

Capítulo Quarto

Direito das obrigações

I. NATUREZA, ESPÉCIES E CONTEÚDO DAS OBRIGAÇÕES

§ 32. Natureza e história das obrigações

(RPr. §§ 39, 40, 112, 113 I, III, IV, 253, 254)

I. Conceito da obrigação

A *obligatio* do direito clássico e do justiniano é, como a RELAÇÃO OBRIGACIONAL actual, uma relação jurídica, em virtude da qual um DEVEDOR (*debitor*) está OBRIGADO A UMA PRESTAÇÃO ao seu CREDOR (*creditor*) e com base na qual o credor, se a prestação não for devidamente cumprida, pode demandar o devedor com uma *actio in personam*, e executar a sentença contra ele. O credor tem contra o devedor um DIREITO DE CRÉDITO derivado da obrigação (uma pretensão autónoma, supra § 4 I 2).

Exemplos: quem deu em mútuo uma quantia em dinheiro, adquire por este contrato um direito contra o mutuário de crédito à devolução da quantia recebida. Aquele cuja coisa foi danificada por outrem ilegal e culposamente, adquire por este acto ilícito (*delictum*) contra o autor do mesmo um crédito, para exigir (em Roma) uma multa, que muitas vezes inclui a indemnização. A frase pouco precisa *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (Inst. 3, 13 pr., semelhante a Paul. D. 44, 7, 3 pr.) não pretende ser uma definição mas sim uma descrição não técnica.

II. História

O conceito clássico da obrigação é já uma figura moderna, precedida de uma longa evolução.

1. As raízes primitivas são a **responsabilidade pessoal**, pelo facto de, para determinados fins, uma pessoa estar submetida ao PODER DE APREENSÃO de outra pessoa. O fim mais antigo ligado a esse poder de responsabilizar é a EXPIAÇÃO de um **delictum**, um acto ilícito cometido por alguém contra outra pessoa. Os Romanos distinguem entre crimes cometidos contra a COLECTIVIDADE (o povo, o Estado) (*crimina publica*, infra § 50 I 1), e as ofensas ao INDIVÍDUO, à sua família ou aos seus bens (*delicta privata*). Só estes actos ilícitos contra o particular fazem parte do direito privado e podem ser perseguidos no processo civil pelo lesado; também o processo penal público, na maioria dos factos criminais, não é introduzido oficiosamente pelos órgãos do Estado, mas por denúncia do lesado ou de outra pessoa para isso legitimada.

Segundo o direito antigo, quem tivesse cometido um ilícito privado, estava exposto, pela comissão do delito, à VINGANÇA da vítima. Esta adquiria um direito de apreensão do corpo do autor, um direito de domínio cujo conteúdo se esgotava na autorização para executar a vingança, i. e., a desforra executada por arbítrio próprio. O móbil da vingança nos tempos antigos ia até à morte; mas percebe-se que não se podia continuar neste ciclo tão severo. Por isso foram diminuídas as faculdades da vítima e protegido o autor contra a perseguição injustificada.

2. a) O direito de matar, da vítima, atenuou-se inicialmente substituindo-o, para certos actos, como as ofensas corporais mais graves (*membrum ruptum*), pela **Lei de Talião** (talvez de *talis*, 'equivalente'): ao agente não pode ser infligida, como expiação, lesão corporal maior do que a que ele próprio causou (infra § 51 III 1a).

b) Acima de tudo, já em tempos antigos o direito de vingança da vítima torna-se **remível**; esta pode e deve pela aceitação de uma dádiva expiatória renunciar à faculdade de se vingar no corpo do agente. Para salvar o agente, os seus parentes e membros da mesma *gens* terão oferecido ao lesado uma prestação expiatória que o deve levar a renunciar à vingança. Inicialmente, ficou ao critério do lesado vender a sua faculdade de vingança pelo resgate oferecido e fixar o preço. Mas o Estado, que favorece esta renúncia à vingança no interesse da colectividade, intervém e regulamenta, como provam as XII Tábuas. Estabelece para os actos ilícitos **MULTAS EM CIFRAS PRECISAS** ou **CALCULÁVEIS** segundo determinados critérios, orientando-se talvez por valores já estabelecidos na prática.

As dádivas expiatórias consistiram originariamente em cabeças de gado e mais tarde (já na época das XII Tábuas) em **dinheiro**. A palavra *pecunia* (de *pecus* = gado) faz

lembrar esta relação. Um 'dinheiro-gado' é facilmente imaginável para donativos de capital e muito pouco provável, pelo contrário, como meio geral de troca.

Se ao lesado for oferecida a **MULTA pecuniária (POENA)** nos termos da lei, o Estado obriga-o a aceitá-la porque, se recusar a aceitação, **NEGA-lhe** a execução da APREENSÃO da pessoa do agente (vd. a seguir). Na época das XII Tábuas, a morte expiatória apareceu ainda no termo do processo executivo; mas só tem lugar após terem fracassado todas as tentativas para conseguir a remissão.

Excepcionalmente, nos delitos mais graves, continua a existir a dureza do direito primitivo: para o furto em flagrante (*furtum manifestum*) as XII Tábuas ainda estabelecem o direito de matar, sem remissão (infra § 51 I 2). Em caso de *membrum ruptum*, a pena de Talião, pode ser remida mas o montante da multa deixa-se ao livre acordo das partes (infra § 51 III 1a).

c) Esta responsabilidade por delito faz-se valer **JUDICIALMENTE** no processo contencioso romano mais antigo da **legis actio sacramento** (aqui: **in personam**, infra § 81 II 1 b, vd. supra § 27 I 2). O autor afirmava, observando a forma, que o demandado tinha cometido o acto, que este negava na forma prevista (*aio te mihi furtum ... fecisse —, 'nego me tibi furtum ... fecisse*). Na sentença (que era proferida sobre o *sacramentum iustum* ou *iniustum esse*, infra § 81 II 1c), decidia-se afinal a questão de saber se o demandado era 'culpado' ou 'não culpado' do acto. A multa em dinheiro, com a qual ele se podia libertar, resultava directamente da lei, quase sempre das XII Tábuas. Se o montante era contestado, podia ser fixado num **PROCESSO DE AVALIAÇÃO** (*arbitrium liti(s) aestimandae*) (infra § 81 II 1b).

3. a) Como na responsabilidade delitual o primitivo direito de vingança se tornou remível na maioria dos casos por pagamento de multa, a ideia de vingança passa a segundo plano. A **RESPONSABILIDADE** implica agora que alguém se acha submetido com a sua **PESSOA** a um **PODER DE APREENSÃO** de outrem, que se pode **IMPOR JUDICIALMENTE** e do qual ele pode libertar por **REMISSÃO**.

A responsabilidade **PESSOA** a este nível corresponde à 'pura responsabilidade material' (supra § 31 I 2), na qual a coisa está submetida a um poder de apreensão remível.

Tal poder de apreensão, pignoratício e remível, também pode ser criado artificialmente através de **negócios geradores de responsabilidade**.

Isto acontece quando alguém deve estar vinculado a uma PRESTAÇÃO. Submete-se então à apreensão daquele que deve receber a prestação, no caso de esta não ser realizada; com a realização da prestação fica remido o poder de apreensão. Se a prestação não se efectua, a responsabilidade pessoal pode ser actuada judicialmente como em caso de delito. Destes casos de responsabilidade constituída por negócio terá surgido o conceito de **obligatio**, que exprime ainda VINCULAÇÃO (*ligare*) pessoal.

b) O direito ROMANO ANTIGO conheceu muito poucos negócios de responsabilidade: como promessa unilateral de prestação a **sponsio-stipulatio** (supra § 7 III); como acto libral para o mútuo e outros fins o **nexum** (infra 4c no fim; § 39 I 1); como legado por negócio libral o **legatum per damnationem** (infra § 76 II 2); também a promessa de um determinado *modus agri* na mancipação predial (infra § 41 VI 1) e a libertação do responsável por outrem que adquire um direito de apreensão sobre o libertado (**solutio per aes et libram**, infra § 52 II 2, § 57 II 4a).

A responsabilidade por *auctoritas* pela *mancipatio* talvez se tenha na responsabilidade delitual ou tenha sido formada à imagem dela (infra § 41 V 1). No empréstimo não formal (*mutuum*) e em alguns outros casos, a responsabilidade no processo da *condictio* por um valor patrimonial retido injustificadamente (infra § 35 I 2, 3; § 48 I), não é possível reconhecer uma origem delitual. O mesmo vale para os outros numerosos negócios obrigacionais e figuras semelhantes de negócio do direito pré-clássico e clássico que só surgiram na República média e tardia, quando o conceito de obrigação já estava plenamente formado.

4. A apreensão da pessoa do responsável está (em regra) ligada a FORMAS rituais desde tempos muito remotos. Deve ter lugar através da **manus iniectio**, uma imposição de mãos formal acompanhada de uma fórmula oral, na qual se simboliza o efectivo apoderar-se da pessoa por autorizada força privada. Este acto de execução pessoal é pouco depois realizado sob vigilância estadual, deve efectuar-se (como *legis actio per manus iniectioem*, infra § 81 III 1) perante o magistrado (PRETOR) e necessita da sua confirmação (*addictio*). Esta aprovação, porém, só é dada quando o título de quem intenta a apreensão é **incontestável**. Essa indiscutibilidade admite-se:

a) se, como em regra acontece, o direito de apreensão foi reconhecido por **sentença** num PROCESSO contencioso. A este fim serve, nos tempos antigos, o processo da *legis actio sacramento in personam*; na época das XII Tábuas surge, ao lado desta, a *legis actio per iudicis*

arbitrive postulationem e, mais tarde, a *legis actio per conditionem* (para tudo isto infra § 81 II 1b, 2, 3);

b) se o responsável **reconhece** perante o pretor o direito do autor (*confessio in iure*);

c) se o facto em que se funda o direito de apreensão é **notório**, i. e., se é **INDISCUTIVELMENTE CERTO** sem mais produção de prova: neste caso a EXECUÇÃO é **IMEDIATA**, sem acção nem sentença.

Tais casos de 'executoriedade imediata' são de admitir em determinadas situações, nas quais se podia DISPENSAR a produção de prova e a pronúncia da sentença com recurso a um *judex*, porque o próprio pretor estava em condições de verificar a existência ou não da responsabilidade e de decidir definitivamente o litígio. Podia então permitir a execução pessoal através da *manus iniectio* 'em vez da sentença' (*pro iudicato*, infra § 81 III 1). Isto aplicou-se sobretudo quando a responsabilidade se baseava num acto *per aes et libram*, que exigia a intervenção de pelo menos cinco testemunhos formais que o próprio pretor (*in iure*) podia interrogar. São os casos do *nexum*, legado damnatório, *depensum* (infra § 57 II 4a); é duvidoso se originariamente fez parte a promessa do *modus agri*. Devem acrescentar-se alguns casos regulados por lei. Com o decorrer do tempo introduzem-se ACÇÕES que são decididas por sentença, também para estas pretensões, a fim de possibilitar um exame mais exacto pelo *judex*; dos actos librais constitutivos de responsabilidade (para além do *nexum*, que mais tarde desaparece) p. ex., as *actiones ex testamento, depensi, de modo agri*.

A *manus iniectio* só é admissível se estiver numericamente fixada a QUANTIA, depois de cujo pagamento o responsável pode ser libertado. Caso contrário, i. e., se a multa deve ser calculada em relação com o valor da coisa ou se se aceitou a responsabilidade negocial por prestação que não em dinheiro, é necessário, antes da *manus iniectio*, um PROCESSO DE AVALIAÇÃO (*arbitrium liti* ou *litis aestimandae*), em que se decide não o se, mas apenas o quanto.

Ao permitir a *manus iniectio* apenas quando a quantia em dinheiro do resgate estiver fixada, o magistrado favorece a REMISSÃO da responsabilidade corporal. Ao mesmo fim serve o PRAZO de 30 dias que deve decorrer, segundo as XII Tábuas (3, 1), entre a *confessio in iure* ou a sentença e a *manus iniectio*.

Executada a *manus iniectio*, o responsável já não se lhe pode opor. Só um TERCEIRO pode intervir como **vindex** e AFASTAR ritualmente a mão que fora imposta (*manum depellere*). Assim inicia uma discussão jurídica com o autor, na qual se decide por sentença o direito de apreensão do autor sobre o vinculado. Se o *vindex* vence, o vinculado está livre. Se o *vindex* perde, a soma de resgate DUPLICA: *infitiando* (opondo-se) *lis* (quantia em litígio) *crescit in duplum* (**litiscrescência**) Em favor do proprietário fundiário (*adsi-duus*) não se pode apresentar como *vindex* (XII Tábuas 1, 4) um não-proprietário (*proletarius*). Nos incios da República permite-se às vezes *manum depellere* ao próprio

vinculado, não necessitando ele do apoio do *vindex*. A litiscrescência subsiste em direito clássico, concretamente para a dívida verificada por sentença (*actio iudicati*); às vezes se a dívida não for admitida na *confessio in iure* (cfr. para a *actio legis Aquiliae* infra § 51 II 1); e em alguns dos casos já referidos, nos quais em direito antigo se admitiu a 'executoriedade imediata' (sem acção nem sentença) (G. 4, 9 e 171). Sob JUSTINIANO a litiscrescência é alargada e designada como pena (*poena temere litigantium*) contra litigantes levianos (Inst. 4, 6, 26; 4, 16, 1).

Se a quantia do resgate não é paga e se não intervém nenhum *vindex*, o processo executivo segue o seu curso. Pormenores acerca da *legis actio per manus iniunctionem* vd. infra § 81 III 1. Nesta fase do processo, já as XII Tábuas contêm disposições que favorecem o resgate do responsável, preservando-o, assim, das últimas consequências da execução pessoal, a morte ou a redução a escravo. Logo a seguir às XII Tábuas instaura-se a prática de o responsável pagar ao outro com o seu trabalho (p. ex., mediante um *nexum* concluído *nummo uno*), como ESCRAVO POR DÍVIDA, a quantia devida.

5. O pagamento da quantia de resgate não é inicialmente, como vimos, objecto de um DEVER jurídico, mas simples meio de se libertar da responsabilidade (objecto de um 'VÍNCULO'). Mas cedo aparece ao lado da **responsabilidade**, i. e., do estar submetido a poder de apreensão, a ideia de **dívida**, do DEVER DE PRESTAR: o responsável não apenas pode ser libertado pelo resgate mas deve libertar-se a si PRÓPRIO e está obrigado à prestação, tendo o outro direito a ela. Sobretudo na responsabilidade negocial, que se funda na prestação visada, o 'dever prestar' está em primeiro plano, e a responsabilidade, o direito de coagir a outra parte, só tem valor prático se a prestação não for cumprida ou não for devidamente cumprida. Na responsabilidade por delito a ideia de que o agente 'deve' a multa afastou gradualmente a ideia primária da vingança.

6. Com o reconhecimento do dever de prestar alcançou-se — o mais tardar no início da República — o conceito amadurecido da **obligatio**. Como neste conceito se compreende a 'dívida' com a responsabilidade, também a expressão (menos determinada) **debitum** inclui a responsabilidade com a dívida. A expressão *obligari* aplicou-se inicialmente às dívidas do *ius civile*, mas foi, já no período clássico, aplicada também às do *ius honorarium*.

III. A responsabilidade é em regra ilimitada. Excepcionalmente o devedor demandado é condenado apenas **in id quod facere potest**, i. e., no valor em dinheiro do seu património no momento da sentença: pode pagar o valor em que foi condenado assim calculado (cfr. Ulp. e outros D. 42, 1, 16 ss.). Evita assim a execução na sua pessoa e no património e a conseqüente degradação e outros prejuízos. Talvez já na época clássica se deixassem ao devedor os meios necessários à sua subsistência (Paul. Pomp. eod. 19, 1 e 30); por isso, este benefício chama-se, a partir do séc. XVI, ***beneficium competentiae**, 'benefício (legal) da necessidade'. É concedido a determinados parentes próximos, aos sócios entre si, bem como em outros casos, que Justiniano ainda aumentou.

§ 33. *Obligatio e actio*. Espécies de obrigações

(RPr. §§ 113 II, 114, 254 I, 255; RZ § 22 II 1)

I. *Obligatio e actio*

1. As obrigações do direito antigo e do clássico são individualizadas sobretudo através das *actiones*, que servem para a sua efectivação (supra § 4 II). Embora a *actio* seja apenas o meio processual para realizar o direito privado em litígio, os romanos, para a diferenciação rigorosa das relações obrigacionais, utilizaram as FÓRMULAS (*formulae*, infra § 83), redigidas para cada *actio*, de modo que A CAUSA E O CONTEÚDO das obrigações podem deduzir-se das fórmulas, redigidas com o máximo cuidado. Cada *obligatio* tem a *actio* correspondente, cuja fórmula indica mais ou menos minuciosamente os pressupostos da condenação e os elementos fácticos jurídico-privados. Entre estes elementos destaca-se a **causa**, o fundamento da obrigação (compra e venda, estipulação, testamento, *furtum*), que dá o nome à *obligatio* e à *actio*.

2. Uma vez que o quadro das *actiones* reconhecidas, que figuram nos editos dos pretores e dos edis com os seus modelos de fórmulas, é quase completamente FECHADO, no direito romano das obrigações impera (em regra) a **tipicidade**: as partes, em geral, não podem criar outras obrigações além daquelas para as quais está prevista uma *actio*. Isto pareceu aceitável, na prática, porque a *stipulatio*, como promessa unilateral de prestação, em virtude da sua elasticidade era aplicável de forma tão vasta que através dela se podia tornar judicialmente exigível qualquer prestação lícita sob qualquer condição lícita. Além disso, a tipicidade afrouxou permitindo aos pretores criar acções para os casos singulares (**actiones in factum**) além do quadro das acções editais. Os pretores recorreram a estas acções sobretudo nos contratos de permuta, que não estavam inequivocamente incluídos em nenhum dos contratos típicos (CONTRATOS INOMINADOS, infra § 45 I).

3. Na época PÓS-CLÁSSICA, com o desaparecimento do processo formulário e o cessar da vinculação aos editos, o sistema obrigacional deixa de ser fechado. Enquanto o DIREITO VULGAR chega à plena LIBERDADE DE TIPOS, JUSTINIANO aspira a um regresso puramente externo ao esquema clássico de acções. Mas entende este apenas como um

quadro desarticulado de pretensões (*actiones* em sentido jurídico privado), cujo carácter (*natura actionis*) é determinado pelo do contrato (*natura contractus*).

II. Obligationes civiles, obligationes honorariae

1. As obrigações com base no **ius civile** e dotadas de *actio civilis* são as mais importantes. A maioria provém do direito antigo. Em contrapartida, as obrigações exigíveis *ex fide bona* (infra IV 3) apenas foram reconhecidas durante a República. As acções destas obrigações são conhecidas nos começos da época clássica como *actiones civiles*.

As fórmulas da acção ordenam ao juiz que decida se o demandado está OBRIGADO a prestar ao autor e quanto a, para exprimir a obrigação CIVIL, servem-se da expressão (ambígua) *oportere*.

2. As obrigações tornadas exigíveis pelo **pretor** ou pelos **edis** são impostas mediante *actiones honorariae*, cujas fórmulas ou ENUMERAM expressamente o conjunto dos ELEMENTOS DE FACTO (*formulae in factum conceptae*, infra § 83 II 3a) ou imitam fórmulas civis, facultando ao juiz FINGIR (*formulae ficticiae*, infra § 83 II 6) um elemento exigido pelo *ius civile*, ao qual o pretor renuncia.

III. Naturalis obligatio

Por obrigações 'naturais' (i. e., aqui, impróprias) os juristas, sobretudo a partir de Juliano, qualificam certas obrigações que CARECEM DE ACÇÃO ou ao menos NÃO pode ser EXECUTADA, mas que produzem efeitos jurídicos noutras relações.

Naturalis, em oposição a *civilis*, significa neste caso (como na *naturalis possessio*, supra § 19 V) que certas relações têm aparência fáctica de obrigação, mas juridicamente não o são. O conceito de *naturalis obligatio* provém talvez da doutrina filosófica de que todos os homens nascem pessoas livres (supra § 3 III 3a), de modo que 'por natureza' não apenas o escravo pode ser devedor ao seu dono (Gai. 3, 119a, no fim), mas também o dono ao seu escravo (*natura debere*, Lab.-Iav. D. 35, 1, 40, 3; Tryph. D. 12, 6, 64). Fala-se também de *natura debere* no caso de um *iure gentium dare oportere*, cfr. Paul. D. 50, 17, 84, 1.

O caso originário são as dívidas negociais dos ESCRAVOS e em parte dos filhos-família. Os escravos (segundo o *ius civile*) não podem obrigar-se e, portanto, não podem ser demandados. O mesmo vale para as FILHAS e filhos DE FAMÍLIA *in mancipio*. Apesar disso, as dívidas destes submetidos ao poder podem ser GARANTIDAS por fiadores ou penhores; o que foi dado para seu cumprimento NÃO pode ser RECLAMADO com a *condictio* como dado indevidamente, a obrigação pode ser NOVADA, pode haver COMPENSAÇÃO COM ela, etc. (vd. em especial para a *actio de peculio* infra § 49 II 1a).

Cfr. Ulp. D. 44, 7, 14; G. 3, 119 a; Iul. D. 46, 1, 16, 3 s.; Paul. D. 12, 6, 13 pr.; Ulp. D. 46, 2, 1 pr./1; 16, 2, 6. Os FILHOS-FAMÍLIA podem ser demandados, mas não estão sujeitos a execução enquanto não tiverem património próprio. Consideram-se *naturalis obligatio* apenas os créditos e dívidas não perseguíveis judicialmente entre os filhos e o seu *paterfamilias* (Afr. D. 12, 6, 38 pr./1; vd. infra § 49 II 1a); subsistem após a *emancipatio*. Obrigações naturais são também os referidos CRÉDITOS dos escravos para com o seu dono (infra § 49 II 1a) e contra terceiros (Ulp. D. 44, 7, 14). A opinião dominante dos clássicos incluiu na *naturalis obligatio*, além desta, as obrigações contraídas pelo PUPILO sem a *auctoritas tutoris* (Pomp. D. 46, 1, 2; Paul. D. 12, 6, 13, 1, diferente Lic. Ruf. D. 44, 7, 58). Já na época clássica aumentaram os casos de *naturalis obligatio*, p. ex., a obrigação pelo empréstimo contraído em violação do *SC Macedonianum* (Paul. D. 14, 6, 10) ou pela promessa não formal de pagar juros (Ulp. D. 46, 3, 5, 2); também em casos, como mostra o último exemplo, nos quais o defeito não radica na PESSOA de um dos implicados, mas na CAUSA da obrigação. Em contrapartida, casos de mera obrigação MORAL (p. ex., à retribuição por doações ou à devolução da legítima) são entendidos como *naturalis obligatio* só na época pós-clássica e baseados no *ius naturale* da concepção cristã (supra § 3 III 3a).

IV. Obrigações de direito estrito e livre. Bonae fidei iudicia. Exceptio doli

1. Segundo o poder DISCRICIONÁRIO concedido ao juiz, podem distinguir-se acções MAIS ESTRITAS e MAIS LIVRES e portanto RELAÇÕES OBRIGACIONAIS apreciadas mais estrita ou mais livremente. Enquanto os clássicos ainda apreciam INDIVIDUALMENTE cada *actio*, JUSTINIANO, seguindo a escola romana oriental, reúne as acções em GRUPOS, contrapondo os *bonae fidei iudicia*, julgados com critérios de EQUIDADE, às acções de direito ESTRITO (*iudicia stricti iuris*).

2. No direito CLÁSSICO podem considerar-se acções de direito estrito as derivadas da *stipulatio* e do *legatum per damnationem*, porque se baseiam em negócios formais, que são INTERPRETADOS segundo

princípios RIGOROSOS (supra § 8 I 2c); e a *condictio*, com que (em geral) só se pode reivindicar o que foi transmitido.

3. O arbítrio judicial é **mais amplo** nas acções que facultam ao juiz condenar naquilo «que o demandado deve prestar ao autor segundo a BOA FÉ» (*quidquid ... dare facere oportet ex fide bona*). Os importantes **bonae fidei iudicia**, que estão no centro da vida jurídica, têm a sua origem, por um lado, nas relações dos CIDADÃOS romanos entre si, por outro, no comércio jurídico com os PEREGRINOS (supra § 3 III 3), porque a *fides*, o dever de respeitar a palavra dada, é fundamento de obrigatoriedade jurídica para todos os homens sem distinção da sua nacionalidade. Remontará a esta dupla origem terem os Romanos reconhecido como provida de acção a compra e venda não formal e celebrada *ex fide bona* entre cidadãos e com peregrinos. Outras obrigações baseadas na *fides*, pelo contrário, têm uma raiz interna romana. Isto é mais nítido nas que estão fora do comércio jurídico (*tutela*), ou não são acessíveis aos não-cidadãos (*fiducia*).

O CÍRCULO das obrigações providas de *bonae fidei iudicia* compreende, na República tardia (Cícero *de off.* 3, 70) COMPRA E VENDA, LOCAÇÃO (inclusive o arrendamento, contrato de serviços e de obra), SOCIEDADE, MANDATO, *fiducia*, TUTELA, GESTÃO DE NEGÓCIOS SEM MANDATO, logo também o DEPÓSITO, a acção para a restituição do DOTE (*actio rei uxoriae*) e as acções dos precursores dos CONTRATOS INOMINADOS (infra § 45 I 2). As acções de COMODATO e de PENHOR bem como as ACÇÕES DIVISÓRIAS não se encontram no Edicto do pretor na rubrica *De bonae fidei iudiciis*. Uma vez que estas acções deram ao juiz um vasto poder discricionário, foram tidas pelos juristas como idênticas aos *bonae fidei iudicia* e terão obtido na praxe da época clássica tardia o aditamento formal *ex fide bona*, que talvez não constasse no Edicto de Adriano. Com Justiniano fazem ainda parte deste círculo a acção de estipulação, mas apenas se servir como ACÇÃO DE DOTE, e a *hereditatis petitio*; cfr. acerca disto tudo Gai. 4, 62 com Inst. 4, 6, 28.

Certamente já nos começos da República, por a boa fé ter a força obrigatória de uma *lex*, os *bonae fidei iudicia* entram no âmbito do *ius civile*. Assim altera-se a função da *bona fides*: já não é necessária como FUNDAMENTO INDEPENDENTE DA OBRIGAÇÃO, mas passa a ser o critério com que o juiz deve julgar a relação jurídica. Como conteúdo da relação obrigacional vale agora tudo o que as partes concordaram sem qualquer forma como causa e conteúdo das obrigações, e também tudo o que sem acordo é de entender como devido nas circunstâncias concretas e tendo em conta os usos locais e a prática geral.

Os factores a que o juiz pode e deve atender variam em cada caso e não se podem enumerar exaustivamente. Típicos são: a) PRESTAÇÕES

ACESSÓRIAS, como juros, frutos, etc., podem ser incluídas em maior extensão do que nas acções estritas; b) PACTOS ACESSÓRIOS não formais (***pacta adiecta**), nos quais as partes se reservam ou concedem faculdades especiais (vd. em especial na compra e venda infra § 41 VII), valem como conteúdo do contrato e são apreciados na acção contratual sempre que tenham sido celebrados ao mesmo tempo que o contrato principal (*in continenti*, não *ex intervallo*) (Ulp. D. 2, 14, 7, 5, vd. também Pap. D. 18, 1, 72 pr.; a extensão à estipulação e a acordos posteriores já é clássica, vd. Paul. D. 12, 1, 40); c) Se o devedor infringiu deveres acessórios que a relação obrigacional lhe impõe, em especial DEVERES DE PROTECÇÃO e FIDELIDADE, pode o credor exigir-lhe uma indemnização (cfr. infra § 37 I 3b); d) DOLO (*dolus malus*) e COACÇÃO ilícita (*vis metusve*), cometidos pelo credor ou pelo devedor, tem o juiz de os incluir imperativamente na apreciação. O dolo em NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS (***dolus** — não a mera culpa — **in contrahendo**) origina o dever de indemnizar, incluindo no próprio *bonae fidei iudicium* (Ulp. D. 19, 1, 1, 1; eod. 13, 14, enquanto nos outros contratos tem de se exigir com a *actio de dolo* independente, Paul. D. 4, 3, 18, 3). Em caso de dolo ou coacção do CREDOR dão-se as *exceptiones doli e metus* implícitas nos *bonae fidei iudicia* ('inerentes' a estes) e não são inseridas nas suas fórmulas (Ulp. D. 24, 3, 21). O mesmo vale para a *exceptio pacti* no acordo não formal de remissão ou prorrogação (Ulp. D. 2, 14, 7, 5 s.). Contracréditos da mesma relação obrigacional podem ser causa de COMPENSAÇÃO (infra § 53 III 1), etc.

Na admissão e na delimitação ponderada do que, como hoje se diz, exige BOA FÉ (§§ 157, 242 BGB, art. 2 ZGB), reside um dos contributos mais importantes e eficazes para o desenvolvimento posterior dos juristas pré-clássicos e clássicos. Em contrapartida, JUSTINIANO atribuiu valor ilimitado à ideia de uma EQUIDADE (*aequitas*) geral e indeterminada, mas desvalorizou-o precisamente através dessa indeterminação.

4. Ampliação significativa do arbítrio do juiz deve-se ainda à **exceptio doli**. Nos seus termos — *si in ea re nihil dolo malo* (do autor) *factum sit neque fiat* (cfr. infra § 83 II 11) — compreende duas figuras: na primeira, com o *dolus (factum sit)* pré-processual, pensa-se no dolo efectivo, de que o devedor acusa o credor, em especial o dolo na conclusão do contrato. Na segunda alternativa, presencial, pelo contrário (*fiat*), entende-se o *dolus* cometido ao PROPOR A ACÇÃO no sentido amplo da MÁ FÉ, dando assim ao juiz, nas acções de direito estrito, a mesma liberdade discricionária na apreciação da conduta do autor que ele goza nos *bonae fidei iudicia* quando aprecia o procedimento de ambas as partes.

O autor, ao intentar a acção, viola a *fides*, se, p. ex., exigir algo que (por outra razão) tinha de restituir: *dolo facit, qui petit quod redditurus est* (Paulus D. 44, 4, 8 pr. = 50, 17, 173, 3). Na primeira alternativa (pretérita) fala-se de **exceptio doli praeteriti (specialis)*, na segunda (presencial) da *exceptio doli praesentis (generalis)*. Esta segunda foi ampliada actualmente com a 'excepção do exercício ilícito do direito', que (em regra) é de considerar oficiosamente.

§ 34. Conteúdo das obrigações

(RPr. §§ 43 II 4, 115-117, 256, 257; RZ § 46 II)

I. Conteúdo da prestação, requisitos gerais

1. Conteúdo da prestação, a que o devedor está obrigado, pode ser em âmbito geral, qualquer ACÇÃO ou OMISSÃO.

Em leis e fórmulas de acções mencionam-se como conteúdos da prestação **dare, facere, praestare**. *Dare*, tecnicamente, é a transmissão da propriedade quirritária (etc., pormenores infra II 2); *facere e praestare* podem ser qualquer prestação. *Praestare* é originariamente *praes stare* = 'constituir fiador' e significa a aceitação de uma garantia, mas passa a utilizar-se em sentido derivado como o actual 'garantir'.

2. Quanto aos conteúdos legais da prestação desenvolveram-se certos REQUISITOS GERAIS:

a) A prestação tem de ser **possível**, *impossibilium nulla obligatio est* (Cels. D. 50, 17, 185). Um contrato é nulo se no momento da sua celebração a prestação é FISICAMENTE impossível (p. ex., a coisa pereceu) ou JURIDICAMENTE impossível (p. ex., se a coisa a transmitir é *extra commercium* ou já pertence ao credor); cfr. G. 3, 97-99.

Na venda de uma coisa *extra commercium* ou de um homem livre como escravo, alguns clássicos concediam ao comprador de boa fé uma *actio in factum*, outros talvez já a *actio empti* por dolo na conclusão do contrato, como indemnização do dano que sofreu ao confiar na validade do contrato; cfr. Ulp. D. 11, 7, 8, 1; Jav., Paul. D. 18, 4, 8 s.; Mod. D. 18, 1, 62, 1.

Se a prestação é objectivamente possível e só impossível (SUBJECTIVAMENTE) para o devedor (ou de muito difícil cumprimento), é devida na mesma; Ven. D. 45, 1, 137, 4 s.

b) A prestação não pode ser **proibida por lei** ou **imoral** (supra § 9 II).

c) A prestação não pode ser completamente **indeterminada**, tem de ser ao menos DETERMINÁVEL.

A sua determinação, segundo a opinião predominante dos clássicos, pode confiar-se ao parecer equitativo (não ao capricho) de um terceiro (*arbitrium boni viri*); e até à determinação a efectuar segundo apreciação equitativa pelo credor ou devedor; cfr. G. 3, 140/143; Proc. D. 17, 2, 76 ss.; Pomp. eod. 6.

d) Segundo o princípio, vigente ainda no processo formulário clássico, de que a condenação na prestação tem de fixar uma DETERMINADA QUANTIA DE DINHEIRO (*condemnatio pecuniaria*, infra § 35 I 2), a prestação tem de ser **avaliável em dinheiro**.

Outras prestações que não em dinheiro podem tornar-se forçosas aceitando, para o caso do seu incumprimento, a promessa de uma quantia em dinheiro na forma de estipulação (pena contratual não autêntica, infra § 40 I 4b, bb). A consideração de interesses IDEAIS ou de AFFECTOS individuais (valor afectivo) foi admitida caso a caso na *condemnatio pecuniaria*; Pap. D. 17, 1, 54 pr.

e) NÃO são admitidos ('autênticos') **contratos em favor de terceiro**. A antiga *obligatio* gera um vínculo pessoal apenas em favor de um determinado titular; e uma vez que esta titularidade não é transmissível (infra § 55 I), não admite aquisição por outras pessoas (não submetidas a poder ou estranhas à casa) (vd. acerca da representação supra § 11 II 1b). O direito imperial clássico tardio conhece EXCEPÇÕES, nas quais, POR RAZÕES DE EQUIDADE, é concedida uma acção ao terceiro. Justiniano ampliou o número destas excepções.

Cfr., p. ex., Diocl. vat. 286 (supra § 10 III); C. 3, 42, 8; 4, 32, 19, 4 (talvez autêntico). O contrato pelo qual não o próprio terceiro, mas sim uma das partes pode exigir da outra a prestação em favor do terceiro (chamado contrato NÃO AUTÊNTICO em favor de terceiro), é reconhecido se a parte legitimada para a acção tiver um interesse próprio, avaliável em dinheiro, na prestação em favor do terceiro e se a acção visar um *incertum* (infra II 4); cfr. Ulp. D. 45, 1, 38, 20 s. Pelo contrário, a prestação devida a um terceiro não pode ser exigida com uma acção visando um *certum*; é o que exprime a regra: *alteri (dari) stipulari nemo potest*, Ulp. D. 45, 1, 38, 17.

f) Também é inadmissível em direito clássico a estipulação de uma prestação em favor do HERDEIRO, ou em geral **post mortem** do credor ou do devedor segundo a regra: *ab heredis persona incipere obligationem non posse*, G. 3, 100; 158; vd. também para o mandato infra § 44 I 3. Justiniano suprime esta limitação, C. 8, 37, 11; 4, 11, 1.

II. Obligatio de um certum, de um incertum

Segundo o tipo de *actio* correspondente à *obligatio* concede-se ao juiz uma diversa liberdade de critério para determinar o ALCANCE da prestação. Estes princípios são ainda rigorosamente observados no processo formulário, que vincula o juiz ao teor da *formula*. Mas no decurso da época clássica e em especial na época pós-clássica, depois de o processo formulário ter desaparecido, estes princípios perdem rigor ou são abandonados.

1. A obrigação é rigorosamente determinada quando tem por objecto o pagamento de uma **certa pecunia**. A fórmula só permite ao juiz condenar na quantia de dinheiro fixada ou absolver.

Assim na acção por estipulação de uma *certa pecunia* (acerca do tipo de acção vd. infra § 40 I 2), na *actio (certae pecuniae) ex testamento* e na *condictio certae pecuniae* (fórmulas infra § 83 II 1, 2). Se o demandado deve, mas menos do que se lhe reclama, o juiz tem de absolver; uma segunda acção rectificadora falha por consumpção de acções (infra § 82 III 2b). Esta consequência do PEDIDO EXAGERADO (**pluris petitio**), uma severidade da interpretação rigorosa da fórmula e ao mesmo tempo uma penalidade processual, obriga o autor a limitar cuidadosamente o seu pedido. No processo PÓS-CLÁSSICO a *pluris petitio* não impede o juiz de condenar o demandado na quantia realmente devida; a *pluris petitio* é punida unicamente como delito processual; cfr. G. 4, 53 ss. com Inst. 4, 6, 33 ss.

2. Considera-se **outro certum dari** (diverso do dinheiro): a transmissão de uma COISA DETERMINADA ou (nas obrigações genéricas, infra III 2) de uma QUANTIDADE DETERMINADA DE COISAS FUNGÍVEIS; talvez a concessão de um *usus fructus*. Também neste caso o juiz apenas tem a opção entre condenar no respectivo valor em dinheiro, se o *certum* pedido for devido, ou, em caso contrário, absolver. A impossibilidade de condenar na própria coisa deriva, de novo, do já referido princípio da *condemnatio pecuniaria*.

Figuram neste âmbito a acção por estipulação de uma *certa res*, a *actio (certae rei) ex testamento*, a *condictio certae rei* e ainda a *actio operarum* (supra § 16 II 2b), por as obras (*operae*) se considerarem *certum*. Se o que se deve é menos do que se demanda também aqui há o risco da *pluris petitio*, supra n.º 1.

3. Admite-se uma determinação MAIS LIVRE do alcance da prestação se a acção tem por objectivo uma (*certam*) *rem reddere* (como no depósito, comodato, penhor): esta acção inclui, além da própria coisa a restituir, os frutos percebidos, etc. (cfr. Paul. D. 22, 1, 38, 10).

Se se impõe um **restituere** ao obrigado, o credor — pelo menos em princípio — deve ser posto na situação em que estaria se a prestação tivesse sido realizada num determinado momento anterior (cfr. acerca da *rei vindicatio* supra § 27 I 7) ou de o delito nunca ter sido cometido (p. ex., Ulp. D. 4, 2, 12 pr.). O princípio nunca foi rigorosamente observado, limitando-se a deduzir o arbítrio judicial ao *restituere* e ao *reddere* no determinar o âmbito da prestação.

Tendo estas acções uma **formula arbitraria**, que deve facultar ao autor não apenas a condenação do demandado em dinheiro, mas também uma satisfação *IN NATURA*, pode o juiz, antes da sentença final, propor ao demandado a 'restituição natural'. Se este a efectuar é absolvido, caso contrário é às vezes, após o juramento estimatório do autor (*iusiurandum in litem*), condenado em dinheiro (supra § 27 I 6). Além das *actiones in rem* pertencem a este género as *actiones ad exhibendum*, *redhibitoria*, *de dolo*, *quod metus causa*, os procedimentos posteriores, derivados dos interditos, etc.

Certas acções (penais ou não-penais) que não têm em vista a restituição apresentam um amplo poder discricionário na determinação do objecto da prestação; a fórmula delas ordena ao juiz que condene em **quanti ea res erit** (futuro) ou expressamente em **quanti (actoris) interest** (infra § 35 I 3b).

4. a) Designa-se tecnicamente por **formula incerta** aquela em que se propõe ao juiz que condene em «tudo o que o demandado é obrigado a prestar ao autor» (*quidquid ... dare facere oportet*). Neste caso o objecto do pedido não está claramente delimitado, mas é deixado à averiguação do juiz; exclui-se uma *pluris petitio* (G. 4, 54).

Os factos que servem de fundamento à acção são descritos no início da fórmula (na *demonstratio*, infra § 83 I 3c). Se o autor reclama nela mais ou coisa diferente do que é devido, esta acção é rejeitada, mas pode intentar novo pedido, melhor delimitado ou determinado (G. 4, 58).

b) Se a *formula incerta*, quando se deve um *incertum* por uma obrigação de direito ESTRITO, p. ex. por estipulação ou legado obrigacional, disser simplesmente «o que o demandado deve ao autor», a extensão do critério do juiz refere-se apenas ao OBJECTO da prestação e à sua avaliação, mas não à causa da obrigação, que deve ser apreciada com critérios estritos. Pelo contrário, quando também a CAUSA DA OBRIGAÇÃO e com ela toda a relação obrigacional deve ser livremente apreciada pelo juiz, é necessário o aditamento **ex fide bona** (supra § 33 IV 3).

O juiz tem uma liberdade de apreciação semelhante à que tem nas fórmulas com este aditamento, nas acções cuja fórmula lhe pro-

põe que condene no que lhe parecer **bonum et aequum** (*melius aequius*), p. ex., a *actio rei uxoriae* (não penal) e a *actio iniuriarum* (penal).

III. Obrigações alternativas, obrigações genéricas

1. Na **obrigação alternativa** (**obligatio alternativa*) devem-se duas ou VÁRIAS prestações, mas o credor só deve receber UMA; Cfr. Ven. D. 45, 1, 138, 1; Paul. D. 18, 1, 34, 6.

Se não se combinou outra coisa, a escolha compete ao devedor. Os pormenores e a duração do direito de escolher são aplicados casuisticamente.

Se uma das prestações é inicialmente IMPOSSÍVEL ou se se torna posteriormente impossível sem culpa do devedor (infra § 36 III), a sua obrigação reduz-se em regra às restantes prestações que continuam possíveis (Paul. loc. cit.; 45, 1, 128).

Diferente é a OBRIGAÇÃO FACULTATIVA (**FACULTAS ALTERNATIVA*), na qual se deve apenas UMA prestação, mas ao devedor é permitido libertar-se realizando outra prestação determinada. Aqui o devedor fica livre se a prestação devida se tornar impossível (caso não seja responsável dessa impossibilidade, infra § 36 III); cfr., p. ex., Ulp. D. 33, 9, 1; Iul. D. 36, 2, 19 pr.

2. Na **obrigação genérica** o objecto devido não está determinado pela individualidade específica (**species**) mas pelo género (**genus**), de modo que pode ser entregue qualquer unidade pertencente ao género, ficando liberto o devedor. Isto vale, em regra, quando se devem coisas FUNGÍVEIS como azeite, trigo, telhas (supra § 18 I 3c, aa). Na obrigação genérica não há impossibilidade de prestação enquanto o género se não esgotar; se perecerem as unidades que o devedor escolheu para a prestação — mesmo sem culpa sua — tem de entregar outras unidades do mesmo género. O RISCO de perecimento fortuito (para o conceito de risco vd. infra § 41 IV) corre pelo CREDOR na DÍVIDA ESPECÍFICA e pelo DEVEDOR na GENÉRICA.

Inicialmente o devedor podia libertar-se pela prestação da PIOR unidade do género isenta de defeitos. Justiniano (com precedentes no direito clássico imperial) substituiu esta regra pela de que devem entregar-se unidades de qualidade MÉDIA; cfr. Iav. D. 17, 1, 52, diferente Ulp. D. 30, 37 pr.; itp. eod. 110.

Às vezes a prestação é genericamente determinada mas devendo efectuar-se apenas de um LOTE LIMITADO (chamada dívida genérica limitada). Se algumas unidades do lote perecerem, o devedor tem de entregar outras; mas é libertado se perecer TODO o lote sem culpa sua; cfr. Scaev. D. 33, 5, 22; 34, 2, 38; vd. também infra § 41 II 2.

DÍVIDAS DE DINHEIRO são dívidas genéricas qualificadas, porque a quantia devida pode ser prestada em peças de várias unidades do valor devido.

IV. Juros

1. JUROS (*fenus, usurae*) são como hoje a remuneração pela utilização de um capital alheio (*sors, caput*), que consiste na maioria das vezes em dinheiro e excepcionalmente em outras coisas fungíveis. Os juros são devidos juntamente com o capital e o seu montante, como fracção do capital, é calculado segundo a quantia deste, a duração da privação dele e a taxa respectiva. Promessas de juros já aparecem na época antiga no mútuo (infra 2a; § 39 I 1, 2a). As XII Tábuas (8, 18) determinam como taxa máxima o *fenus unciarium* e ameaçam o excesso deste limite com uma multa no quádruplo da quantia ilicitamente recebida.

Fenus unciarium significa uma onça por cada asse, i. e., o DUODÉCIMO do capital, o que quer dizer uma taxa de 8 1/3% como taxa anual. Se esta (como já foi sugerido) fosse a taxa MENSAL, o que redundaria na duplicação do capital num ano, essa taxa, hoje tida como usurária, apenas seria explicável pela primitiva economia natural e a desconfiança de tempos arcaicos. No séc. IV a. C., a taxa foi reduzida a METADE (*fenus semiunciarium*). Mais tarde (342) uma *lex Genucia* terá introduzido uma PROIBIÇÃO geral DE JUROS, o que (se a lei foi realmente aprovada) caiu em desuso na República tardia.

2. Desde os começos da República, quando se desenvolvem os movimentos de capitais, introduz-se a taxa máxima da *centesima usurae*, i. e., 1% ao mês = 12% ao ano. Esta taxa aplica-se também aos juros não fixados por negócio jurídico, desde que o uso local não estabeleça outra diferente.

Como uma espécie de prémio de risco são permitidos no EMPRÉSTIMO MARÍTIMO (*fenus nauticum*, infra § 39 I 3) juros de montante ilimitado. Não podem ser exigidos JUROS DE JUROS (*usurae usurarum, anatocismus*) nem juros EM ATRASO quando superem o montante do capital; Ulp. D. 12, 6, 26, 1. Na época PÓS-CLÁSSICA cessa o curso dos juros quando a soma dos juros PAGOS alcançar o montante do capital — o que faz pouco sentido.

A obrigação de pagar juros pode basear-se: a) num NEGÓCIO JURÍDICO, em especial num contrato. Nos contratos que dão lugar a um *bonae fidei iudicium* basta um acordo de juros não formal. Nos outros contratos,

em especial no empréstimo (*mutuum*), a promessa de juros necessita da forma da estipulação (Afr. D. 19, 5, 24). Também podem ser devidos juros por legado damnatório e fideicomisso.

O direito imperial clássico tardio parece ter conhecido algumas excepções, que admitiam a exigibilidade autónoma de juros por pacto NÃO FORMAL; Justiniano aumentou o seu número, embora mantenha as regras clássicas. Juros não devidos e voluntariamente pagos não podem ser repetidos (supra § 33 III, cfr. Sev. C. 4, 32, 3).

b) Em alguns casos a dívida de capital é acrescida directamente por força da NORMA JURÍDICA, i. e., sem acordo, dos juros (no montante acabado de referir) (os impropriamente chamados juros 'legais').

Isto vale: *aa*) em virtude da *bona fides*, para o direito ao PREÇO DA COMPRA a partir da entrega da coisa vendida (Pap. vat. 2), bem como para os direitos de determinados GESTORES DE NEGÓCIO ao reembolso das despesas com a gestão e inversamente para os direitos à restituição do capital alheio que o tutor ou o mandatário utilizou em proveito próprio (Ulp. D. 26, 7, 7, 10; 17, 1, 10, 3); *bb*) para os JUROS DE MORA (infra § 37 II 2b) em todos os créditos reclamáveis com *formula incerta* (supra II 4) (e os do fideicomisso); *cc*) em casos excepcionais, para as dívidas a partir da *litis contestatio* e no processo cognitório a partir da sentença.

3. Na época PÓS-CLÁSSICA introduzem-se várias taxas especiais. JUSTINIANO, influenciado pela doutrina cristã que rejeita a percepção de juros, não os suprimiu, mas diminuiu as suas taxas (C. 4, 32, 26, 2): a taxa máxima é, em regra, de 6%, para os membros das classes elevados de 4%, para comerciantes e banqueiros de 8%, para o empréstimo marítimo de 12%. Além destas existem taxas especiais.

§ 35. Indemnização e pena

(RPr. §§ 117, 257)

I. Indemnização de prejuízos

1. Os direitos MODERNOS admitem como objecto de uma prestação a indemnização pelos danos causados. O prejuízo que alguém sofreu pode ser reparado por uma prestação *in natura*, que elimina as suas consequências; quando isto não é possível ou oportuno, um pagamento em dinheiro poderá colocar o lesado na situação em que estaria

se o acontecimento lesivo não tivesse ocorrido. Pensa-se principalmente em danos patrimoniais, porque o dano em bens ideais não pode, ou só pode excepcionalmente, ser reparado com dinheiro. Mesmo as legislações civis modernas estabelecem com certas limitações o DEVER geral de indemnizar, p. ex., como consequência de danos causados ilícita e culposamente.

AOS ROMANOS é ESTRANHO tanto o conceito GERAL da indemnização de prejuízos como o dever geral de indemnizar. Conhecem apenas casos PARTICULARES de danos, diversamente apreciados, cujas consequências jurídicas, em regra, visam a compensação do prejuízo, mas nem sempre de modo que a prestação a realizar se limite ao dano individual sofrido pelo lesado. Mais uma vez a determinação do conteúdo da prestação depende sobretudo do tipo da *actio* pertinente.

2. Forma diferente da de hoje tem a relação entre PRESTAÇÃO NATURAL e PRESTAÇÃO EM DINHEIRO. Já vimos que em Roma, em todo o âmbito de aplicação do processo formulário, rege o princípio da **condemnatio pecuniaria**, segundo o qual toda a condenação na prestação tem de ser expressa numa certa quantia em dinheiro (G. 4, 48). Este preceito explicar-se-á historicamente por a prestação, originariamente, ser desvinculação da responsabilidade (supra § 32 II 2b), querendo preservar o devedor dos rigores da execução pessoal. Pela fixação da quantia de desvinculação, quem satisfazer essa quantia pode libertar o responsável.

Com a condenação em dinheiro — só com esta, não antes — a obrigação que primariamente visava uma qualquer prestação transforma-se numa dívida em dinheiro. Esta prestação secundária em dinheiro não ocupa, como hoje, o lugar da prestação primária só quando esta se tornou impossível, mas mesmo quando ela continua possível e desejada pelo credor. Neste sentido as prestações secundárias em dinheiro diferem de uma verdadeira indemnização do dano.

No PROCESSO COGNITÓRIO já não vigora o princípio da *condemnatio pecuniaria*, a sentença pode condenar noutras prestações que não em dinheiro e obtidas imediatamente por via executiva. A desvalorização monetária nos séculos PÓS-CLÁSSICOS determina que se estabeleçam prestações em alternativa com certas prestações em dinheiro ou em lugar destas (p. ex., nas indemnizações ou multas, devendo entregar em vez de um escravo que já não existe um outro equivalente — ou dois, como multa por delito). Em contrapartida, JUSTINIANO atém-se geralmente à regra (ainda hoje vigente) de que se condene e execute a prestação natural ainda possível apenas quando ela for primariamente devida.

3. Os **critérios** pelos quais no processo formulário se deve averiguar por avaliação do juiz (**litis aestimatio**) a quantia em dinheiro a indicar na sentença, orientam-se principalmente pela fórmula.

a) Se a acção tem por objecto um **certum**, deve fixar-se o valor OBJECTIVO dos objectos a prestar, i.e., o valor que as coisas têm para cada proprietário. Quando, pelo contrário, o objecto da avaliação designado por *quanti ea res erit* não puder ser entendido como um *certum*, já nos clássicos aparece a tendência de contabilizar o DANO que o beneficiário concreto sofreu.

Depende da acção se apenas se deve avaliar a coisa principal ou também as obrigações acessórias, como frutos, etc., cfr. supra § 34 II 2 e 3 (*reddere, restituere*). Se se trata de avaliar um escravo que o testador instituiu herdeiro, o valor de herança faz parte da avaliação do escravo, porque quem for dono deste escravo pode adquirir através dele esta doação (Paul. D. 13, 1, 3). Nas fórmulas com a cláusula *quantia ea res EST* deve, em regra, tomar-se por base da avaliação o valor da coisa no momento da *litis contestatio*, nas que têm a cláusula *quanti ea res ERIT* o valor no momento da sentença.

b) Se a acção tem por objecto um **incertum** (com ou sem o adiamento *ex fide bona*; cfr. supra § 34 II 4b), dá-se ao credor o **quod** (ou **quanti**) **interest** (a *utilitas*). Consideram-se neste caso, para além do valor da coisa, outras circunstâncias determinantes do prejuízo do credor, mas sem se desligar completamente dos objectos sujeitos à avaliação.

Este 'INTERESSE' não corresponde exactamente ao cálculo de prejuízos, p. ex., no sentido do § 249 BGB. Mas em Roma pode ter-se em conta o GANHO NÃO PERCEBIDO (**lucrum cessans*) (§ 252 BGB, §§ 1293, 1323 ABGB).

c) JUSTINIANO suprime os limites estabelecidos pelas fórmulas. Favorece a valoração do interesse mas fixa-lhe um limite, dispondo que o interesse não pode ser superior ao DOBRO do valor comum da prestação; C. 7, 47, 1.

II. Acções reipersecutórias e penais

1. Os princípios apresentados em I só se aplicam às acções que visam a compensação de um prejuízo patrimonial; quer o devedor, que o é por contrato ou por relação semelhante à contratual, tenha violado os seus deveres com culpa, quer deva ser reparado o mero prejuízo patrimonial por um delito. Diferente é quando se põe uma acção para ser imposta uma MULTA pecuniária (**poena**) por um DELITO, i. e., a quantia em dinheiro que originariamente servia para remissão do correspondente direito de

apreensão da vítima (supra § 32 II 2b) e, no direito clássico, visa reparar como sanção penal a injustiça que o agente causou ao lesado.

Consoante estas finalidades, Gaio (4, 6-9) distingue acções com as quais se persegue *rem tantum* (chamadas acções **reipersecutórias**) ou *poenam tantum* (**acções puramente penais**) ou *rem et poenam* (chamadas **acções penais mistas**). Se, p. ex., for cometido um furto, é possível a *condictio (ex causa furtiva)* como acção reipersecutória ou a *rei vindictio* e ainda a *actio furti* como acção penal. Uma vez que os objectivos das acções puramente 'reipersecutórias' e puramente 'penais' não se entrecruzem, ambas as acções podem ser intentadas SIMULTANEAMENTE. As acções mistas visam também impor a pena mas, considerando-se nelas coberto o prejuízo patrimonial com o pagamento da multa, fica excluída a uma acção reipersecutória (infra § 50 II 3).

As acções puramente penais (como a *actio furti*) terão tido, nos seus princípios históricos, também uma função reipersecutória.

No direito PÓS-CLÁSSICO, com a difusão do direito penal público (dos *crimina*, supra § 32 II 1) desaparecem as acções puramente penais, enquanto as mistas se convertem em acções de indemnização (infra § 50 I 2). JUSTINIANO restabelece a distinção entre acções reipersecutórias e penais mas, nas *actiones mixtae*, decompõe a pretensão à indemnização (*in natura* ou em dinheiro) e a parte excedente, que visa unicamente a pena; cfr. Inst. 4, 6, 16-19. Para princípios clássicos vd. Paul. D. 44, 7, 34, 2 (infra § 51 II 1).

2. Os CRITÉRIOS de cálculo da pena correspondem à finalidade penal e são diferentes dos das acções de indemnização. A pena pode ser fixa (como repetidamente nas XII Tábuas) ou deixada ao critério equitativo do juiz (*bonum et aequum*, como na *actio iniuriarium*); porém, na maioria das vezes, sobretudo em delitos patrimoniais, toma-se como base o valor dos bens em causa e calcula-se a pena no simples, duplo, triplo ou quádruplo do valor estimado.

O *quanti ea res est (fuit, erit)* determina-se inicialmente nas acções penais segundo o valor objectivo da coisa, mais tarde, em especial nas acções penais mistas, no sentido do *quod interest* (supra I 3a, b).