e objeto (cf. item II.2).

As fontes a que se tem acesso, aliás, não permitem qualquer conclusão exata sobre as razões que, em 320 d.C, levaram Constantino à decisão reproduzida

em C. Th. 3, 2, 1 – e posteriormente ratificada por Justiniano em C. 8, 34, 3. Diferentemente do que é muitas vezes alegado pela doutrina, os termos "*captiones*" e "*asperitas*", trazidos nesses textos, são insuficientes para induzir posicionamentos definitivos.

Essa vagueza sobre a *ratio* da proibição romana não torna absurda a tese de que, possivelmente, a regra tenha refletido valores outros que não somente aqueles diretamente ligados a inconvenientes concretos que tornassem insuportável, ao devedor, a manutenção do liame obrigacional.

Dentre os fatores externos que teriam contribuído à medida imperial, estaria, *e.g.*, a adoção oficial do cristianismo, cujo influxo de ideias consolidou-se na tendência legislativa de tratar com maior rigidez as regras que pudessem levar ao relativo enfraquecimento de quaisquer dos sujeitos de relações jurídicas. No binômio credor-devedor, esses novos valores foram representados pelo princípio do *favor debitoris* (cf. item II.3).

Sobre o instituto no direito romano, em resumo, pôde-se concluir que:

a) A gravidade creditada ao instituto costuma relacionar-se ao fato de que, ao credor, fosse facultado ficar com a coisa no caso de inadimplemento da obrigação principal. A transferência da propriedade como forma de garantia, no entanto, já era conhecida pelos romanos desde tempos muito mais remotos, com a mencionada *fiducia cum creditore*.

b) Por influência da *fiducia*, também foi a *lex commissoria* recepcionada pelas novas formas de garantia que surgiram posteriormente, quais sejam, o penhor e a hipoteca. A partir das fontes disponíveis, não é possível, no entanto, precisar em que momento tenha isso ocorrido.

c) Verificado o inadimplemento, ao credor também era facultado resolver unilateralmente o contrato. Diz-se "facultado", pois, obviamente, era possível que, em uma situação concreta, ele preferisse insistir no recebimento da prestação principal. Caso optasse por uma ou outra coisa, no entanto, não mais poderia voltar atrás em sua decisão – a exemplo do que ocorria com a *lex commissoria* em matéria de venda.

d) Com o incremento das relações comerciais, ao lado da *lex commissoria* eram utilizados outros meios que também implicavam na perda da propriedade da coisa pelo devedor, como, *e.g.*, o *ius distrahendi*, a venda da coisa ao credor, acordos similares à anticrese, o pacto marciano e a *datio in solutum*. Por não implicarem, contudo, a possibilidade de que o devedor pudesse ficar com a coisa para si, essas formas não só não contaram com o repúdio dos romanos, como continuam a serem amplamente aplicadas hodiernamente.

Com o renascimento do direito romano e o posterior movimento codificador, a regra, ratificada também pelo direito canônico, foi amplamente reproduzida nos códigos modernos, inclusive o brasileiro. De fato, ainda hoje, a proibição ao pacto comissório é a regra nos principais ordenamentos que comungam da tradição do direito europeu continental (cf. item III.1).

Há, indícios, no entanto, de que essa regra começa a sofrer erosões. Foi o que ocorreu na França, onde, desde 2006 e sob precisas condições, o pacto é admitido nas relações negociais. O exemplo é importante na medida em que demonstra ser possível entender pela validade do pacto, sem que, para isso, seja causado um desequilíbrio insuportável pelas partes.

De qualquer modo, ainda que pela validade não se queira entender, certo é que a sanção de nulidade adotada pelo CC/02 parece contrariar a lógica do ordenamento em relação a casos semelhantes, em que também se procura proteger a parte mais frágil, como, *e.g.*, nos casos de dolo e fraude contra credores – sancionados com a mera nulidade. Como se procurou demonstrar (cf. item III.2), a opção por tão severa punição não se justifica nas situações em que o valor do bem dado em garantia seja inferior ou idêntico ao da prestação.

O estudo do instituto do CC/02 aliado às suas origens romanas ganha ainda maior relevância quando se tem em conta que, para a quase unanimidade da doutrina brasileira, o principal fundamento da proibição reside nos naturais inconvenientes que a licitude do pacto causaria ao devedor. Isso, fundamentam, já se teria sentido no período pós-clássico romano e, por essa razão, Constantino adotou a severa medida de nulidade.

A tese é ultrapassada e fruto de pouca dedicação ao estudo do tema. Diferentemente de outros países, dos quais destaca-se a Itália, em que há décadas a proibição da cláusula comissória vem sendo questionada, o ordenamento brasileiro ainda carece de estudos aprofundados que possam repensar a medida.

Sem a presunção de apresentar uma solução ao problema, ao afastar a ideia amplamente reproduzida pela doutrina brasileira de que a regra contida nos artigos 1.428 e 1.365 do CC/02 justifica-se pelo ônus excessivo de que foi vítima o devedor romano, pretendeu o presente trabalho ser um mero convite à reflexão sobre as razões que, de fato, poderiam justificar a hodierna proibição ou não da medida.

Dentre essas, exaustivamente levantadas por doutrinadores estrangeiros (cf. item III. 3) estariam: (a) a repressão à usura usura e imoralidade da regra; (b) a inderrogabilidade do procedimento judicial; (c) a subtração de bens à garantia geral de todos os credores, com a consequente proteção ao princípio da *par condicio creditorum*.

Qualquer análise valorativa sobre seu conteúdo, no entanto, extrapolaria os limites exegéticos aqui estabelecidos. Os pontos brevemente levantados na última parte desta dissertação (cf. item III), sobre a proibição no pacto comissório no CC/02, tiveram sua razão de existir tão somente para melhor elucidar sua conexão com as fontes romanas.

ÍNDICE DE AUTORES

ACUTIS	3, 64, 79	AVENA-ROBARDET	125
ADELLE	125	AYNÈS	125, 126
ALBALADEJO	119	BACHOFEN	46, 107
ALBANESE	60, 61, 67	BARASSI	145
ALBERTARIO 3, 31, 32, 34, 35, 46, 79, 93, 95, 98, 99, 102, 104, 105, 106		BARBIERA	112, 137, 141, 158
ALLARA	140	BECHMAN	58
ALMEIDA COSTA	115	BEHRENDTS	80
AMARAL	129, 140	BEKKER	30
AMARAL NETO	129	BELLOCCI	13, 15, 23
AMBROSINO	13, 14	BENEDEK	19
ANDORNO	118	BERNARDES DE MELLO 139, 142, 152	
ANDRADE DE MATOS 115, 116, 117, 137, 138, 154, 155		BERTHELOT	10, 80
ANDRIOLI	112, 140, 157	BESELER	51, 53, 55, 88
ANELLI	2, 136, 137	BETTI 19, 60, 65, 71, 74, 88, 112, 113, 141, 155, 156, 157	
ANGELONI	113	BEVILACQUA	3, 145, 149
ANKUN	87	BIANCA 2, 61, 95, 100, 104, 108, 109, 112, 113, 132, 135, 136, 141, 143, 146, 147, 152, 153, 157	
ANTUNES VARELA	115, 141, 148	BIANCHINI	92
ARANGIO-RUIZ 13, 15, 27, 57, 58, 60, 62, 63, 64, 66, 67, 70, 71, 88, 105, 147		BIONDI 8, 9, 19, 20, 22, 26, 51, 65, 66, 90, 91, 93, 94, 95	
ARCANGELI	30	BISCARDI 3, 7, 44, 45, 50, 56, 59, 60, 79, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 91, 92, 95	
ARCHI 57, 58, 60, 61, 62, 64, 67, 70, 71, 77, 88, 93		BOLAFFIO	153
ASCOLI	11, 12, 15, 20, 23, 33, 78		
ASTUTI	146		

BONFANTE 1, 13, 14, 52, 53, 57, 58, 65, 72, 146	CARVALHO SANTOS 129, 130, 139, 146
BONGIORNO157	CARVALHOSA128
BORDA118	CASATI147
BREAUCHET42, 44	CERAMI65
BREGLIA95, 96, 101, 103	CERVENCA92
BROGGINI8, 97	CHADEL46, 49
BRUGGI112, 113, 114	CHALHUB129
BULHÕES PEDREIRA142	CHAMPEAUX38
BURDESE 3, 8, 14, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 38, 39, 40, 42, 46, 47, 48, 49, 50, 55, 59, 60, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 95, 101, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 145	CHEMIN-BOMBEN125
BUSSANI ...2, 121, 122, 150, 151, 152	CHINÈ132
BUZAID158	CHIRONI112, 114, 143
CAIO MÁRIO2, 3, 129, 149	CIPRIANI 2, 55, 104, 106, 113, 114, 136, 137, 138, 142
CALBOLI31	CLAPS32
CALONGE60, 71, 74	CLARK8, 9
CANNATA19, 60	COELHO DA ROCHA117
CAPUTO158	COLLINET23
CARASSAI93	COMPARETTI42
CARDILLI37	COOPER123, 124
CARNELUTTI112, 113, 158, 159	CORRADINI7
CARNEVALI 112, 113, 136, 137, 152, 155, 157	CORRÊA TELLES117, 154
CARVALHO DE MENDONÇA3, 149	CORREIA92
CARVALHO FERNANDES115, 152	COSTA8, 12, 43, 44, 45, 104
	COSTANZA149
	CRICENTI154
	CRIFÒ93
	CROCQ125, 126
	CUBEDDU112
	CUNHA GONÇALVES115, 147

D'ORS 1, 10, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 71, 88, 89	ESPÍNOLA3, 149
DA PONTE141	FACHIN129
DALLARI155	FADDA64, 92
DALMARTELLO23	FALCHI146
DAUBLON125	FAZENDA MARTINS115, 116
DE CICCIO106	FELIÚ REY119, 120
DE FRANCISCI19, 46, 50, 51, 93	FERRI136
DE MARTINO93	FERRINI38, 51
DE NICTOLIS113, 152	FIKENTSCHER145
DE RUGGIERO42	FIORI65
DE SENARCLENS105	FLUME152
DEL NERO153	FRAGA129, 130, 131, 139
DELVINCOURT125	FRAGALI141, 156
DERNBURG46, 55, 99, 107, 108	FREMEAUX125
DEVILLA48, 49, 51, 52, 53, 54	FREZZA 9, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 23, 27, 31, 35, 36, 37
DI MARZO145	FUENTESECA 12, 13, 14, 15, 18, 23, 26
DIAS FERREIRA115	FULGENCIO3, 129, 149
DINAMARCO141, 156	GAFFIOT99
DIRKSEN7	GALGANO147
DONELLI7, 8	GALLO38
DONISI136	GALVÃO TELLES117, 154
DOVERI7	GARCIA DEL CORRAL ...10, 70, 80, 84
DU CANGE7, 8	GARCÍA GARRIDO15
DUSI145	GARCÍA GOYENA119, 120
EBRARD51, 53	GAROFALO14, 30
EHRHARDT19	GARRIDO118
EISELE51, 57, 58	GEIB20
ENNERCCERUS121	GIACOBBE136
ERBE8, 11, 20, 27, 28, 78, 87, 110	GIGLIOTTI .2, 132, 134, 152, 153, 155
ERNOUT7, 8	

GILMORE	123	HULOT	10, 80
GIORGIANNI	141	HUSCHKE	7, 101
GIRARD 8, 10, 22, 38, 51, 53, 64, 79, 145		ITURRASPE	119
GOLDSCHMIDT	119	JACQUELIN	22, 23, 25, 46
GOODE	123	JOSSERAND	147
GRADENWITZ	25, 27, 42, 43	JUNQUEIRA	139
GRASSETTI	146, 147	KASER 8, 19, 23, 28, 30, 39, 40, 60, 67, 83, 97, 145, 146	
GRONDONA	150, 151	KIENINGER	121, 122
GROSSO19, 47, 48, 60, 65, 66, 79		KIPP	121
GUARINO ..60, 61, 104, 105, 145, 146		KNÜTEL	80
GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ	119	KRELLER	20, 33, 78
HADDAD 112, 115, 117, 119, 121, 122, 125, 128, 130, 132, 134, 136, 137, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 151, 154, 156, 158, 159, 160		KRÜCKMANN	88
HAENEL	24, 25	KRÜGER	95
HAYMANN	88	KUNKEL	28, 38, 39
HEBERT	125	KUPISCH	80
HEDEMANN	147	LA PIRA	32
HEIMBACH	67	LAMBERTINI	19
HELLERSTEIN	123	LAMBRINI ...11, 12, 13, 17, 21, 13, 26	
HENLE58, 63, 66, 77, 88, 89		LAROMBIÈRE	147
HERZEN8, 33, 40, 78, 79, 101		LASCIALFARI	132
HEUMANN	7, 101	LEICHT	105
HIRATA	147	LENEL 13, 19, 22, 23, 65, 82, 83, 86, 87, 104, 108	
HITZIG	42, 44, 45	LEONHARD	76
HUC	147	LEVY 58, 62, 64, 69, 70, 71, 72, 75, 77, 81, 85, 86, 88, 89	
HUET	147	LIARD	125, 126
		LIQUIDATO	146, 147
		LOJACONO 2, 44, 58, 59, 90, 91, 92, 95, 96, 97, 98, 100, 101,	

103, 112, 113, 138, 150, 151, 154	MENEZES CAMPOS115
LONGO 3, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 23, 29, 46, 47, 48, 56, 57, 58, 69, 70, 71, 79, 83, 85, 86, 87, 91, 146	MENEZES CORDEIRO 14, 115, 133
LUMINOSO 112, 113, 136, 149, 150, 151	MESSINA VITRANO51, 53
MADEIRA105	MESSINEO136, 147
MAFFEI61, 64	MICCIO157
MAGNI132	MICHEL34, 89
MAHAFFY8	MINNITI106, 136, 143
MANCINI158	MIRABELLI112, 114
MANIGK 14, 26, 32, 42, 50, 55, 101, 102, 103, 108, 110	MITTEIS55
MANRESA Y NAVARRO119	MOLITOR145
MARCADÉ125	MONACI93
MARCHESE13	MONNIER7, 14, 64
MARCONDES139, 159, 160	MONTEL141
MARIA HELENA DINIZ2, 6, 149	MORACE PINELLI152
MARICONDA136, 143	MOREIRA ALVES 1, 2, 49, 72, 93, 129, 133 139
MARRONE145	MOTA PINTO152, 139, 141, 143
MARTINEZ116, 141	NARDI135, 138
MASCHI94, 95	NEVES156, 158
MASI60, 71, 73	NICOLO140, 141, 147
MASTROPAOLO2, 141	NOORDRAVEN .25, 39, 40, 84, 85, 87
MAZZARINO31	NÖRR13, 14
MCCORMACK122, 123, 124	OBERTO149
MEILLET7, 8	OERTMANN13, 14, 23
MELILLO10, 65, 66	ORESTANO60, 64, 71
MENDES116	ORLANDIS ROVIRA119
	ORLANDO GOMES 1, 2, 129, 133, 139, 159
	OTTO10
	OVÍDIO156
	PACIFICI-MAZZONI147

PALMA	95	REIS	116, 150, 151
PANDOLFI	155	REMÉDIO MARQUES	115
PAOLI	42, 44, 45	RESTIFFE	129
PENNITZ	88	RESTIFFE NETO	129
PENTEADO	3, 123, 130, 144, 149	RICCOBONO JR.	94
PEREIRA	3, 149	RIVA	113
PERLINGIERI	140	ROCCI	8
PERNICE	8	ROCCO	153
PEROZZI	51	RODOTÀ	146, 148
PETERS	58, 62, 63, 66, 69, 72, 75	RODRIGUES BASTOS	115, 116
PICONE	13	ROPPO	136, 137, 152
PIEDEACASAS	119	ROTONDI	34, 92
PIEDELIEVRE	125	RUBINO	112
PIERINI	3	RUI PINTO	116, 139, 141, 143, 152
PINTO DUARTE	116	RUSSO	147
PIRES DE LIMA	115, 116, 154	SACCHI	3, 21, 24, 29, 65, 79
PITTERI	13	SANTANGELO	23
PONTES DE MIRANDA 3, 133, 135, 144, 145, 147, 148, 149, 158		SANTARELLI	92
POVEDA VELASCO	93, 128	SANTORO	65
PUGLIATTI	112, 136, 140, 141, 158	SANTOS	154
PUGLIESE 19, 33, 60, 61, 109, 150, 151, 158		SARGENTI	31, 33, 35, 36, 37, 39
QUEIROZ DE MORAES 56, 58, 60, 61, 66, 67, 68, 69, 73, 75, 76		SASSI	2, 132, 136, 138
RAAPE	42, 121	SCARPELLO	155
RABEL	29, 42, 51, 108, 110	SCHEURL	81
RAISER	121	SCHILLING	10
REALMONTE	149, 150, 151	SCHIPANI	80, 83, 84, 128
REGLERO CAMPOS	119, 120	SCHULZ	13, 22, 25, 94
		SCIALOJA	61, 64, 72
		SECKEL	7, 101
		SEGRÈ	19, 26, 46, 47, 85
		SEILER	80

SENN	63, 70, 85	VILLAÇA AZEVEDO	148, 139
SERICK	121, 122	VISKY	105
SERRAO	9	VITELLI	41, 42, 43
SIBER	78	VIVANTE	114, 153
SILVEIRA MARCHI	1, 88, 146	VOLKMAR	7, 101
SÍLVIO MEIRA	128	VOLTERRA	60
SILVIO RODRIGUES	3, 149	VON LÜBTOW	76
SIMLER	1	WALLON	94
SINTENIS	10	WARREN	123
SMITH	123, 124	WATSON	10, 12, 13, 15, 23, 83
STELLA RITCHER	155	WEISE	123, 124
STOLFI	157	WESSELY	42, 43
TALAMANCA 14, 19, 33, 37, 38, 51, 58, 60, 61, 62, 64, 66, 67, 69, 89, 104, 105		WESTBROOK	123
TEIXEIRA DE FREITAS ...	128, 129, 145	WIEACKER 3, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 70, 72, 73, 75, 77, 79, 88, 91	
TEPEDINO	129	WINDSCHEID	64
THEODORO JR.	158	WOLF	121
TIBILETTI	8	YOSHIKAWA	156
TROPLONG	98	ZACCARIA	146
VALVERDE	139	ZACCHEO	136
VANZELLA	135	ZIMMERMAN	10, 69
VARRONE	112, 155, 157	ZINGALE	29
VASSALLI	60	ZINNECKER	123
VAZ SERRA	116, 150, 151, 154		
VÉLEZ SANSFIELD	119		
VENOSA	2, 3, 6, 149		
VIALE SALAZAR	118		
VIGIÉ	147		
VIGNALI	10, 80		
VILLA	153		

ÍNDICE DE FONTES⁷³⁸

I. FONTES JURÍDICAS ANTIGAS

A. *Pré-justinianéias*

C.Th. 1, 1, 3	97
C.Th. 3, 1	97, 99
C.Th. 3, 2, 1	4, 59, 90, 91, 95, 96
C.Th. 8, 16	97
Coll. 10, 2,2	21
F.V. 9	21, 110
F.V. 14	75
F.V. 18	17
F.V. 283	72
Gai. 2, 60	21
Gai. 2,64	51, 54
Gai. 3, 168	145, 146
Gai. 3, 201	21
Gai. 4, 147	37
Gai. 4, 62	13
Gai. 9	22
Gai. 10	22
P.S. 2, 13	21, 24
P.S. 2, 13, 4	56
P.S. 2, 13, 6	16
P.S. 2, 17	25
P.S. 2, 5, 1	48, 53

⁷³⁸ Excluem-se desse rol as fontes jurídicas modernas. Para as demais, segue-se, em linhas gerais, o modelo adotado por M. KASER – cf. *Das römische Privatrecht I* cit. (nt. 119 supra), pp. 795 e ss.

B. “*Corpus Iuris Civilis*”

Institutiones

Inst. 3, 14, 4	32
Inst. 3, 29 pr.	145, 146
Inst. 4, 6,7	32

Digesta

D. 1, 5, 13	7
D. 3, 3, 58	7
D. 3, 4, 1, 3	7
D. 4, 4, 38	57
D. 4, 4, 38 pr.	98
D. 4, 9, 1, 2	7
D. 5, 1, 12	7
D. 5, 3, 13, 4	105
D. 5, 3, 13, 5	105
D. 5, 3, 48	104
D. 8, 9, 1	7
D. 10, 3, 3, 13	7
D. 10, 3, 6, 8	54
D. 12, 1, 28	101, 145
D. 12, 6, 36	101
D. 13, 1, 12	49
D. 13, 6, 5, 12	102
D. 13, 7, 1 pr.	102
D. 13, 7, 1, 2	102
D. 13, 7, 2	101
D. 13, 7, 4	47, 49, 52, 54
D. 13, 7, 6	83

D. 13, 7, 6 pr.	25, 29, 39, 40, 46, 47, 56, 83, 84, 85, 87
D. 13, 7, 6, 1	47
D. 13, 7, 8	83
D. 13, 7, 8 pr.	47
D. 13, 7, 8, 1	47
D. 13, 7, 8, 2	47
D. 13, 7, 8, 3	47, 86
D. 13, 7, 8, 4	47
D. 13, 7, 8, 5	47
D. 13, 7, 11, 7	102
D. 13, 7, 20 pr.	101
D. 13, 7, 20, 3	54
D. 13, 7, 39	55, 102
D. 17, 1, 60, 4	7
D. 17, 2, 71 pr.	37
D. 17, 2, 77	34
D. 17, 7, 6 pr.	86
D. 18, 1, 3	63, 65
D. 18, 1, 6, 1	57
D. 18, 1, 7, 1	105
D. 18, 1, 37	105
D. 18, 1, 34, 6	7
D. 18, 1, 81 pr.	99, 108, 109
D. 18, 2, 2 pr.	63, 66
D. 18, 2, 4, 3	66
D. 18, 2, 10	13
D. 18, 2, 16	75
D. 18, 3	100
D. 18, 3, 1	59, 63, 64, 65, 67, 69
D. 18, 3, 2	4, 30, 56, 57, 59, 69, 76, 79, 80, 85, 88
D. 18, 3, 3	4, 30

D. 18, 3, 4 pr.	57, 59, 79, 82, 88
D. 18, 3, 4, 1	59
D. 18, 3, 4, 2	99
D. 18, 3, 4, 3	59, 99
D. 18, 3, 4, 4	99
D. 18, 3, 5	7, 57, 62, 63, 70, 75, 76
D. 18, 3, 6 pr.	57
D. 18, 3, 6, 1	59
D. 18, 3, 8	73
D. 18, 5, 10 pr.	57
D. 19, 1, 13, 24	105
D. 19, 1, 13, 26	99
D. 19, 1, 51, 1	7
D. 19, 2, 24	34
D. 20, 1, 3 pr.	101, 102
D. 20, 1, 4	102
D. 20, 1, 5, 1	102
D. 20, 1, 16, 9	99, 103, 105, 108, 109, 110
D. 20, 1, 17.	32
D. 20, 1, 24	101
D. 20, 2, 10	102
D. 20, 4, 4	101
D. 20, 4, 3, 2	102
D. 20, 4, 9	101
D. 20, 4, 12 pr.	102
D. 20, 4, 17	55
D. 20, 5, 5, 1	55
D. 20, 5, 6	55
D. 20, 5, 9 pr.	55
D. 20, 5, 12 pr.	55, 104
D. 21, 2, 21, 1	101

D. 22, 1, 49	102
D. 23, 3, 9, 3	8
D. 27, 9, 3, 1	102
D. 32, 34 pr.	101
D. 32, 38 pr.	102
D. 36, 1, 15	7
D. 37, 10, 5, 2	7
D. 38, 5, 1, 12	105
D. 38, 5, 1, 15	105
D. 39, 1, 9	107
D. 39, 5, 18, 2	19
D. 41, 1, 31, pr	19
D. 41, 3, 33, 4	102
D. 41, 4, 2	57
D. 41, 4, 2, 2	62
D. 41, 4, 2, 3	62
D. 41, 4, 2, 4	63, 68, 71
D. 41, 4, 3	57
D. 42, 8, 7	105
D. 43, 24, 11, 13	99
D. 44, 3, 6, 1	7, 57
D. 44, 7, 1, 6	32
D. 47, 10, 15, 22	48
D. 47, 2, 49 pr.	56
D. 47, 2, 62, 7	8
D. 47, 2, 74	41, 49
D. 48, 3, 1	8
D. 48, 3, 3	7
D. 48, 3, 14 pr.	8
D. 49, 16, 14, 1	8
D. 50, 1, 5, 1	102

D. 50, 9, 1	7
D. 50, 17, 72	102
D. 50, 16, 211	80
D. 50, 16, 238, 2	101

Codex

C. 1, 14, 7	97
C. 2, 3, 6	99
C. 4, 51, 4	55
C. 4, 54, 1	57, 74
C. 4, 54, 3	57
C. 4, 54, 4	57, 59, 74
C. 7, 26, 5	50
C. 8, 13, 13	55
C. 8, 18, 1 pr.	102
C. 8, 19, 1, 1	55
C. 8, 25, 2	102
C. 8, 27, 10	55
C. 8, 34, 1	98
C. 8, 34, 3	3, 4, 59, 90, 91, 95, 96, 103, 149
C. 8, 40, 18	105
C. 8, 54, 2	72

Novellae

Nov. 4, 3	55
Nov. 120, 6, 2	104

C. Bizantinas

Bas. 19, 3, 1	67
---------------------	----

D. Inscrições e Papiros

P. Flor. 1	41, 42
P. Flor. 28	43
P. Flor. 81	43
L. XII Tab. 8, 22	12
L. XII Tab. 3, 3	93
L. XII Tab. 3, 4	93
L. XII Tab. 1, 3	93
L. XII Tab. 2, 2	93
L. XII Tab. 4, 6	94
Tab. Baet.	15, 16, 17, 21
Tab.Pomp.	21, 25, 26

II. FONTES NÃO JURÍDICAS ANTIGAS

Pro Flac. 21	8
Ad fam. 13, 56, 2	8
Ad fam. 7, 12	12
De off. 1, 7, 23	14
De off. 3, 15, 61	12
De off. 3, 17, 70	12, 13, 15, 90
De off. 3, 30, 110	14
De orat. 3, 1, 4	50
Pro Rosc., 4, 13	16
Pro Rosc., 5, 14	16
Top. 17, 66	12
In Verr., 2, 5, 29, 74	94
In Verr. 17, 109	97
Ab urb. 45, 4, 7	94

Ab urb. 30, 42, 17	94
Ab urb. 33, 12, 7.	94
De agri. 144	34
De agri. 145	34
De agri. 146	33
De agri. 148	34
De agri. 149, 7	36
De agri. 149, 8	36
De agri. 150	31, 32
De agri. 150,7	36
Orig., 5, 25, 23	17
Noct. att. 20, 1, 52	94

III. FONTES JURÍDICAS INTERMÉDIAS

Dec. 3, 21, 7, 10	95
P. 5, 13, 12	120
Ord. Afons. 4, 39	117
Ord. Fil. 4, 56	117, 139
Ord. Manuel. 4, 26	117

RESUMO

Ao longo de seu texto, o Código Civil de 2002 não traz o vocábulo “comissório” ou quaisquer de suas possíveis flexões gramaticais. Na doutrina e jurisprudência pátrias, entretanto, ele é aplicado exaustivamente quanto à proibição prevista nos artigos 1.428 e 1.365 do mencionado diploma legal.

Grosso modo, tem-se em tais dispositivos a impossibilidade de que, após verificado o inadimplemento da obrigação principal, possa o credor insatisfeito conservar para si, na condição de proprietário, a coisa entregue em garantia.

Ainda que reproduzida em diversos códigos modernos, especialmente naqueles de tradição romano-germânica, essa vedação ao chamado pacto comissório é um tema pouquíssimo estudado. A necessidade de uma maior reflexão sobre seu conteúdo, no entanto, é cada vez mais evidente. Isso porque, como demonstram pesquisas recentes no âmbito da literatura comparística, há indícios de que a regra tem por base fundamentos que não mais se justificariam.

A esse propósito, vale salientar, o estudo do direito romano é fundamental. Afinal, nele a *lex commissoria* foi criada e por séculos teve aplicação no âmbito dos direitos reais de garantia, até ter sido proibida pelo Imperador Constantino (C. Th. 3, 2, 1; C. 8, 34, 3), no século III.

O presente trabalho, portanto, tem por objetivo central a reconstrução e análise do instituto antigo, para que então com mais segurança seja possível delimitar, em que medida, pôde a *lex commissoria* romana influenciar a proibição do pacto comissório nos atuais ordenamentos jurídicos, em especial, o brasileiro.

Para tanto, deve-se notar, em um primeiro momento, que separar a *lex commissoria* objeto da mencionada decisão da mais consagrada *lex commissoria* no âmbito da compra e venda, recepcionada no livro 18 do Digesto e ainda largamente aceita nos sistemas modernos, não é tarefa das mais fáceis. Tendo a proibição sido anterior à compilação do *Corpus Iuris* e, igualmente, tendo a própria *fiducia cum creditore* sido extinta por volta do século II, escassos são os testemunhos nas fontes que chegaram até os nossos dias.

ABSTRACT

Throughout its text, Brazilian Civil Code of 2002 does not have the word "comissório" or any of its possible grammatical inflections. In Brazilian doctrine and jurisprudence, however, it is applied thoroughly as the prohibition laid down in Articles 1,428 and 1,365 of that statute.

Roughly speaking, we have in such provisions the impossibility that, upon inspection of the default of the principal obligation, unsatisfied creditors could keep for themselves the thing given as a real security (pledge), provided being the owner.

Although reproduced in many modern codes, especially those of Roman-Germanic tradition, the prohibition of the so called "pacto comissório" is a topic rarely researched. The need for further reflection on its contents, however, is increasingly evident. This is because, as recent research into comparative literature shows, there is evidence that this rule is based on essentials that would no longer be justified.

In that regard, it is worth mentioning, the study of Roman law is fundamental. After all, in it the *lex commissoria* was created and for centuries it had been applied under the provision of security until it was banned by Emperor Constantine (C. Th. 3, 2, 1; C. 8, 34, 3) in the 3rd century A.D.

The present study, therefore, has as its central objective the reconstruction and the analysis of that ancient institute, so that more safely it will be possible to delimit to what extent could the Roman *lex commissoria* influence the "pacto comissório" in current legal systems, in particular the Brazilian one.

Therefore, it should be noted at first that to separate the *lex commissoria*, object of the aforementioned ban, from the established *lex commissoria* under purchase and sale, as disposed in Book 18 of the *Digesta* and still widely accepted in modern systems, it is not an easy task. Since the prohibition was prior to the compiling of the *Corpus Iuris* and also having the *fiducia cum creditore* been extinct sometime around the 2nd Century, testimonies in sources that have come down to our day are scarce.

BIBLIOGRAFIA

(samente das obras consultadas)

ACUTIS, Giuseppe, *De lege commissoria*, Torino, Subalpina, 1901.

ADICKES, Franz, *Zur Lehre von den Bedingungen nach römischen und heutigem Recht (eine Vorarbeit für das deutsche Civilgesetzbuch)*, Berlin, Guttentag, 1876.

ADELLE, Jean-François, *La réforme des sûretés mobilières corporelles et les opérations de financement – ambitions et limites*, in *Option Finance* 893-894 (2007).

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil – Derechos de Bienes*, v. 2, Madri, Bosch, 1994.

ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, Università di Palermo, 1982.

ALBERTARIO, Emilio, *Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino*, in *Actis Congressus Iuridici Internationalis*, v. 1, Roma, 1934.

_____, *Contratti agrari nel 'de agri cultura' di Catone*, in *Rivista di diritto agrario* 15 (1936).

_____, *La terminologia del possesso nella compilazione giustiniana e nelle fonti bizantine*, in *BIDR* 27 (1914).

_____, *Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XXII, n. 5, Milano, Francesco Vallardi, 1924.

_____, *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Studii Chironi I*, Torino.

ALLARA, Mario, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5^a ed., Torino, Giappichelli, 1958.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria – Notas de direito comparado*, in *Direito e Justiça*, v. 1, n. 1, 1980.

_____, *História do direito português*, 3^a ed., Coimbra, Almedina, 1996.

_____, *Penhor – Illicitude na Guarda da Coisa Penhorada – Venda Antecipada*, in *Colectânea de Jurisprudência*, t. 2, v. 10, 1985.

ALMEIDA COSTA, Mário Julio de, *História do direito português*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1996.

ALVES, João Luiz, *Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*, Rio de Janeiro, Briguet, 1923.

AMARAL, Francisco, *Direito civil – Introdução*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, in *Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia*, TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luis Eduardo (org.), São Paulo, RT, 2011.

_____, *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

AMBROSINO, Rodolfo, *La legis actio sacramento in personam e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz II*, v. 2, 1ª ed., Napoli, Giuffrè, 1952.

ANKUN, Hans, *Alla ricerca della 'repromissio' e della 'satisfactio secundum mancipium'*, in *Atti del IV Congresso Internazionale dell'Accademia Romanistica Constantiniana*, Perugia, 1981.

ANDRADE DE MATOS, Isabel, *O Pacto Comissório*, Coimbra, Almedina, 2006.

ANDRIOLI, V., *Commentario del Codice Civile – Tutela dei diritti. Art. 2.740-2.899*, v. 6, SCIALOJA, Antonio, BRANCA, Giuseppe (org.), Bologna, Nicola Zanichelli, 1945.

_____, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *Foro Italiano*, v. 67, Torino, Giappichelli, 1942.

ANELLI, Franco, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1996.

_____, *Problemi dell'alienazione in funzione di garanzia – Trasferimento dei diritti e divieto del patto commissorio*, Pavia, Zanichelli, 1992.

ANGELONI, Franco, *Sulla responsabilità disciplinare del notaio che roghi un atto contenente un presunto patto commissorio*, in *Contratto e Impresa*, v. 16, n. 3, Padova, 2000.

ANTUNES VARELLA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, v. 2, 10^a ed., Lisboa, Almedina, 2000.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, Jovene, 1960.

_____, *La compravendita in diritto romano*, 2^a ed., v. 1 e 2, Napoli, Jovene, 1954.

_____, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2^a ed., Napoli, Jovene, 1958. **ARCANGELI**, Ageo, *I contratti agrari nel 'De agri cultura' di Catone*, in *Studi Pier Paolo Zanzucchi*, Milano, 1927.

ARCHI, Gian Gualberto, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, in *ED* 8 (1961).

_____, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti II*, Milano, Giuffrè, 1962.

_____, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, CEDAM, 1934.

_____, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Studi in Onore di Contardo Ferrini*, Milano, Hoepli, 1946.

_____, *La restituzione dei frutti nelle vendite con "in diem addictio" e con "lex commissoria"*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934.

ARNDTS VON ARNESBERG, Ludwig, *Lehrbuch der Pandekten*, 1887, trad. It. De F. Serafini, *Trattato delle Pandette II*, 3^a ed., Bologna, Fava e Garagnani, 1880.

ASCOLI, Alfredo, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto salviano*, Livorno, Raff. Giusti, 1887.

ASTUTI, Guido, *Dazione in pagamento - Diritto romano e intermedio*, in *ED* 9 (1962).

AVENA-ROBARDET, Valérie, *La réforme du droit des sûretés*, in *Recueil Dalloz* 19 (2006).

AVONZO, Franca de Marini, *Diritto romano e diritto privato – Letture da F.K. Von Savigny*, 1^a ed., Torino, G. Giappichelli, 1995.

AYNÈS, Laurent, **CROCQ**, PIERRE, *Les sûretés – La publicite foncière*, 5^a ed., Paris, Cujas, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Código civil comentado II (negócio jurídico; atos jurídicos lícitos; atos ilícitos)*, São Paulo, Atlas, 2003.

BACHOFEN, Johann Jacob, *Das römische Pfandrecht*, Basel, Schweighausersche, 1847.

BARASSI, Lodovico, *Istituzioni di diritto civile*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1945.

BARBIERA, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971.

_____, *Responsabilità patrimoniale – Disposizioni generali*, in *Il Codice Civile – Commentario diretto da Piero Schlesinger. Art. 2740-2744*, Milano, Giuffrè, 1991.

BAREA, Juan Bautista Jordano, *El Negocio Fiduciario*, Madrid, J. M. Bosch, 1959.

BAUDY, Dorothea, *Römische Umgangsriten – Eine ethologische Untersuchung der Funktion Von Wiederholung für religiöses Verhalten*, Berlin – New York, W. de Gruyter, 1998.

BECHMAN, August, *Der Kauf nach gemeinem Recht I (Geschichte des Kaufs im römischen Recht)*, Erlangen, Deichert, 1876 a 1908.

BEHRENDS, Otto, **KNÜTEL**, Rolf, **KUPISCH**, Berthold, **SEILER**, HANS HERMANN, *Corpus Iuris Civilis (Text und Übersetzung) II (Digesten 1-10)*, Heidelberg, Müller, 1995.

BEKKER, Ernst Immanuel, *Ueber die ‘leges locationis’ bei Cato ‘de re rustica’*, in SZ 3 (1864).

BELLOCCI, Nicla, *La struttura del negozio della fiducia nell’epoca repubblicana – Le nuncupationes*, 1^a ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1979.

_____, *La tutela della fiducia dalle origini alla fine della repubblica*, Siena, Università di Siena, 1971.

BENEDEK, Ferenc, *Die iusta causa tradiionis im römischen Recht*, 1962, in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, t. 4, fasc. 1-2, Budapest, Akademi Kiado, 1991.

BENVENISTE, Émile, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes II – Pouvoir, droit, religion*, Paris, Minuit, 1969.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.

BERNARDES DE MELLO, Marcos, *Teoria do fato jurídico – Plano da eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

BESELER, Gerhard, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I*, Tübingen, Mohr, 1910.

BETTI, Emilio, *La vindictio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, in *Il Filangieri*, v. 39, Napoli, Eugenio Jovene, 1915.

_____, *La retroattività della “condicio” (“facti” o “iuris”) in diritto giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano, Hoepli, 1946, pp. 477 e ss.

_____, *“Periculum” – Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, v. 1, Milano, 1956.

_____, *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. 24, Milano, Francesco Vallardi, 1931.

_____, *Sul carattere causale della ‘traditio’ classica - A proposito di studi recenti*, in *Studi Riccobono*, v. 4, Palermo, 1936.

_____, *Sul valore dogmatico della categoria ‘contrahere’ in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR.* 28 (1915).

_____, *Teoria generale delle obbligazioni*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1955.

BEVILACQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil III*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1921.

BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile III (il contratto)*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2000.

_____, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.

_____, *Patto commissorio (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XII, Torino, UTET, 1965.

_____, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, Giuffrè, 2002.

BIANCHINI, Mariagrazia, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi II*, Milano, 1982.

BIONDI, Biondo, *Contratto e stipulatio (corso di lezioni)*, Milano, Giuffrè, 1953.

_____, *“Humanitas” nelle leggi degli imperatori romano-cristiani*, in *Fontes Ambrosiani*, v. 26, Firenze, L.S. Olschki, 1951.

_____, *Il diritto romano cristiano – La Famiglia – Rapporti patrimoniali – Diritto pubblico*, v. 3. 1^a ed. Milano: Giuffrè, 1952.

_____, *Il diritto romano cristiano – Orientamento religioso della legislazione*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1952.

_____, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946.

_____, *“Iudicia bonae fidei”*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, 7 (1920).

_____, *Lex e ius*, in *BIDR* 47 (1964).

BISCARDI, Arnaldo, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, Cisalpino-Gollardica, 1976.

_____, *La “lex commissoria” nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in Onore di Emilio Betti*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1962.

_____, *Le garanzie reali del credito*, Siena, Giubbi & C., 1957.

BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano*, Roma, Sampaolesi, 1932.

_____, *Diritto delle obbligazioni*, 10^a ed., Torino, G. Giappichelli, 1946.

_____, *Essenza della “bona fides” e suo rapporto colla teoria dell’errore*, in *Scritti Giuridici Varii*, v. 2, Torino, Unione Tipografica, 1916.

_____, *Istituzioni di diritto romano*, 10^a ed., Torino, G. Giappichelli, 1946.

_____, *Sulla genesi e l’evoluzione del ‘contractus’*, in *RIL*, 40 (1907), Torino, 1921.

BONGIORNO, Girolamo, *L’autotutela esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1984.

BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Reales*, v. 2, Buenos Aires, Perrot, 1975.

BOVE, Lucio, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici – Tabulae Pompeianae di Murécine*, Napoli, Liguori, 1984.

BRASIELLO, Ugo, *Sull'influenza del cristianesimo in matèria di elemento subbiettivo Nei contratti*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano, Hoepli, 1946.

BREAUCHET, Ludovic, *Histoire du droit prive de la republique athénienne*, v. 3, Paris, Marescq Ainé, 1855.

BREGLIA, Oreste , *Patto commissorio*, Roma, Athenaeum, 1939.

BROGGINI, Gerardo, *Ius lexque esto*, in *Coniectanea – Studi di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1966.

_____, *La retroattività della lege nella prospettiva Romanistica*, in *Coniectanea (Studi di Diritto Romano)*, Milano, 1966.

BRUGI, Biagio, *Il patto commissorio ex intervallo*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. 24, Milano, Francesco Vallardi, 1919.

BRUGI, M. Iacuniello, *Patto commissorio (voce)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2010..

BRUTTI, Massimo, *Il diritto privato nell'antica Roma*, 2^a ed., Torino, G. Giappichelli, 2011.

BUCKLAND, William Warwick, *A Text-Book of Roman Law – From Augustus to Justinian*, Cambridge, 2007.

_____, *Ritual Acts and Words in Roman Law*, in *Festschrift Koschaker I*, Weimar, 1939.

BUCKLER, William Hepburn, *The Origin and History of Contract in Roman Law down to the end of the Republican Period*, London, C. J. Clay & Sons, 1895.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, *Finanças e demonstrações financeira das companhias – conceitos fundamentais*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989.

BURDESE, Alberto, *Catone e la vendita di vino*, in *SDHI* 46 (2000).

_____, *La menzione degli eredi nella fiducia cum creditore*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948.

_____, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, G. Giappichelli, 1949.

_____, *Manuale di diritto privato romano*, 4^a ed., Torino, UTET, 1993.

_____, *Pegno (diritto romano)*, in *ED* 32 (1982).

BUSSANI, Mauro, *Il problema del patto commissorio – Studio di diritto comparato I*, Torino, Giappichelli, 1999.

_____, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, in *Rivista critica del diritto privato*, Napoli, Jovene, 1997.

BUZAI, Alfredo, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1952.

CALBOLI, G., *Cicerone, Catone e i neoatticisti*, in *Ciceroniana*, Leiden, E. J. Brill, 1975.

CALONGE, Alfredo, *En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra III*, Milano, Giuffrè, 1971.

CAPUTO, Emilio, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giustizia Civile*, Milano, Giuffrè, 1979.

CANNATA, Carlo Augusto, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI* 57 (1991).

_____, *Profilo istituzionale del processo privato romano II (Il processo formulare)*, Torino, Giappichelli, 1982.

CARASSAI, C., *La politica religiosa di Costantino il Grande*, Roma, Società Romana di Storia Patria, 1901.

CARDILLI, Riccardo, *La nozione giuridica di “fructus”*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

CARIOTA-FERRARA, Luigi, *Negozi Fiduciari*, Padova, CEDAM, 1933.

CARNELUTTI, Francesco, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, F. Vallardi, 1946.

_____, *Note sul patto commissorio*, in *Studi di diritto processuale*, v. I, Padova, Cedam, 1928.

CARVALHO FERNANDES, Luís, *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in *Estudos sobre a Simulação*, Lisboa, Quid Iuris?, 2004.

_____, *Lições de Direitos Reais*, 4ª ed., Lisboa, Quid Iuris?, 2003.

_____, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, Quid Iuris?, 1993.

_____, *Teoria Geral do Direito Civil*, v. 2, 3ª ed., Lisboa, Universidade Católica, 2001.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de, *Código civil brasileiro interpretado – Direito das coisas (arts. 755-862)*, v. 10, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, v. 2, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

CASATI, Ettore, **RUSSO**, Giacomo, *Manuale dei diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1950.

CATALANO, Pierangelo, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II – 16.1*, Berlin – New York, W. de Gruyter, 1978.

_____, *Contributi allo Studio del diritto augurale*, Torino, G. Giappichelli, 1960.

CERAMI, Pietro, *Risoluzione del contratto (diritto romano)*, in *Enc. Dir.* 40, Milano, 1989.

CERVENCA, Giuliano, *Usura (diritto romano)*, in *ED* 45, Milano, 1992.

CHADEL, Louis, *Étude sur le “jus distrahendi” dans la fiducie le gage et l’hypothèque*, Paris, Nouvelle, 1902.

CHALHUB, Melhim Namen, *Negócio fiduciário, alienação fiduciária, cessão fiduciária e securitização*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

CHAMPEAUX, Ernest, *Le principe de simplicité des anciens actes juridiques romains et le gage*, in *Mélanges P. F. Girard: études de droit romain dédiées a P. F. Girard à l’occasion du 60 anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)*, v.1, Paris, 1912.

CHEMIN-BOMBEN, Délphine, *Ordonnance “sûretés” – fiche de lecture du nouveau livre IV du Code Civil*, in *Revue Lamy Droit des Affaires* 5 (2006).

CHINÈ, Giuseppe, **LASCIALFARI**, Massimo, **MAGNI**, Francesco, *Le garanzie rafforzate del credito*, Torino, UTET, 2000.

CHIRONI, Giampietro, *Elementi di diritto civile*, Torino, Fratelli Bocca, s.d.

_____, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2ªed., Milano, 1918.

CIAN, Giorgio, **TRABUCCHI**, Alberto (org.), *Commentario breve al codice civile*, 6ª ed., Padova, CEDAM, 2002.

CIPRIANI, Nicola, *Patto commissorio e patto marciano – Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Sannio Benevento, Facoltà di Economia dell'Università degli Studi del Sannio Benevento, 2000.

CLAPS, Tommaso, *Del cosiddetto pegno irregolare*, Bologna, Fava e Garagnani, 1896.

CLARK, M. E. C., *Jus and lex*, in *Mélanges Fitting*, t. 1, Montpellier, Société anonyme de l'imprimerie générale du midi, 1907.

COELHO DA ROCHA, Manoel Antônio da, *Instituições de direito civil portuguez, para uso de seus discípulos*. t. 2, 2ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848.

COLLINET, Paul, *Deux textes retrouvés sous la fiducia*, “*Studi Besta, I, Milano*”, 1939.

COMPARETTI, Domenico, **VITELLI**, Girolami, *Papiri Greco-Egizii – Papiri Fiorentini – Documenti pubblici e privati dell'età romana e bizantina*, v. 1, Milano, Hoepli, 1906.

COOPER, Corrine, **WEISE**, Steven, **SMITH**, Edwin, *The New Article 9 – Uniform Commercial Code*, 2ª ed., Chicago, American Bar Association, 2000.

CORRADINI (cur.), Francesco, *Totius latinitatis lexicon*, Padova, Seminario, 1864.

CORREA, Alexandre Augusto de Castro, *Direito Romano – A Mancipatio, o Nexum e a In Iure Cessio*, Tese (Professor Catedrático) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1960.

_____, *O estoicismo no direito romano*, Tese (Livre Docência), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 1950.

CORRÊA TELLES, José Homem, *Digesto portuguez ou tractado dos modos de adquirir a propriedade de a gozar e administrar e de a transferir por derradeira*

vontade para servir de subsídio ao novo Código Civil, t. 3, 5ª edição, Coimbra, J. Augusto Orcel, 1860.

CORREIA, Alexandre, **SCIASCIA**, Gaetano, **CORREA**, Alexandre Augusto de Castro, *Manual de direito romano II (institutas de Gaius e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino)*, 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 1955.

COSTA, Emilio, *Cicerone giuresconsulto I e II*, 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 1927.
 ———, *Sul papiro fiorentino num. 1*, BIDR 14 (1901).

COSTANZA, Maria, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in GC, 1989.

CRICENTI, Giuseppe, *I contratti in frode alla legge*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2008.

CUBEDDU, Maria Giovanna, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto – la risposta delle sezioni unite*, in *Rivista di Diritto Civile*, v. 36, n. 5, Padova, 1990.

CUNHA GONÇALVES, Aderbal da, *Da propriedade resolúvel (sua projeção na alienação fiduciária em garantia)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da, *Comentário ao Código Civil Português*, v. 5, Coimbra, Coimbra, 1932.

———, *Tratado de Direito Civil*, v. 4, tomo 2, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1955.

CUQ, Edouard, *Les institutions juridiques des romains I*, 2ª ed., Paris, Plon, 1904.

D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro, *Derecho privado romano*, 8ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1991.

———, *In diem addictio (contribución a la crítica de la teoría de las condiciones en derecho romano)*, in *AHDE* 16 (1945).

———, *Sobre las pretendidas acciones reales “in factum”*, in *IURA* 20 (1969).

DALMARTELLO, Arturo, *“Fiducia cum creditore” e prescrizione*, in *Il Contratto – Soloe in onore di Giorgio Oppo*, v. 1, Padova, CEDAM, 1992.

DE MARTINI, Angelo, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Giuffrè, Milano, 1950.

DE CICCIO, Maria Cristina, *Il divieto del patto commissorio*, in L. Ferroni (a cura di), *Le nullità negoziali*, Milano, 1998.

DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà – Storia e critica di una dottrina*, Padova, Universitaria, 1924.

_____, *Recensioni a Salvatore Calderone, Costantino e Il Cattolicesimo*, I, Firenze, 1962.

DE MARTINO, Francesco, *Individualismo e diritto romano privato*, 22^a ed., Torino, Giappichelli, 1999.

DE NICTOLIS, Rosanna, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e “sale-lease-back”*, in *Rivista di Diritto Civile*, v. 37, n. 5, Padova, 1991.

_____, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, CEDAM, 1998.

DE RUGGIERO, Roberto, *Il divieto di alienazione del pegno nel diritto greco e romano – Contributo papirologico*, Roma, L’Erma di Bretschneider, 1910.

DE SENARCLENS, Alexandre, *La maxime “pretium debet esse verum, certum, iustum”*, in *Mélanges Paul Fournier*, Paris, Sirey.

DEL NERO, João Alberto Schützer, *Conversão substancial do negócio jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DELVINCOURT, Claude-Étienne, *Institutes de droit civil français*, t. 2, 2^a ed., Paris, P. Gueffier, 1810.

DERNBURG, Heinrich, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, v. 2, Leipzig, Hirzel, 1864.

DEVILLA, Vincenzo, *L’ius distrahendi nella fiducia e nel pignus*, Sassari, Galizzi, 1937.

DI MARZO, Salvatore, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1945.

DIAS FERREIRA, José, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, v. 2-3, 2^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1895.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 15^a ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

_____, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 4, 24^a ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

DIRKSEN, Heinrich Eduard, *Committtere*, in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum – Thesauri latinitatis epitome in usum tironum*, Berolini, Dunckeri et Humblotii, 1837.

DONELLI, Hugonis, *Iurisconsulti et antecessoris Opera Omnia*, t. 9, Lucae, Joannis Riccomini, 1766.

DONISI, Carmine, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, Jovene, 1972.

DOVERI, Alessandro, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2^a ed., v. 1, Firenze, Le monnier, 1866.

DU CANGE, Charles, *Committtere*, in *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, t. II, Graz, Akademische Druck – U. Verlagsanstalt, 1954 (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Von 1883-1887).

DUMÉZIL, Georges, *Archaic Roman Religion I*, Chicago-London, University of Chicago, 1970.

DUSI, Bartolomeo, *Istituzioni di diritto civile*, v. 2, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 1937.

EBRARD, Friedrich, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*, München, Veit & Comp., 1917.

EHRHARDT, Arnold, *Justa causa traditionis – Eine untersuchung über den erwerb des eigentums nach römischem recht*, Berlin und Leipzig, W. De Gruyter & Co., 1930.

EISELE, Friedrich, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationem*, in *SZ* 11 (1890).

ENNERCCERUS, Ludwig, **KIPP**, Theodor, **WOLF**, Martin, **RAISER**, Ludwig, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht*, Marburg, N. G. Elwert, 1904.

ERBE, Walter, *Die Fiduzia*, in *SZ* 61 (1941).

_____, *Die Fiducia im römischen Recht*, Weimar, Hermann Böhlaus Nachf, 1940.

ERNOUT, Alfred, **MEILLET**, Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine – Histoire des mots*, 4^a ed., Paris, Klincksieck, 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo, *Os direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Conquista, 1958.

FADDA, Carlo, *Le usurae quae officio iudicis praestantur* (1886-1887), in *Studi e questioni di diritto I*, Napoli, 1910.

FALCHI, Gian Luigi, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, Giuffrè, 1981.

FAZENDA MARTINS, José Pedro, *Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa, Lex, 1997.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción em garantía*, Madrid, Civitas, 1995.

FERRI, Giovanni Battista, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966.

FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*, Milano, Libreria, 1900.

_____, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere di Contardo Ferrini III*, Milano, Hoepli, 1929.

FIKENTSCHER, Wolfgang, *Schuldrecht*, 9ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1997.

FIORI, Roberto, 'Contrahere' e 'solvere obligationem' in *Q. Mucio Scevola*, in *Fides humanitas ius – Studii in onore di Luigi Labruna*, v. 3, Napoli, 2007.

FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2 – Das Rechtsgeschäft – Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, 1975.

FRAGA, Affonso, *Direitos reais de garantia – Penhor, anticrese e hipoteca*, São Paulo, Saraiva, 1933.

FRAGALI, Michele, *Del Mutuo – Arts. 1.813-1.822*, in *Commentario del Codice Civile IV*, A. SIALOJA – G. BRANCA (org.), 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 1966.

_____, *Garanzia e diritti di garanzia*, in *ED 18* (1969).

FREMEAUX, Eliane, **DAUBLON**, George, *La réforme du droit des sûretés*, in *Répertoire du Notariat Defrénois 10* (2006).

FREZZA, Paolo, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, v. 2, Milano, 1962.

_____, *Le garanzie delle obbligazioni - Corso di diritto romano*, v. 2, Padova, CEDAM, 1968.

_____, *Preistoria e storia della "lex" pubblica*, in *BIDR* 35 (1956).

FUENTESECA, Pablo, *Líneas generales de la "fiducia cum creditore"*, in *Derecho romano de obligationes*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Araces, 1993.

FULGENCIO, Tito, *Direito real de hipoteca*, .v. 1, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960.

GAFFIOT, Félix, *Recupero*, in *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934.

GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 6^a ed., Padova, CEDAM, 1990.

GALLO, Filippo, *In tema di origine della compra-vendita consensuale*, in *SDHI* 30 (1964).

GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Contratos Civis – exposição de motivos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 9, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1953.

GARCIA DEL CORRAL, Ildelfonso L., *Cuerpo de derecho civil romano I (Instituta – Digesto)*, Barcelona, Molinas, 1889.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, 3^a ed., Dykinson, Madrid, 2000 (reimpr.).

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. 3-4, Madrid, Civitas, 1852.

GAROFALO, Luigi, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, CEDAM, 1998.

GARRIDO, Roque F., **ANDORNO**, Luis O., *Código Civil Anotado - Derechos Reales*, v. 4, Buenos Aires, Zavalía, 1976.

GEIB, Otto, 'Actio fiduciae' und Realvertrag, in *SZ* 8 (1887).

GIACOBBE, Emanuela, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia, vendita con patto di riscatto e frode alla legge – variazioni sul tema*, in *Giustizia Civile - Repertorio generale annuale di legislazione, bibliografia, giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1997.

GIGLIOTTI, Fulvio, *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

_____, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997.

GILMORE, Grant, *Security Interests in Personal Property*, v. 1, 5^a ed., New Jersey, The Lawbook Exchange, 2007.

GIORGIANNI, Michele, *L' obbligazione – parte generale delle obbligazioni*, v. 1, Milano, Giuffrè, 1968.

GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1906.

GOLDSCHMIDT, Robert, *Pacto comisorio*, en *Diccionario de Derecho privado*, v. 2, Barcelona, Labor, 1961.

GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, RT, Rio de Janeiro, 1975.

_____, *Direitos reais*, 19^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____, *Introdução ao direito civil*, 12^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

GOODE, Roy, *Legal Problems of Credit and Security*, 5^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2006.

GRADENWITZ, Otto, *Conjecturen, IV – Emptio ob nummos und lex commissoria*, in *LABEO* 33 (1897).

_____, *Einführung in Die Papyrusk*, German, Nabu Press, 2010.

GRASSETTI, Cesare, *Datio in solutum*, in *NDI* 4 (1938).

GRONDONA, Mauro, *Funzione di garanzia, lease back e trasferimenti vietati*, in *Notariato*, Milano, Giuffrè, 1998.

GROSSO, Giuseppe, *Appunti sulla formula dell'actio fiducia*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 3 (1929).

_____, *Contratto (diritto romano)*, in *ED*. 9 (1961).

_____, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, Torino, Istituto giuridico della R. Università, 1930.

_____, *Fiducia (diritto romano)*, in *ED* 17 (1968).

_____, *Il sistema romano dei contratti*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 1963.

GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano*, 11^a ed., Napoli, Jovene, 1997.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *El derecho civil español – tratado de las obligaciones*, t. 5, Madrid, Civitas, 1869.

HADDAD, Luis Gustavo, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro* (tese de doutorado em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2013.

_____, *Função social do contrato – um ensaio sobre seus usos e sentidos* (dissertação de mestrado em em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2009.

HAENEL, Gustav Friedrich, *Lex romana visigothorum*, Lipsiae, Sumptibus et typis B. G. Teubneri, 1848.

HAYMANN, Franz, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in SZ 11 (1919).

HEBERT, Sophie, *Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Recueil Dalloz* 29 (2006).

HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 3ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1949.

HEIMBACH, Karl Wilhelm Ernst, **HEIMBACH**, Gustav Ernst, *Basilicorum libri LX – II (lib. XIII-XXIII continens)*, Lipsiae, Ambrosius Barth, 1840.

HELLERSTEIN, Louis Arthur, **HELLERSTEIN**, Stephen A., *Secured transactions under article 9 – Uniform Commercial Code of Colorado*, Denver, A. B. Hirschfield Press, 1967.

HENLE, Rudolf, *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage*, in *Festschrift Koschaker II*, Weimar, Böhlau, 1939.

HERZEN, Nicolas, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, L. E. Bosch et Filius, 1899.

HEUMANN, Hermann Gottlieb, **SECKEL**, Emil, *Handlexikon zu swn Quellen des römischen Rechts*, 10ª ed., Graz, Akademische, 1891.

HIRATA, Alessandro, *Dos efeitos da dação em pagamento no caso de credor evicto*, in *Revista da FADUSP*, São Paulo, v. 96, 2002.

HITZIG, Hermann Ferdinand, *Das griechische Pfandrecht*, München, Arno, 1895.

HUC, Théophile, *Commentaire théorique e pratique du Code Civil*, v. 8, Paris, Cotillon, 1895.

HUET, Jérôme, *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 1996.

HULOT, Henri, **BERTHELOT**, Jean François, *Les cinquantes livres du Digeste ou Pandectes de l'empereur Justinien II*, Metz, Behmer et Lamort, 1804.

HUSCHKE, Philipp Eduard, *Iurisprudentiae antejustinianae quae supersunt – in usum maxime accademicum*, 5^a ed., Leipzig, Teubner, 1886.

ITURRASPE, Jorge Mosset, **PIEDEACASAS**, Miguel A., *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2006.

JACQUELIN, Rene, *De la fiducie*, 1^a ed., Paris, A. Giard, 1891.

JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, v. 2, 2^a ed., Paris, Sirey, 1933.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2000.

KASER, Max, *Conditio iuris und conditio tacita*, in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, Vratislaviae, Ossolineum, 1956.

_____, *Das römische Privatrecht*, v. 1, 2^a ed., München, Beck, 1971.

_____, *Lex und ius civile*, in *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala*, Berlin, Max-Planck Institut, 1967.

_____, *Recensão a A. Burdese, “Lex commissoria” e “ius vendendi”*, in *SZ* 67 (1950).

_____, *Studien zum römische Pfandrecht*, in *TR* 44 (1976).

_____, *Zur ‘iusta causa traditionis’*, in *BIDR* 64 (1961).

KIENINGER, Eva-Maria, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

KRELLER, Hans, *Formula fiduciae’ und Pfandedikt*, in *SZ* 62 (1942).

_____, *Pfandrehtliche Interdikte und Formula Serviana*, in *SZ* 64 (1944).

KRÜCKMANN, Paul, *Einige Randfragen zum “periculum emptoris”*, in *SZ* 59 (1939).

KRÜGER, Hugo, *Die “humanitas” und die “pietas” nach den Quellen des römischen Rechts*, in *SZ* 19 (1898).

KUNKEL, Wolfgang, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *SZ* 90 (1973).

LA PIRA, Giorgio, *La struttura classica della "conventio pignoris"*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano.

LAMBERTINI, Renzo, *In tema di iusta causa traditionis*, in *Fides Humanitas Ius – Studi in onore di Luigi Labruna*, v. 4, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

LAMBRINI, Paola, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparistica*, 1^a ed., Salisburg, Iustitiam Colimus, 2001.

LAROMBIÈRE, Léobon Valéry Léon Jupille, *Théorie et pratique des obligations*, t. 4, Paris, A. Durant et Pedore-Lauriel, 1885.

LEICHT, Pier Silverio, *Laesio enormis e iustum pretium*, in *Studi di Storia e Diritto in onore di Carlo Calisse*, Milano, Giuffrè, 1940.

LENEL, Otto, *Das Edictum perpetuum (ein Versuch zu dessen Wiederherstellung)*, Leipzig, Tauchnitz, 1883.

_____, *Palingenesia iuris civilis (iuris consultorum reliquae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit) I e II* (1889), reimpr., Aalen, Scientia, 2000.

_____, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in *SZ* 3 (1882).

LEONHARD, Nicolas, *Commissoria lex*, in *Pauly-Wissowa R.E.*, 4, 1 (1900).

LEVY, Ernst, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Gesammelte Schriften II*, Köln, Böhlau, 1963.

LIARD, Ambroise, *Les principaux apports de la réforme des sûretés*, in *Option Finance*. 880 (2007).

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola, *O contrato de penhor* (tese de doutorado em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2012.

LOJACONO, V. , *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1952.

LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano – La fiducia*, 1^a ed., Milano, CEDAM, 1946.

_____, *Datio in solutum - Diritto romano* in *NNDI* 5 (1957).

_____, *Fiducia cum creditore*, in *Per Il XIV centenário della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934.

_____, *Sulla “in diem addictio” e sulla “lex commissoria” nella vendita*, in *BIDR* 31 (1921).

_____, *Vocabolario delle Costituzioni latine di Giustiniano*, in *BIDR* 10 (1897-1898).

LUMINOSO, Angelo, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Rivista di Diritto Civile*, v. 36, Padova, 1990.

_____, *La vendita con riscatto – art. 1500-1509*, in *Il codice civile*, P. SCHLESINGER (org.), Milano, Giuffrè, 1968.

MADEIRA, ELIANE, *"Laesio Enormis"* (tese de doutorado), São Paulo, FADUSP, 1998.

MAFFEI, Domenico, *Condizione nel negozio giuridico (diritto intermedio)*, in *ED* 8 (1961).

MAHAFFY, John Pentland, *The silver age of the Greek world*, Chicago-London, Elibron Classics, 1906.

MANCINI, T., *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2.744 codice civile*, in *Foro Italiano*, Torino, Giappichelli, 1966.

MANIGK, Alfred, *Fiducia*, in *RE* 6 (1909).

_____, *Gräko-ägyptisches Pfandrecht*, in *SZ* 30 (1909).

_____, *"Hypotheca"*, in *RE* 17 (1914).

_____, *"Pignus"*, in *RE* 39 (1941).

_____, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, v. 1, Breslau, M&H. Marcus, 1904.

MANRESA Y NAVARRO, José Maria, *Comentarios al Código civil español*, t. 12, Madrid, Reus, 1969.

MARCADÉ, Victor, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 2, Paris, Delamonte, 1867.

MARCHESE, Rosa Rita, **PICONE**, Giusto, *Marco Tullio Cicerone – De officiis – Quel che è giusto fare*, Torino, Einaudi, 2012.

MARCONDES, Sylvio, *Da fraude contra credores – falência e alienação de estabelecimento*, in *Questões de direito mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977.

_____, *Restituição na lei falimentar e a figura especial do art. 76, §2º*, in *Problemas de direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970.

MARICONDA, Vincenzo, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro Italiano*, Torino, Giappichelli, 1989.

MARRONE, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo, 1989.

MARTINEZ, Pedro Romano, **DA PONTE**, Pedro Fuzeta, *Garantias de cumprimento*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

MASCHI, Carlo Alberto, *“Humanitas” come motivo giuridico – con un esempio nel diritto dotale romano*, in *Annali Triestini*, v. 18, Trieste, Università di Trieste, 1948.

_____, *“Humanitas” romana e “caritas” cristiana come motivi giuridici*, in *JUS – Rivista di scienze giuridiche I*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1950.

MASI, Antonio, *Deficienza e adempimento fittizio della condizione mista in diritto classico e in diritto giustiniano*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari*, Padova, CEDAM, 1964.

_____, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 2000.

MASTROPAOLO, Fulvio, *I contratti autonomi di garanzia*, 2ª ed., Torino, UTET, 1995.

MAZZARINO, Antonio, *Introduzione al “De agi cultura” di Catone*, Roma, Atlante, 1952.

MCCORMACK, Gerard, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos, *O pensamento criador de Teixeira de Freitas*, in *Novos e velhos temas de direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1973.

_____, *Teixeira de Freitas (o jurista do império)*, Rio de Janeiro, Olympio, 1979.

MELILLO, Generoso, *Contrahere, pacisci, transigere – contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, Liguori.

_____, *Patti (storia)*, in *ED 32* (1982).

MENDES, Armindo Ribeiro, *O processo executivo e a economia*, in *Sub judice – Justiça e Sociedade*, n.º 2, 1992.

MENEZES CAMPOS, Maria Izabel Helbling, *Da Hipoteca – Caracterização, Constituição e Efeitos*, Coimbra, Almedina, 2003.

MENEZES CORDEIRO, Antônio, *Da Boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001.

_____, *Direito das Obrigações*, 3º vol., *Contratos em Especial – Compra e Venda, Sociedade, Mútuo, Mandato, Empreitada*, 2ª ed., Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.

_____, Antônio, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993;

MESSINA VITRANO, Filippo, *Per la storia dell'ius distrahendi*, Palermo, Luigi Gaipa, 1910.

MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. 3, 9ª ed., Milano, Giuffré, 1959.

MICCIO, Renato, *Cessione dei beni ai creditori*, in *ED* 6 (1960).

MICHEL, Jacques-Henri, *L'influence de la "lex venditionis" sur les regles su contrat de vente*, in *RIDA* 13 (1966).

MINNITI, Giuseppe, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Rivista di diritto commune I*, 1997.

MIRABELLI, Giuseppe, *Diritto dei Terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889.

MITTEIS, Ludwig, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, German, Nabu, 1891.

MOLITOR, Erich, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 8ª ed., München, C. H. Beck, 1965.

MONACI, Alfredo, *La visione e il labaro di Costantino*, Roma, L. Ricca, 1913.

MONNIER, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, v. 2, 5ª ed., Paris, Domat Montchrestien 1947.

MONTTEL, Alberto, *Garanzia*, in *NNDI* 7 (1965).

MORACE PINELLI, Arnaldo, *Trasferimenti a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giurisprudenza Italiana*, Torino, UTET, 1994.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *As normas de proteção ao devedor e o “favor debitoris” – Do Direito Romano ao Direito Latino-Americano*, In *Notícia do Direito Brasileiro III*, Brasília, UNB, 1997.

_____, *O “favor debitoris” como princípio geral de direito*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 26, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004.

_____, *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1987.

_____, *Direito Romano*, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 1991.

NARDI, Sandro, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*, in *Giustizia Civile - Repertorio generale annuale di legislazione, bibliografia, giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2005.

NEVES, Celso, *Comentários ao código de processo civil*, v. 7 (arts. 646-795). 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____, *Estrutura fundamental do processo civil – Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

NICOLÒ, Rosario, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Milano, Giuffrè 1936.

_____, *Responsabilità patrimoniale*, in *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione delle garanzie reali*, NICOLÒ, R., ANDRIOLI, V., GORLA, G. (org.), 2ª ed., Bologna-Roma, 1958.

NOORDRAVEN, Bert , *Pomp., D. 13, 7, 6 pr. - Un caso di “pignus”*, in *BIDR* 56 (1980).

NÖRR, Dieter, *“Fides” im römischen Völkerrecht*, 1931, trad. esp. de R. Domingo, *La fides em el derecho internacional romano*, 1ª ed., Madrid, Fundacion Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvares, 1996.

OBERTO, Giacomo, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, Milano, Giuffrè, 1984.

OERTMANN, Paul, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, Guttentag, 1890.

ORESTANO, Riccardo, *Condizione (diritto romano)*, in *NNDI* 3 (1959).

ORLANDIS ROVIRA, José, *La prenda como procedimiento coactivo*, in *Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, t. 14, Madrid, Universidad de Murcia, 1942-1943.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio, *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. 4, 5^a ed., Torino, UTET, 1927.

PALMA, Antonio, *Humanior interpretatio – ‘Humanitas’ nell’interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, G. Giappichelli.

PANDOLFI, Gaetano, **SCARPELLO**, Gaetano, **RITCHER**, Mario Stella, **DALLARI**, Gastone, *Codice civile – libro della tutela dei diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, Giuffrè, 1941.

PAOLI, Ugo Enrico, *Ipoteca (diritto attico)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, v. 17, Torino, Torinese, 1938.

PENNITZ, Martin, *Das “periculum” rei venditae” (ein Beitrag zum “Aktionenrechtlichen Denken” im römischem Privatrecht)*, Wien, Böhlau, 2000.

PENTEADO, Luciano de Camargo, *Direito das coisas*, São Paulo, RT, 2008.

PENTEADO, Mauro Bardawil, *O penhor de ações no direito brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das coisas*, v. 2, Brasília, Senado Federal, 2004.

PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, Napoli, Jovene, 2007.

PERNICE, Alfred, *Labeo – Römisches Privatrecht im ersten Jharhundert der Kaiserzeit*, 2^a ed., Halle, 1895.

PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano I*, Firenze, G. BarberÀ, 1906.

PETERS, Frank, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln, Böhlau, 1973.

PIEDELIEVRE, Stéphane, *Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l’ordonnance du 23 mars 2006*, in *Répertoire du Notariat Defrénois* 10 (2006).

PIERINI, Cesare, *La legge commissoria*, Pisa, T. Nistri & Co., 1886.

PINTO DUARTE, Rui, *Curso de Direitos Reais*, Principia, Cascais, 2002.

PINTO, Rui, *Penhora, Venda e Pagamento – Algumas Notas em Face das Alterações Impostas pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março*, Lisboa, Lex, 2003.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade, **ANTUNES VARELA**, João de Matos, *Código Civil Anotado*, v. 1, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 1987.

PITTERI, Francesco, *M. Tullii Ciceronis Opera Quae Supersunt Omnia*, v. 10, Venetiis, Studio Bibliografico Benacense, 1731.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao código de processo civil*, t. 11 (arts. 736-795), Rio de Janeiro, Forense, 1976.

_____, *Comentários à Constituição de 1967*, t. 5, São Paulo, RT, 1968.

_____, *Tratado de direito privado*, t. 20, 3ª ed., São Paulo, RT, 1983.

POVEDA VELASCO, Ignacio Maria, *A execução do devedor no Direito Romano – “Beneficium competentiae”*, São Paulo, Paulista, 2002.

_____, Ignacio Maria, *Três vultos da cultura jurídica brasileira – Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua*, in *História do direito brasileiro (leituras da ordem jurídica nacional)*, São Paulo, Atlas, 2003.

PUGLIATTI, Salvatore, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935.

_____, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile, Metodo-teoria-pratica, Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951.

PUGLIESE, Giovanni, *Intorno alla validità della vendita con scopo di garanzia*, in *Rivista di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1955.

_____, **SITZIA**, Francesco, **VACCA**, Letizia, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990.

_____, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, CEDAM, 1938.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto, *O pacto de melhor comprador – Configuração no direito romano (“in diem addictio”) e projeções no direito atual*, Madrid, Dykinson, 2010.

RAAPE, Leo, *Der Verfall des griechischen Pfandes besonders des griechisch-ägyptischen*, Halle, David Brown Book Company, 1912.

_____, *Verfallklausel bei Pfand und Sicherung-Übereignung*, Berlin, F. Vahlen, 1913.

RABEL, Ernst, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri*, Lipsia, University of California Libraries, 1909.

_____, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in *Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Leipzig und Berlin, Auflage.

_____, *Grundzüge des römischen Rechts*, Basel, Benno Schwabe & Company Verlag, 1955.

REALMONTE, Francesco, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1986.

_____, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro Italiano*, Torino, Giappichelli, 1989.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Ejecución de las garantías en la contratación mercantil*, v. 2, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, 1996.

REIS, José Alberto dos, *Processo de Execução*, v. 2, Coimbra, Coimbra, 1982.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo Fernandes, *Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – Negócio fiduciário, mútuo e acção executiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 77, Coimbra, 2001.

RESTIFFE NETO, Paulo, **RESTIFFE**, Paulo Sérgio, *Garantia fiduciária*, 3^a ed., São Paulo, RT, 2000.

RICCOBONO JR., Salvatore, *“Humanitas”*, in *Il Circolo Giuridico* (1950), Palermo, Michele Montaina, 1950.

_____, *L'idea di “humanitas” come fonte di progresso del diritto*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1963.

_____, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in *BIDR* 8 (1895).

RIVA, Ilaria, *Il contratto di “sale and lease back” e il divieto del patto commissorio*, in *Contratto e Impresa*, v. 17, n. 1, Padova, 2001.

ROCCI, Lorenzo, *Vocabolario Greco-Italiano*, 39^a ed., Roma, Dante Alighieri, 2005.

- RODOTÀ**, Stefano, *Dazione in pagamento – diritto civile*, in ED 11 (1962).
- RODRIGUES BASTOS**, Jacinto Fernandes, *Das Obrigações em Geral – Segundo o Código Civil de 1966*, v. 4, Visau, Guerra, 1973.
- RODRIGUES**, Silvio, *Direito civil – Direito das coisas*, v. 5, 20^a ed., São Paulo, Saraiva, 1993.
- ROPPO**, Enzo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di Diritto Privato*, P. RESCIGNO (org.), v. 19, Torino, UTET, 1985.
- _____, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*, Napoli, Jovene, 1982.
- ROTONDI**, Giovanni, *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova, CEDAM, 1911.
- ROTONDI**, Mario, *L'azione di arricchimento*, Milano, F. Vallardi, 1924.
- RUBINO**, Domenico, *La responsabilità patrimoniale – Il pegno*, 2^a ed., Torino, UTET, 1949.
- SACCHI**, Alessandro, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Archivio Giuridico* 55 (1865).
- SANTANGELO**, Sabatino, *Fiducia cum creditore: mandato irrevocabile a sopo di garanzia*, in *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Milano, Giuffrè, 1972.
- SANTARELLI**, Umberto, *Il divieto delle usure da canone morale a regola giuridica – Modalità ed esiti di un trapianto*, in *Riv. Storica del diritto italiano*, v. 56, 1993.
- SANTORO**, Riccardo, *Su D. 46, 3, 80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, in *Annali del Seminario Giuridico dell 'Università degli Studi di Palermo (AUPA)*, v. 55, Torino, Giappichelli, 2012.
- SANTOS**, Eduardo dos, *Curso de Direitos Reais – Direitos Reais de Garantia e de Aquisição*, Lisboa, Universidade Livre de Lisboa, 1986.
- SARGENTI**, Manlio, *Il 'de agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SHDI* 22 (1956).
- SASSI**, Andrea, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- SCHEURL**, Adolf, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, Erlangen, 1871.

SCHIPANI, Sandro, *Il “méthodo didáctico” di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)*, in *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 1999.

SCHULZ, Fritz, *Das Ediktssystem in den Paulus-Sentenzen*, in SZ 47 (1927).

_____, *History of roman legal science*, London, Oxford University, 1946.

_____, *Prinzipien des römischen Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1934.

SCIALOJA, Vittorio, *Negozi giuridici* (1933), 5^a reimpr., Roma, Foro Italiano, 1950.

_____, *Teoria della proprietà nel diritto romano II*, Roma, Sampaolesi, 1931.

SEGRÈ, Emilio Gino, *Corso di diritto romano – Le obbligazione personali e reali*, Torino, Coop. Libri Del G.U.F., 1934.

SENN, Félix, *L’in diem addictio*, in NRH 37 (1913).

_____, *La dation des arrhes*, in NRH 37 (1913).

SERICK, Rolf, *Deutsche Mobiliarsicherheiten*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1988.

_____, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung VI*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1963.

_____, *Freigabeklausen, Deckungsgrenze und Haftungsbegrenze*, in *Neue juristische Wochenschrift*, München, Beck, 1997.

SERRAO, Feliciano, *Legge (dir. rom.)*, in ED 23 (1973).

SIBER, Heinrich, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II – Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Instituições de direito civil*, v. 4, 19^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012.

SILVA, Ovídio Batista da, *Ação de imissão de posse*, 2^a ed., São Paulo, RT, 1997.

SILVEIRA MARCHI, Eduardo César, *Concurso de Credores – e “pactum ut minus solvatur”*, Lecce, Edizione del Griffo, 1997.

_____, *Dos riscos pela perda fortuita da coisa vendida no direito romano*, in *Revista da Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo)* 96 (2001).

_____, “*Periculum rei venditae*” e “*periculum dotis aestimatae*”, in *Labeo* 47 (2001).

STOLFI, Giuseppe, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro padano – Rivista di Giurisprudenza e dottrina*, Torino, Giappichelli, 1957.

TALAMANCA, Mario, *Contributi allo studio delle vendite all’asta nel mondo classico*, in *Atti della accademia nazionale dei Lincei*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1955.

_____, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

_____, *La “bona fides” nei giuristi romano – “Leerformel” e valori dell’ordenamento*, in L. GAROFALO (org.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, v. 2, Padova, CEDAM, 2003.

_____, *La tipicità dei contratti romani fra “conventio” e “stipulatio” fino a Labeone*, in *Contractus e pactum (tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-republicana)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

_____, *Vendita in generale (diritto romano)*, in *ED* 46 (1993).

_____, *Recensão a F. Peters, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, in *IURA*, n. 24 (1973).

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das leis civis*, v. 1, Brasília, Senado Federal, 2003.

_____, *Esboço do Código Civil*, v. 1,3, Brasília, Fundação Universitária de Brasília, 1983.

THEODORO JR., Humberto, *A insolvência civil – Execução por quantia certa contra devedor insolvente*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

TIBILETTI, Gianfranco, *Lex*, in *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, v. 4, fasc. 22-25, Roma, Istituto italiano per la storia antica, s.d., pp. 702-707;

_____, *Sulle ‘leges’ romane*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, v. 4, Milano, Giuffrè, 1955.

TROPLONG, Raymond-Théodore, *Du natissement, du gage et de l’antichrèse – Commentaire du titre XVII, livre III, du Code Civil*, t. 19, Paris, Charles Hingray, 1847.

VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à lei de falências*, v. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, ‘*Numerus clausus*’ dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição brasileiro (tese de doutorado em Direito Civil), São Paulo, FADUSP, 2009.

VARRONE, Claudio, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, Jovene, 1968.

VASSALI, Francesco, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di Diritto Privato*, n. 13, P. RESCIGNO (org.), Torino, UTET, 1985.

VASSALLI, Filippo Euprichio, “*Dies vel condicio*”, in *BIDR* 27 (1914).

VAZ SERRA, Adriano, *Hipoteca*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 62, Lisboa, 1957.

_____, *Penhor*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 59, Lisboa, Gabinete de documentação e direito comparado, 1956.

VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio, *Código de la Republica Argetina – tales como fueron publicadas*, Buenos Aires, Pablo e Coni, 1872.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil – Direitos reais*, v. 5, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.

VIALE SALAZAR, Fausto, *El derecho de prenda y la realización de la prenda en los códigos civiles de la República de Chile y de la República Argentina que reconocen los proyectos Bello y Vélez Sársfield, respectivamente*, in *Revista Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 42, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987.

VIGIÉ, Albert, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 3ª ed., Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905.

VILLA, Gianroberto, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, Giuffrè, 1993.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro, *Dação em pagamento* in *ESD* 22 (1977).

VISKY, Károly *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *IURA* 12, 1961.

VITELLI, Girolamo, *Atene e Roma – Bullettino della Società Italiana per la Diffusione e l'Incoraggiamento degli Studi Classici*, n. 27 e 59, Firenze, Società Italiana per la Diffusione e l'Incoraggiamento degli Studi Classici, 1901 e 1903.

VIVANTE, Cesare, *Del contratto di assicurazione – di pegno – di deposito nel magazzini generali*, in *Il codice di commercio commentato*, L. BOLAFFIO – A. ROCCO – C. VIVANTE (org.), 6^a ed., v. 7, Torino, UTET.

_____, *Tratatto di diritto commerciale*, v. 4, 5^a ed., Milano, Fratelli, Bocca, 1926, p. 282.

VOLKMAR, Erik, *Commissorius*, in *VIR*, v. 1, Berlin, Georg Reiner, 1903.

VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto romano* (1961), reimpr., Roma, La Sapienza, 1993.

VON BESELER, Gerhard, *Romanistische Studien*, in *TR* 8 (1928).

VON LÜBTOW, Ulrich, *Studien zum altrömischen Kaufrecht II*, in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, 1939.

WALLON, Henri Alexandre, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, v. 3, 2^a ed., Paris, Hachette, 1879.

WARREN, Elizabeth, *Bankruptcy and Article 9 – Statutory supplement*, Austin, Wolters Kluwer, 2010.

WARREN, Elizabeth, **WESTBROOK**, Jay Lawrence, *The law of debtors and creditor – Text, cases and problems*, 6^a ed., Austin, Wolters Kluwer, 2009.

WATSON, Alan, *Roman Law & Comparative Law*, 1^a ed., Athens and London, The University of Georgia, 1991.

_____, *The Origins of Fiducia*, in *SZ* 79 (1972).

WESSELY, Carl Franz Joseph, *Die Stadt Arsinoe (Krokodilopolis) in griechischer Zeit*, in *Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Classe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften zu Wien*, Wien, Carl Gerold & Sohn, 1901.

WIEACKER, Franz, *Lex commissoria – Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, Springer, 1932.

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts I e II*, 1900, trad. it. de C. Fadda e P. E. Bensa, *Diritto delle Pandette I* (1902) e *II* (1904), reimpr., Torino, UTET, 1925.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, São Paulo, Atlas, 2010.

ZACCARIA, Alessio, *La prestazione in luogo di adempimento – Fra novazione e negozio modificativo dei rapporti*, Milano, Giuffrè, 1987.

ZACCHEO, Massimo, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991.

ZIMMERMAN, Reinhard, *The law of obligations – roman foundations of the civilian tradition*, London, Oxford University, 1996.

ZINGALE, Livia Migliardi, *In tema di 'fiducia cum creditore' – I documenti della prassi*, in *Labeo* 46 (2000).

ZINNECKER, Timothy, *The Default Provisions of Revised Article 9*, Chicago, American Bar Association, 2002.