

2.5. Ejecución

A EXECUÇÃO ESPECÍFICA: ALCANCE E LIMITES DA REALIZAÇÃO COACTIVA DA PRESTAÇÃO DESDE O DIREITO ROMANO

DAVID MAGALHÃES

O tema geral deste Congresso, “Poder e Direito”, terá poucas implicações mais práticas e impressivas do que a que surge quando, perante o não cumprimento de uma obrigação, há que efectivar o direito do credor, não satisfeito voluntariamente.

O problema levantado por essa efectivação pode ser resolvido de várias maneiras, e as respostas dadas ao longo dos tempos mostram o quão díspares são. Envolvidos estão valores como a liberdade pessoal do devedor, a desvalorização monetária que frequentemente ocorre, a *fides* devida ao acordo de vontades ou, ainda, os interesses do credor. A sua ponderação conduzirá a que tudo acabe por ter uma tradução monetária — entendendo-se que a indemnização por mero equivalente é a solução adequada — ou, então, permitindo-se aos órgãos próprios de aplicação do Direito ordenar e alcançar a realização em espécie daquilo a que o devedor se obrigou.

As fontes romanas são, nesta matéria, abundantes e confusas. Destarte, a tradição romanística dedicou-se ao seu estudo dentro da perspectiva de encontrar uma disciplina que, com coerência, regulasse a matéria. Isto explica que várias normas do *Corpus Iuris Civilis* sejam convocadas neste trabalho a propósito do labor dos jurisconsultos do direito intermédio. Os vectores indicados foram usados nessa espinhosa tarefa, muitas vezes com resultados antagónicos.

O objectivo da presente comunicação é, precisamente, o de oferecer uma brevíssima ⁽¹⁾ resenha da evolução da disciplina da realização coactiva da prestação, salientando-se de modo especial a questão da admissibilidade da execução específica, tomada num sentido não exclusivamente processual executivo.

⁽¹⁾ O uso do grau superlativo sintético não é exagero; deve-se ao reconhecimento de limitações evidentes e, neste momento, inultrapassáveis.

1. DIREITO ROMANO

Na época clássica, com o sistema processual das fórmulas (*agere per formulas*) ⁽²⁾, a condenação de qualquer devedor pelo não cumprimento da obrigação era sempre em dinheiro — cf. G. 4,48: “*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*” ⁽³⁾, plasmando a regra *omnis condemnatio pecuniaria* ⁽⁴⁾. Medidas executivas como a apreensão de bens (nas obrigações de *dare* e de *tradere*) ou constrangimentos da pessoa (para as obrigações de *facere*) não correspondiam ao entendimento romano da liberdade pessoal ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ No *agere per formulas* (introduzido legislativamente pela *lex Aebutia de formulis*, de cerca de 130 a.C.), o processo civil romano, no seguimento do velho sistema das *legis actiones* que caracterizou a época arcaica, dividia-se em duas fases: a fase *in iure*, presidida pelo magistrado, que concede ou denega a *actio* pedida pelo demandante; e a fase *apud iudicem*, em que o juiz privado, em obediência ao determinado pelo magistrado na fórmula, irá condenar ou absolver o demandado, consoante sejam provados, ou não, os factos alegados pelas partes. Desse modo, o magistrado fixa (por escrito) os termos do litígio na fórmula, que tinha como partes ordinárias a *intentio* (em que se apresenta o pleito de acordo com a pretensão do demandante) e a *condemnatio* (na qual se estabelece que o juiz absolverá ou condenará o demandando). Cf., por exemplo, ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — I. Parte Geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos Direitos)*, 5.ª edição, “*Studia Iuridica*”, n.º 50, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 267-268 e 307 e ss., especialmente 311 e ss.

⁽³⁾ Assim, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — I*, cit., p. 316, ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 9.ª edição, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 120, MAX KASER/KARL HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2.ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1996 (doravante RZP), pp. 315-316 e 372, HERMANN DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtslehre*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte — Romanistische Abteilung*”, 1961, p. 278, KÁROLY VISKY, *Quelques Remarques sur la Thèse Ipsam Rem Condemnare et ses Rapports Économiques*, in “*Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*”, 1972, pp. 469-470, REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd/ C. H. Beck, Cidade do Cabo/ Munique, reimpressão, 1992, pp. 771-772 e 825, WILHELM RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang im Schuldverhältnis*, in “*Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*”, Mohr Siebeck, Tübingen, 1993, pp. 941-942.

⁽⁴⁾ Cf., ainda, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 772, e *The Civil Law in European Codes*, in HECTOR L. MACQUEEN/ANTONI VAQUER/SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, “*Regional Private Laws and Codification in Europe*”, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 47-48; MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2.ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1971 (doravante KASER I), p. 499, e *Das Römische Privatrecht*, Zweiter Abschnitt, *Die Nachklassischen Entwicklungen*, 2.ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 1975 (doravante KASER II), p. 343, e KARIN NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung*, in “*Archiv für die Zivilistische Praxis*”, 1993, p. 538.

⁽⁵⁾ Cf., já, KARL FRIEDERICH FERDINAND SINTENIS, *Was ist Gegenstand der Klagen aus Obligationibus ad faciendum überhaupt und der actio empti im Besondern, d. i. worauf sind diese*

Verificou-se uma mudança no âmbito do sistema processual da *cognitio extra ordinem*, que marcou a época pós-clássica, sendo possível, então, condenar o devedor à realização da prestação, o que advém, designadamente, de o magistrado controlar todas as fases processuais e já não se limitar a ordenar ao juiz (um privado, aliás) condenar ou absolver o demandado, como no *agere per formulas* ⁽⁶⁾. Neste sentido, podem ser compulsados exemplos de execução forçada da prestação presentes nas fontes, designadamente C. 3,34,5 (o magistrado provincial poderia fazer voltar ao primitivo estado a construção violadora da servidão: “*praeses provinciae revocare ad pristinam formam (...) curabit*”) e C. 3,37,2 pr. (o magistrado ordena a restituição do que indevidamente foi entregue em penhor ⁽⁷⁾).

Também não terá sido alheia a esta evolução a muito forte desvalorização monetária ocorrida nos séculos III e IV, que tornou a mera condenação pecuniária particularmente inconveniente para a efectivação dos direitos dos credores e para o equilíbrio das prestações ⁽⁸⁾.

Os dois factores estariam certamente interligados: à medida que deixava de dar resposta aos problemas suscitados pela diminuição do valor da moeda, o sistema formular definhava (até ao ponto da sua revogação — C. 2,57,1, de 342 ⁽⁹⁾) e a *cognitio* impunha-se ⁽¹⁰⁾. “*Da parte de un Impero che tenta di diffendersi dalla crisi del III secolo attraverso l’accentuazione del centralismo burocratico, la «cognitio» rappresenta un potente mezzo di controllo, tanto più*

nach heutigem Rechte zu richten. wie ist die Verurtheilung zu fassen, und wie die Hülfe zu vollstrecken?, in “*Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*”, 1838, pp. 75-76. Vd. RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., pp. 948-949.

⁽⁶⁾ Vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 772, KASER II, cit., p. 343, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — I*, cit., p. 407, e, especialmente, KASER/HACKL, *RZP*, cit., pp. 495-496 e 512. e VISKY, *Quelques Remarques*, cit., pp. 475 e ss.

Sobre a *cognitio*, “*novo processo que se apoia no imperium do magistrado, que verifica se os factos alegados são verdadeiros e dá a respectiva sentença*”, cf., por exemplo, SANTOS JUSTO, *últ. ob. cit.*, p. 268, e, com desenvolvimento, pp. 388 e ss.

⁽⁷⁾ “*Si probatum fuerit praesidi provinciae fratrem tuum vineas communes pignori dedisse, cum partem tuam, quam in vineis habes, creditori obligare non potuerit, praeses provinciae restitui tibi eam iubebit cum fructibus, quos creditor de parte tua percepit*”.

⁽⁸⁾ Remete-se para a análise de VISKY, *Quelques Remarques*, cit., pp. 489 e ss.; consultem-se, ainda, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 772. e ANGELA ROMANO, *Condanna «In Ipsam Rem» e Condanna Pecuniaria nella Storia del Processo Romano*, in LABEO, 1982, pp. 147-149.

⁽⁹⁾ “*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*”: total abolição das fórmulas jurídicas, que perseguiam todos os actos com as suas sílabas insidiosas.

⁽¹⁰⁾ Neste sentido, VISKY, *Quelques Remarques*, cit., pp. 491-492.

efficace in quanto dotato di meccanismi autoritari diretti ad assicurare manu militari l'execuzione della sentenza" ⁽¹¹⁾.

Entende KASER ⁽¹²⁾ que, fruto desta evolução, o direito justinianeu consagrou uma solução oposta à clássica, com o dever de o juiz, sempre que fosse possível, condenar em quantia ou em coisa certa — I. 4,6,32: "*Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est*".

É uma visão que suscita reservas.

No âmbito da *rei vindicatio*, D. 6,1,68, texto da autoria de ULPIANUS, contém a regra oposta à da condenação pecuniária, determinando-se a execução "*manu militari officio iudicis*" das ordens judiciais de restituição de uma *res* ⁽¹³⁾.

É evidente que o texto não é o original de ULPIANUS, que o terá escrito cerca de 50 anos depois de GAIUS ⁽¹⁴⁾. Para KASER/HACKL, por exemplo, ocorreu interpolação justinianeia (*manu militari*) ⁽¹⁵⁾. WINKEL argumenta, porém, com base nas razões gerais de contestação de conjecturas interpolacionistas, que se trata de uma alteração textual pós-clássica: uma mudança de tal envergadura não é credível no curto espaço de tempo disponibilizado aos compiladores ⁽¹⁶⁾.

Na verdade, à luz do Digesto (e não obstante excepções como D. 3,3,35,3 e D. 4,8,3), a disciplina da realização coactiva das obrigações de *facere* ⁽¹⁷⁾

⁽¹¹⁾ Transcreve-se ROMANO, *Condanna «In Ipsam Rem»*, cit., p. 149.

⁽¹²⁾ KASER II, cit., pp. 343 e ss.; KASER/HACKL, *RZP*, cit., pp. 609-610.

⁽¹³⁾ "*Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia. sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet*".

⁽¹⁴⁾ LAURENS WINKEL, *Specific Performance in Roman Law*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), "The Right to Specific Performance — The Historical Development", Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, p. 11.

⁽¹⁵⁾ *RZP*, p. 626, nota 25. Semelhantemente, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 279-280, e NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 539, nota 43.

⁽¹⁶⁾ *Specific Performance*, cit., p. 12.

⁽¹⁷⁾ O objecto (ou conteúdo) da *obligatio* podia consistir em *dare* (constituição ou transferência de um direito real), *facere* (realização de uma actividade que não se confunda com *dare*, podendo ser um *non facere*) e *praestare* (que se identifica com *dare* e *facere*, mas apontando especialmente a assunção da garantia de uma obrigação). Cf. a tripartição constante de G. 4.2 e de D. 44.7,3,pr. Ainda que abreviadamente, seguimos ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — II (Direito das Obrigações)*, 4.ª edição, "STVDIA IVRIDICA", n.º 76. Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 12-13.

manteve fidelidade ao figurino clássico da *condemnatio pecuniaria*, como atesta, com evidente carácter geral, D. 42,1,13,1: “... quem não fez o que prometeu, seja condenado em quantia monetária certa, como acontece com todas as obrigações de fazer” ⁽¹⁸⁾.

E o mesmo se pode dizer das obrigações de *praestare*, das quais a mais importante era a de proceder à *traditio* da *res* vendida ⁽¹⁹⁾, ou seja, a transferência da sua posse livre e pacífica, como decorre, por exemplo, de D. 19,1,11,8 (“*ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio*”) e de D. 19,4,1 pr. (“*venditori sufficit (...) possessionem tradere*”) ⁽²⁰⁾.

Se o vendedor não cumprisse a obrigação de entrega da coisa, o comprador poderia intentar uma *actio empti*, na qual pediria a indemnização dos danos causados, como expressamente prescreve D. 19,1,1 pr. (“*Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur...*”), o que corresponde a uma consagração clara da *condemnatio pecuniaria* ⁽²¹⁾, seguindo-se a disciplina das *obligationes faciendi* ⁽²²⁾. A transferência *manu militari* estava, assim, afastada, o que é corroborado por C. 4,49,4.

Em suma, no direito justiniano, só as obrigações de *dare* e de *restituere* estavam sujeitas a um regime geral de execução específica (D. 6,1,68) ⁽²³⁾. O que demonstra que nunca foi intuito de Justiniano afastar a condenação pecuniária, a não ser que se presuma um completo fracasso dos compiladores, que incluíram na obra final um preceito como D. 42,1,13,1 ⁽²⁴⁾. Sabemos hoje, após a (re)

⁽¹⁸⁾ “*Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat, et faciat ne quod ex ea re damnum ita habeatur, facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*”.

Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 282; VISKY, *Quelques Remarques*, cit., p. 474; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 773; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 539; SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — I*, cit., p. 407.

⁽¹⁹⁾ Sobre *praestare* com o sentido de garantia de um resultado, como em D. 19,1,11,7 (“*praestare emptori oportere*”), por exemplo, KASER I, cit., p. 489.

⁽²⁰⁾ Cf., v. g., SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — II*, cit., p. 54, e ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, pp. 78-79.

⁽²¹⁾ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 282; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 539.

⁽²²⁾ Nas palavras de SEBASTIÃO CRUZ, *Conteúdo das Obligationes de Dar: Dare vel Dari, aut Dare et Dari?*, in “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, 1982, p. 997: “*tradere é um facere*”.

⁽²³⁾ Cf., por todos, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 282-283; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 773.

⁽²⁴⁾ WINKEL, *ob. cit.*, p. 17.

descoberta das Instituições de GAIUS, em 1816, que ele é tributário do direito clássico e a sua permanência prova que a *condemnatio pecuniaria* provavelmente nunca foi abolida ⁽²⁵⁾ (ou, na mais benigna das hipóteses, Justiniano a ela retornou em grande medida).

Uma reconstrução de todo este contexto palingenésico permite concluir que a versão que nos chegou de D. 6,1,68 não é, de facto, fruto de interpolação operada por Triboniano e seus pares (que alegadamente quereriam consagrar a execução específica como regra geral), mas resultou de condições económico-sociais próprias da época pós-clássica, que já apontámos, *maxime* uma acelerada desvalorização monetária ⁽²⁶⁾.

Por isso, o fragmento foi acolhido no *Corpus* juntamente com outras disposições que indicam uma continuação da regra da *condemnatio pecuniaria*.

Acrescente-se que a *constitutio* de Justiniano que se pode apontar como o mais notório indício de um regime de condenação em espécie é C. 7,14,17 (de 530), em que o Imperador critica com ferocidade um juiz (considerado *stultum*!) por não ter ordenado a entrega de um escravo pelo herdeiro ao legatário, mas, ao invés, ter condenado o herdeiro ao pagamento do valor estimado ⁽²⁷⁾. Mas tratava-se de um legado através do qual o *servus* alcançaria a liberdade (“*Cum quidam servum suum ita legavit, ut legatarius libertatem ei imponat...*”), o que nos remete para a defesa do *favor libertatis*, assunto que surge com insistência nos vinte e quatro primeiros títulos do sétimo livro do *Codex* ⁽²⁸⁾. A pena que é cominada ao herdeiro que assim se comporte (quatro vezes o valor das despesas do legatário) inculca que estavam em causa considerações relativas à liberdade dos escravos ⁽²⁹⁾.

Outros exemplos apontados por KASER/HACKL como sinal de um afastamento da condenação pecuniária também são objecto de fundadas dúvidas ⁽³⁰⁾.

Nomeadamente, C. 7,45,14 (“*ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare*”) afirma que o juiz pode condenar em *facere* e em *dare*, mas nada mais se adianta sobre a execução

⁽²⁵⁾ Vejam-se também as considerações de HALLEBEEK, na introdução a *The Right to Specific Performance — The Historical Development*, cit., p. 3, e ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 773.

⁽²⁶⁾ WINKEL, *Specific Performance*, cit., p. 16.

⁽²⁷⁾ C. 7,14,17,1: “*Talem itaque altercationem resecantes miramur; quare iudex, qui prae-positus est in praedicta causa, non omnimodo condemnationem in servum, sed in aestimationem eius fecerat, cum ipsius vitium etiam huiusmodi altercationi prae-buit occasionem*”.

⁽²⁸⁾ Neste sentido, WINKEL, *Specific Performance*, cit., p. 14.

⁽²⁹⁾ C. 7,14,17,1: “*... omnes expensas, quas legatarius in litem fecit, in quadruplum ei condemnari*”.

⁽³⁰⁾ Pertinentemente levantadas, com mais desenvolvimentos, por WINKEL, *Specific Performance*, cit., pp. 15-16.

da sentença, nem é fornecido qualquer elemento que permita entrever uma derrogação de D. 42,1,13,1 para além dos casos excepcionais expressamente previstos.

Mesmo I. 4,6,32, ao prescrever uma *certain pecuniae vel rei sententiam*, não fecha a porta a uma *aestimatio* monetária da última. E, ousamos acrescentar, a condenação na entrega de uma coisa poderia referir-se, somente, às obrigações de *dare* e de *restituere*, em consonância com D. 6,1,68.

A patente ambiguidade deste complexo textual, com preceitos tão diversos como D. 42,1,13,1 e D. 39,1,24,1 (que confere ao credor o direito de escolher entre a prestação em espécie e uma indemnização), foi recebida numa Europa medieval que pretendia um corpo legal vigente, estudando as normas justinianeas no seu puro contexto sistemático, sem conhecer a génese ou a conjuntura social e económica de elaboração ⁽³¹⁾.

2. A CIÊNCIA JURÍDICA MEDIEVAL: OS LEGISTAS (GLOSADORES E COMENTADORES)

Como já adiantámos, os juristas medievais que estudaram o direito romano (e, assim, levaram a cabo o *renascimento do direito romano* justinianeu a partir do século XII ⁽³²⁾) encararam o *Corpus Iuris Civilis* como uma unidade, aplicável à vida social. Deste jeito, tentaram harmonizar as suas disposições para chegar a um conjunto claro de regras jurídicas. Foi nesta perspectiva, precisamente, que trataram o emaranhado de textos atinentes à realização coactiva da prestação ⁽³³⁾.

Neste conspecto, acabaria por prevalecer entre a Escola dos Glosadores uma visão favorável ao cumprimento em espécie das obrigações de *dare* e de *restituere* (pelo menos quando estas tivessem como objecto coisa própria do credor ⁽³⁴⁾).

⁽³¹⁾ Cf. a referida introdução de HALLEBEEK, cit., p. 3.

⁽³²⁾ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*. 4.^a edição com a colaboração de RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, Livraria Almedina, Coimbra. 2009. pp. 229 e ss.

⁽³³⁾ Para estas considerações, cf. JAN HALLEBEEK/THEODOR MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), "The Right to Specific Performance — The Historical Development". Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland. 2010. p. 84.

⁽³⁴⁾ Segundo HARRY DONDORP, *Precise Cogi, Enforcing Specific Performance in Medieval Legal Scholarship*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), "The Right to Specific Performance — The Historical Development", Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland. 2010. pp. 84, as glosas a D. 6,1,68 são omissas quanto à hipótese de a *res* a restituir não ser propriedade do credor, talvez porque os Glosadores tivessem considerado aplicáveis as normas pertinentes dos contratos de locação, comodato e depósito (pp. 84-85).

Quanto às últimas, indicava-se, na *Summa Trecensis* (III,10,5), que a *rei vindicatio* se destinava a restituir corporalmente a coisa: “*In hac quidem actione ipsius rei corporalis restitutio venit*” ⁽³⁵⁾. Em *Lo Codi* (III,26,1), a propósito, outrossim, da acção de reivindicação, reconhecia-se ao juiz o poder de ordenar a restituição; se o réu não obedecesse, o *iudex* faria com que a *res* fosse apreendida: “*Postquam ille est convictus cui alliqua res petitur, iudex debet ei precipere ut reddat rem (...) set si ipse noluerit eam reddere per preceptum iudicis, iudex faciet eam ei tollere*” ⁽³⁶⁾. E, sem divergir, para PLACENTINO (1130-1192) o proprietário podia alcançar a restituição através da aludida *actio* (“*Venit autem in hanc accionem rei ipsius restitutio*”) ⁽³⁷⁾, enquanto AZO (nascido no século XII e já falecido em 1230) aponta a apreensão *manu militari* como um dos *remedia* à disposição do credor da obrigação de *restituere*: “*Restitutio quidem omnino est facienda, si possidet. Et est notandum (...) sunt remedia: id est, ut manu militari sibi auferatur, si volo*” ⁽³⁸⁾.

No que respeita à realização coactiva das obrigações de *dare* propriamente ditas, os escritos de AZO, ACÚRSIO e ODOFREDO são representativos e todos se baseiam em D. 45,1,75,10 ⁽³⁹⁾ para admitir a condenação em espécie.

De acordo com o primeiro, onde haja uma *obligatio* desse tipo, existe o dever de prestação da própria *res*: “*Ubique ex obligatione tenetur dare, ad rem debet damnari. ut [D. 45,1,75,10]*” ⁽⁴⁰⁾.

ACÚRSIO (1182/85-1260/63) também colocava a apreensão da *res* entre os vários meios à disposição do credor (na senda de AZO ⁽⁴¹⁾): “*quatuor sunt mihi prodita auxilia: rei ablatio, in litem iuratio, interesse praestatio, & rei vera*

⁽³⁵⁾ *Summa Codicis des Irnerius*, mit einer Einleitung, herausgegeben von HERMANN FITTING, J. Guttentag, Berlin, 1894, p. 59. *Vd.* DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 284.

⁽³⁶⁾ *Lo Codi, Eine Summa Codicis in Provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII Jahrhunderts*, herausgegeben von HERMANN FITTING/HERMANN SUCHIER, Erster Teil, *Lo Codi*, in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus, Verlag von Max Niemeyer, Halle, 1906, pp. 56-57. *Cf.* DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 284.

⁽³⁷⁾ *Summa 'Cum essem Mantue' sive de accionum varietatibus*, herausgegeben von GUSTAV PESCATORE, Druck von Julius Abel, Greifswald, 1897, I,IV,50, p. 16. *Cf.* DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 284.

⁽³⁸⁾ *Summa Aurea*, Pars Prima, In Officina Franc. Fabri Lugdun. & Iacobi Stoer. Lugduni, 1596. C. 3,32, n.º 26 e 27, p. 282. *Cf.* DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 284.

⁽³⁹⁾ “*Haec stipulatio: 'fundum Tusculanum dari?' ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo*”.

⁽⁴⁰⁾ *Summa Aurea*, cit., n.º 27, p. 282. *Vd.* DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 284, e DONDORP, *ob. cit.*, p. 28.

⁽⁴¹⁾ C. 3.32, n.º 27, já citado.

aestimatio” ⁽⁴²⁾. No mesmo sentido, e de forma cristalina: “*in dandis autem praecise tenetur ad dandum: ut* [D. 45,1,75,10]” ⁽⁴³⁾.

E, de igual modo, ODOFREDO (início do século XIII-1265) enfatizava a possibilidade de execução *in natura*, em detrimento de pagamento indemnizatório: “*si aliquis promittit dare, tenetur praecise, nec liberatur praestando interesse*” ⁽⁴⁴⁾.

A doutrina seria aceite pelos Comentadores (e pela ciência do *ius commune*) ⁽⁴⁵⁾. Aponte-se, porém, que sofreria uma limitação gizada pelos *ultramontanos* (juristas franceses cuja actividade no final do século XIII e na primeira metade do século XIV constituiu como que uma transição entre Glosadores e Comentadores): as obrigações de *dare* decorrentes de contratos inominados permitiriam ao devedor a *condemnatio pecuniaria*. Neste sentido, podem ser respigadas passagens de JACQUES DE RÉVIGNY (1230/1240-1296: “*sed in do ut des, quod est obligatio dandi innominata potest agere ad interesse*” ⁽⁴⁶⁾) e de JOHANNES FABER (que viveu aproximadamente entre 1270 e 1340: “*In contractu vero innominato licet rem dari sit in obligatione agitur tamen ad interesse*” ⁽⁴⁷⁾) ⁽⁴⁸⁾.

O caminho aberto seria trilhado pelo mais significativo representante da Escola dos Comentadores, BÁRTOLO (1313-1357). Se nos contratos nominados a regra era a condenação à realização da prestação *in natura* (“*quandum est in obligationem re dari, ex contractu nominato quis praecise compellitur*” ⁽⁴⁹⁾), para os *contractibus innominatis* era admitida a simples condenação pecuniária, dentro da lógica ultramontana (“*in obligationibus dandi ex contractibus inno-*

⁽⁴²⁾ *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii (...)*, Tomus hic Primus Digestus Vetus continet. Lugduni, 1627. D. 6.1.68, glosa *condemnandus est*, col. 824.

⁽⁴³⁾ *Digestum Novum, seu Pandectarum Iuris Civilis*. Tomus Tertius. *Commentariis Accursii (...)*, Lugduni, 1627. D. 42.1.13.1, glosa *obligationibus*, col. 526. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 284-285 (nota 42 desta p. para mais indicações), e DONDORP, *ob. cit.*, p. 28.

⁽⁴⁴⁾ *Praelectiones in Postremum Pandectarum Iustiniani Tomum, vulgum Digestum Novum*, Lugduni, 1552 (*Lectura Super Digesto Novo*, “Opera Iuridica Rariora”. IV, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI. Forni Editore, Bolonha), D. 45.1.72,10, fl. 127.

⁽⁴⁵⁾ Nesta conclusão, DONDORP, *ob. cit.*, p. 28.

⁽⁴⁶⁾ *Petri de Bella Perthica Lectura Super Codice* (“Opera Iuridica Rariora”, I, selecta cura et studio DOMINICI MAFFEI ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI, Forni Editore, Bolonha, 1967), C. 7.47, f. CCCLVII (apesar do título, a obra é atribuída a RÉVIGNY).

⁽⁴⁷⁾ *In Iustianianum Codicem Breviatum*. Morin. Lugdunum, ca. 1530, C. 7.47, fl. CCCIII.

⁽⁴⁸⁾ Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 292-293.

⁽⁴⁹⁾ *Comentaria*, Tomus Secundus. *In Secundam Digesti Veteris Partem*. Venetiis, 1600, D. 19.1,1 pr., n.º 12, fl. 115.

minatis non cogitur quis praecise, imo liberatur solvendo interesse ut hic Ultra-mon.”) ⁽⁵⁰⁾.

Este contributo bartolista fixar-se-ia numa opinião comum não desafiada até aos finais do século XV ⁽⁵¹⁾.

Muito menos pacífica foi a construção de um regime para as obrigações de *facere* — e a divisão dos legistas entre a aceitação da execução específica e a regra da *condemnatio pecuniaria* repercutiu-se, como veremos, nos séculos vindouros.

Pela primeira opção ter-se-á pronunciado IRNÉRIO (1050-1125). Segundo a glosa *Reverti* a D. 7,1,3,2, o *caput scholae* glosador considerava que ninguém poderia obrigar-se a prestar serviços perpetuamente, para não perder a sua liberdade: “*secundum IRN. quod quis non potest locare operas suas in perpetuum ne inutilis esset libertas*”, ao que seguidamente se contrapõe: “*praestando interesse liberatur*” ⁽⁵²⁾. Num argumento não particularmente claro, poder-se-ia concluir que IRNÉRIO não reconhecia a possibilidade de não cumprimento mediante pagamento do *id quod interest* ⁽⁵³⁾.

AZO admitia latamente a condenação em espécie: “*Si autem factum contineatur in obligatione, praecise ad id potest agi ut [D. 39,1,21,4] nisi specialiter lex permittat solvi interesse, ut liberetur ab obligatione ut [D. 3,3,45 pr.] ...*” ⁽⁵⁴⁾.

O texto, habitualmente ignorado, mostra com evidência que, para aquele jurista, a regra geral era a da execução específica das obrigações cujo conteúdo fosse uma prestação de facto ⁽⁵⁵⁾, o que era fundamentado em D. 39,1,21,4 ⁽⁵⁶⁾. O devedor apenas poderia libertar-se da obrigação, mediante o pagamento de indemnização, se tal for permitido por normas especiais

⁽⁵⁰⁾ *Comentaria*, Tomus Secundus, *In Secundam Digesti Veteris Partem*, D. 19,5,5,1, n.º 4, cit., fl. 128. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 298.

⁽⁵¹⁾ Assim, e com indicações, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 299-300.

⁽⁵²⁾ *Codicis Iustiniani I*, cit., col. 844.

⁽⁵³⁾ Cf. REPGEN, *Vertragstreue*, pp. 52-53.

⁽⁵⁴⁾ *Brocardia, Sive Generalia Iuris*, Basileae, 1567, XLI, p. 393.

⁽⁵⁵⁾ Cf. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 42, 45 e 52. Cremos que a análise de *Brocardia* trazida à colação por este Autor, demonstrando cabalmente a defesa da existência de um princípio geral de execução específica, faz (ainda mais) luz sobre o pensamento de AZO e dissipa as objecções de REPGEN, *Vertragstreue*, cit., pp. 81 e ss.

⁽⁵⁶⁾ “*Sive autem res iudicetur sive res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut res viri boni arbitrato restituatur: quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit*”: o proprietário da obra nova que perde a acção deverá repor a situação inicial, a arbitrio de bom varão, posto que o autor só aceitará alternativamente o valor da coisa se assim o entender (*si hoc petitori placuerit*).

como D. 3,3,45 pr. ⁽⁵⁷⁾ (que determina que o pretor não pode compelir uma defesa jurídica — *nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere* —, restando a *actio ex stipulato*).

Na *Summa*, explica-se, ainda, que o credor pode escolher entre a prestação *in natura* ou o *id quod interest*: “*ubi factum est in obligatione, potest agi ad factum vel interesse ut* [D. 45,1,81; D. 42,1,13]”. E oferecem-se alguns dos muitos exemplos onde a escolha poderia ocorrer: “*Et habet plerunque actor electionem, sicut (...) ut* [D. 39,1,21] *& incautione procuratoris actoris, qui cavit de defendendo ut* [D. 3,3,35,3]” ⁽⁵⁸⁾.

No fundo, AZO considerava que D. 45,1,81 e -42,1,13 continham hipóteses em que o credor preferiu a indemnização, ao invés da execução específica, ao abrigo da opção que lhe era proporcionada. O que não pode deixar de ser visto como uma tentativa de harmonizar as fontes, com o fito de obter um quadro doutrinal unitário e sem contradições ⁽⁵⁹⁾ (*in casu*, tomando como regra geral a condenação do devedor *in natura*).

A mesma posição foi assumida por HUGOLINO (que em 1233 ainda vivia): “*Sed an precise ad factum potest compelli? videtur D. 39,1,21,4 secundum H*” ⁽⁶⁰⁾.

E, cremos, também o foi por ACÚRSIO, que, na continuação da glosa *Obligationibus*, afirma “... & [D. 4,2,14,19] & [C. 7,4,17] & [D. 3,3,35,3]. *Econtra quod non potest: ut hic & [C. 4,49,4]. & in contrariis sit speciale. Tertii distinguunt an possit per alium fieri et tunc praecise teneatur, alias non: ut* [C. 6,51,1,9]” ⁽⁶¹⁾.

Como expõe DONDORP, para o organizador da Magna Glosa D. 4,2,14,19, C. 7,4,17 e D. 3,3,35,3, eram textos de onde se retirava a possibilidade de execução específica, tal como D. 39,1,21,4. Em certas hipóteses, como a prevista em C. 4,49,4, tal não seria possível, mas esses seriam casos especiais. Outros (*tertiis*) distinguem se o acto pode ser praticado por outras pessoas que não o

⁽⁵⁷⁾ “*Non cogendum. Sabinus autem nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse: at si iustas causas habeat, cur iudicium accipere nolit, fideiussores non teneri, quia vir bonus arbitraturus non fuerit, ut qui iustam excusationem adferret, defendere cogeretur. Sed et si satis non dedit, sed repromittenti ei creditum est, idem statuendum est*”.

⁽⁵⁸⁾ AZO, *Summa Aurea*, cit., C. 7,47, p. 1039. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 285. e DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 45.

⁽⁵⁹⁾ Neste exacto sentido, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 285.

⁽⁶⁰⁾ *Digestum Novum*, cit., D. 42.1.13.1. glosa *Obligationibus*, col. 526. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 286. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542. e DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 45-46.

⁽⁶¹⁾ Assim, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 286.

devedor, e, se assim for, há possibilidade de condenação *in natura* (*praecise teneatur*) ⁽⁶²⁾.

É, na sua plenitude, a doutrina que Azo expendera. A referência à distinção feita por *tertii* não é uma opinião própria ⁽⁶³⁾, ao contrário do que pressupõe TILMAN REPGEN, para quem ACÚRSIO só reconheceria a execução específica de obrigações que *não* (a adição é de REPGEN) pudessem ser cumpridas por outras pessoas, em termos semelhantes aos admitidos pelo § 888 do *Zivilprozessordnung* alemão ⁽⁶⁴⁾. Pelo contrário, ACÚRSIO acrescenta exemplos de execução específica aos que já haviam sido oferecidos por AZO e HUGOLINO e, tal como o autor da *Summa Aurea*, afirma que um regime diferente tem de estar previsto em normas especiais (*“in contrariis sit speciale”*) ⁽⁶⁵⁾.

Isto é confirmado pela glosa *In aliis autem casibus* a C. 7,47,1, onde ACÚRSIO, mais uma vez na linha de AZO, afirma que em situações como as de D. 42,1,13,1 e -45,1,81 há uma escolha do autor entre o facto devido e a indemnização por danos, tal como se admite em D. 39,1,21,4 (embora não em D. 3,3,45): *“in quibus agitur ad factum vel interesse [D. 42,1,13,1] & [D. 45,1,81], est actoris electio, agat praecise, ad factum, vel interesse: ut [D. 39,1,21,1 e 4] (...) Sed fallit in casu procuratoris rei, ut [D. 3,3,45]”* ⁽⁶⁶⁾.

Mas permanece a dúvida: quem serão os *tertii* referidos na glosa *Obligationibus*?

Para DONDORP, a tese que ACÚRSIO atribui a *tertii* está em consonância com a de ODOFREDO ou, pelo menos, derivará dela ⁽⁶⁷⁾. O que não nos parece plausível — como melhor veremos de seguida, com a análise do contributo daquele Glosador.

ODOFREDO, ao contrário de AZO, HUGOLINO e ACÚRSIO, entendia que a *condemnatio pecuniaria* era a regra geral para as *obligationes faciendi*, uma vez que os textos romanos admitiam-na em maior número de preceitos do que aque-

⁽⁶²⁾ *Precise Cogi*, cit., p. 46.

⁽⁶³⁾ Como bem conclui NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542.

⁽⁶⁴⁾ Cf. TILMAN REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*. Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1994, pp. 104-105. Note-se que o autor considera que falta uma negativa no texto, sob pena de ser incompreensível (p. 105, nota 276). Como veremos, o segmento da glosa é perfeitamente compreensível tal como chegou até nós (vide DONDORP, *ob. cit.*, p. 46, nota 147).

⁽⁶⁵⁾ Acompanhamos DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 46-47.

⁽⁶⁶⁾ *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii*, cit., col. 1932. Cf. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 46. Este reforço da posição de ACÚRSIO já era notado por DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 286. Contra, REPGEN, *ob. cit.*, p. 106, com a opinião de que não se trata do reflexo de uma posição própria de ACÚRSIO.

⁽⁶⁷⁾ DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 46, que não descarta, porém, a sugestão de NEHLSSEN-VON STRYK (p. 46, nota 147).

les que previam a execução específica: “*Quia duas legis invenio & plures, que dicunt quod praestando interesse qui tenetur ad factum liberatur, quam leges, que dicant quod praestando interesse non liberetur. Unde ex pluribus legibus constituo regulam, non est paucioribus*”⁽⁶⁸⁾. Seria o maior número de preceitos que constituía a regra, não a minoria.

ODOFREDO acolhe, porém, uma hipótese de execução específica. Baseado no caso do copista que se obrigou a escrever pela própria mão, o autor assume que há lugar a execução específica (“*Sed verius dicamus in scriptore, qui promissit suis manibus scribere, quod teneatur precise*”), o que já antes se estendia a outras situações desse tipo (“*Et idem dicebant in omni alio qui tenetur ad factum*”), pois a obrigação só fica satisfeita com a prestação do próprio devedor. Ao ponto de se admitir o agrilhoamento dos pés do escriba para que cumpra (“*ita ut possit poni in compedibus*”) ⁽⁶⁹⁾.

Mas noutras circunstâncias, o devedor pode libertar-se da obrigação através do pagamento de indemnização por incumprimento: “*Sed in alio, qui promittit me non impedire, dicendum est quod non cogatur precise me non impedire, sed liberatur prestando interesse*” ⁽⁷⁰⁾.

Ora, o jurista bolonhês não defende que, se terceiros puderem prestar, há lugar a execução específica. Essa é, sim, a opinião dos *tertii* da glosa *Obligationibus*, como DONDORP mostra através da sua tradução do texto (“*Others distinguish wether the act can or cannot be carried out by someone else. If so, one is bound precise*” ⁽⁷¹⁾). Pelo contrário, ODOFREDO afirma que, se outros puderem prestar, haverá tão-só lugar ao pagamento do montante indemnizatório. Logo, não é à sua opinião que se refere a passagem da glosa.

O próprio DONDORP escreve: “*Odofredus restricted specific performance to acts that had to be performed in person*” ⁽⁷²⁾. Como poderá, então, o segmento “*Tertii (...) non*” basear-se em ODOFREDO?

A posição mais adequada é, pois, a de NEHLSSEN-VON STRYK: os *tertii* eram representantes de uma terceira opinião, que admitia a condenação em espécie quando terceiros pudessem prestar, o que acaba por corresponder ao direito actual ⁽⁷³⁾ (entre nós, art. 828.º do Código Civil).

⁽⁶⁸⁾ *Lectura Super Digesto Novo*, cit., D. 39.1.21.4, n.º 13, fl. 11 verso. *Vd.* DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 45.

⁽⁶⁹⁾ *Lectura Super Digesto Novo*, cit., D. 42.1.13.1, n.º 6, fl. 78 verso.

⁽⁷⁰⁾ *Lectura Super Digesto Novo*, cit., D. 42.1.13.1, n.º 6, fl. 78 verso.

⁽⁷¹⁾ *Precise Cogi*, cit., p. 46.

⁽⁷²⁾ *Precise Cogi*, cit., p. 50.

⁽⁷³⁾ *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 542-543. Note-se que DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 46, nota 147, não descarta completamente a sugestão da autora.

A Escola dos Comentadores será bastante menos pródiga na aceitação da execução específica das obrigações de prestação de facto.

JACOBO DE ARENA (que terá falecido por volta de 1296) negou, genericamente, a execução específica da prestação de *facere*. Se o devedor recusasse cumprir, seria condenado ao pagamento de indemnização: “*si facere recuset condemnatur ad interesse* [D. 45,1, 113,1] & [D. 45,1,114]... ⁽⁷⁴⁾”. Mas assim não seria se o *factum* devido não fosse convencionado por pacto, mas imposto pela lei: “*ubi a lege inducitur obligatio facti precise compellitur: non alias si ex pacto conveniatur ad factum*” ⁽⁷⁵⁾. Esta distinção terá um avultado impacto futuro, através da doutrina de BÁRTOLO ⁽⁷⁶⁾.

Para RÉVIGNY, a mora nas obrigações de *facere* ofereceria ao credor a possibilidade de exigir indemnização pelos danos causados: “*Aut est obligatio faciendi, tunc dico quod in ea venit interesse in obligationem post mora: & potest peti interesse ut* [D. 42,1,13,1]” ⁽⁷⁷⁾. O que manifesta uma adesão a um princípio geral de condenação em quantia monetária ⁽⁷⁸⁾.

REPGEN objecta: do texto não se pode retirar a conclusão de que o devedor em mora só teria de pagar o montante indemnizatório; o credor *pode* exigir a indemnização, logo tem uma escolha e, se o entender, pode exigir, ao invés, a prestação *in natura* ⁽⁷⁹⁾.

Cremos que a argumentação não colhe. RÉVIGNY baseava a sua posição em D. 42,1,13,1, disposição que prescreve a condenação dos devedores de obrigações de *facere* em quantia pecuniária certa. Portanto, é óbvio que era esse o regime que o Professor de Orleães entendia aplicável.

No que toca a PIERRE DE BELLEPERCHE (outro ultramontano, nascido em meados do século XII e falecido em 1308), não é fácil rastrear uma linha de raciocínio. O Bispo de Auxerre afirmava que “*quod in obligationibus faciendi interesse succedit iure obligationis*” ⁽⁸⁰⁾. O que, segundo DILCHER, revela uma aceitação da condenação pecuniária, com a indemnização a assumir o lugar da obrigação ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁴⁾ *Commentarii in Universum Ius Civile*. 1541 (“Opera Iuridica Rariora”, XVI, selecta cura et studio DOMINICI MAFEI, ENII CORTESE, GUIDONIS ROSSI. Forni Editore. Bolonha). D. 42,1,13,1. n.º 1. fl. 177 verso.

⁽⁷⁵⁾ *Commentarii in Universum Ius Civile*, cit., D. 39,5,28, n.º 3. fl. 156.

⁽⁷⁶⁾ REPGEN, *Vertragstreue*, cit., p. 159; DONDORP, *ob. cit.*, p. 50.

⁽⁷⁷⁾ *Lectura Super Codice*, cit., C. 7,47, fl. CCCLVII.

⁽⁷⁸⁾ Seguimos DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 293.

⁽⁷⁹⁾ *Vertragstreue*, cit., p. 147.

⁽⁸⁰⁾ *Commentaria in Digestum Novum. Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, Francoforti and Moenum. 1571. D. 45,1,72. n.º 14, p. 276.

⁽⁸¹⁾ *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 294.

Contrapõe REPGEN ⁽⁸²⁾ que BELLEPERCHE comentava (*ad* D. 45,1,97,1) que os devedores das obrigações de *dare* e de *facere* podem ser compelidos à sua realização, embora, quanto às últimas, só se isso satisfizer um interesse do credor no facto a prestar (*intersit factum impleri*): “*differentia est inter obligationes dandi et obligationes faciendi: Nam ubi quis obligatus est ad dandum, praecise compellitur dare, ut supra* [D. 45,1,75,10]. *Sed qui obligatus est ad factum, ita demum compellitur praecise, si intersit factum impleri, ut supra* [D. 45,1,84] & [-42.1.13.1] & [-45,1,112,1]” ⁽⁸³⁾. Que interesse seria esse, é algo que o clérigo não adianta, mas REPGEN aventa que se trataria, provavelmente, de uma proibição de chicana, sendo a regra a execução específica ⁽⁸⁴⁾.

Apesar de tudo, preferimos seguir DILCHER. A anotação 14 a D. 45,1,72 é suficientemente clara para se concluir que BELLEPERCHE adota a *condemnatio pecuniaria* para as obrigações de prestação de facto. A anotação 4 a D. 45,1,97,1 sublinha que há uma diferença entre obrigações de *dare* e de *facere* (*differentia est*): as primeiras estão sempre sujeitas a execução específica, as segundas não (embora o texto seja vago sobre o critério de distinção). Tal é perfeitamente consentâneo com uma regra geral de *condemnatio pecuniaria* das obrigações *faciendi*, apenas derogada quando se verificasse o mencionado interesse no cumprimento.

A nosso ver, o vício em que REPGEN incorre é o de pressupor que, por norma, se verifica o “interesse” na prestação em espécie ⁽⁸⁵⁾. Nada no texto permite concluir que essa seja a ideia de BELLEPERCHE — que, pelo contrário, já se pronunciara anteriormente a favor de uma sucessão da obrigação pela indemnização.

Segundo FABER ⁽⁸⁶⁾, por seu turno, em situações de mora a *condemnatio pecuniaria* só não teria aplicação em seis casos pontuais: “*post moram petit factum fieri (...) sit tamen condemnatio in interesse. Et in hoc nullus variat: nisi in casibus quibus praecise cogitur facere qui sunt sex: Primus supra* [C. 7,4,17,2]. *Secundus* [D. 3,3,35,3]. *Tertius* [D. 4,2,14,9]. *Quartus* [D. 6,1,68]. *Quintus* [D. 39,1,24,1]. *Sextus* [D. 39,3,21]” ⁽⁸⁷⁾.

Depois de reafirmar a regra de que o devedor, se quiser, pode libertar-se da obrigação ressarcindo os danos (“*quod ille, quis est obligatus ad factum,*

⁽⁸²⁾ *Ob. cit.*, p. 155.

⁽⁸³⁾ *Commentaria in Digestum Novum, Videlicet ad XLIII. XLIII. XLV. XLVI. et XLIX. Pandectarum Libros*, cit., n.º 4, p. 310.

⁽⁸⁴⁾ *Vestragstreue*, cit., pp. 155-156.

⁽⁸⁵⁾ Claro que esse interesse teria de ser especialmente qualificado em relação ao normal interesse de um credor na prestação, sob pena de o requisito não fazer sentido.

⁽⁸⁶⁾ Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 294-295; REPGEN, *Vertragsstreue*, cit., pp. 179-183.

⁽⁸⁷⁾ *In Iustianianum Codicem Breviatum*, cit., C. 7,47, fl. CCCIII.

liberatur solvendo interesse, obtinet, ubi vult, & potest praestare interesse”), FABER limita a sua admissibilidade aos casos de possibilidade de pagamento — seria absurdo (*ridiculum*) afirmar que o devedor se libertará ao escolher a indemnização, quando não tem meios de a pagar. Nesses casos, poderia ser compelido a fazer aquilo a que está obrigado: “*sed ubi non potest, non obtinet, ut* [D. 45,1,54,1]. *Ridiculum enim est dicere, quod promissor facti, elegendo interesse, quod non potest praestare, liberetur* [D. 46,3,95 pr.], [D. 18,1,34,6]. *& ideo videtur indubitate, quos possit compelli ad faciendum*” ⁽⁸⁸⁾.

A execução específica foi categoricamente negada como solução geral por DINO DE MUGELLO (1253-1298/1303), que não só se mostra contrário a obrigar o copista a prestar o seu serviço, preferindo a solução geral aplicável às prestações de facto (que, a seu ver, era a indemnização por danos, nos termos de D. 42,1,13,1: “*Dynus (...) Ipse tamen tenet contrarium in scriptore parato solvere verum interesse: quod est regulare in quocumque, qui tenetur ad factum* [D. 42,1,13,1]”), como recusa o aprisionamento do devedor, que acabaria por significar uma espécie de escravatura (argumento retirado, designadamente, de D. 43,29,2 ⁽⁸⁹⁾): “*Et quia stare in carcere, est quidam species servitutis* [D. 43,29,2]” ⁽⁹⁰⁾.

O seu aluno CINO (1270-1336) vai discordar abertamente de AZO: ao contrário do que este afirmava, não haveria execução específica da generalidade das obrigações de prestação de facto, pois a isso se opunha D. 42,1,13,1. “*Azo dixit hic in Summa quod si factum est merum regulariter quis precise cogit sed* [D. 42,1,13,1] (...) *est in contrarium*” ⁽⁹¹⁾.

BÁRTOLO ⁽⁹²⁾ — por sua vez, discípulo de CINO —, aproveitando contributos anteriores, designadamente de JACOBO DE ARENA (com a distinção entre factos

⁽⁸⁸⁾ *In Quatuor Libros Institutionum Eruditissima Commentaria*, Apud Altobellum Salicatum, Venetiis, 1572, I. 4,6,40, n.º 4, fl. 160 verso.

⁽⁸⁹⁾ “(*nihil enim multum a specie servientium differunt, quibus facultas non datur recedendi*):”: não há muita diferença entre um escravo e aquele a quem não é dada a faculdade de se retirar.

⁽⁹⁰⁾ Cf. a *Additio “Secundum Ubert.”*, de JOÃO ANDRÉ, in GUILHERME DURANTIS, *Speculum Juris*. Pars Prima & Secunda, Typis Wecheliani apud haeredis Ioannis Aubrij. Francoforti, 1612. Pars II, Lib. II. Partic. II. *De Renunciatione et Conclusionem*, n.º 29. p. 402.

Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542; REGEN, *Vertragsstreue*, cit., pp. 160 e ss.; DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 21 e 49.

⁽⁹¹⁾ *Lectura Super Codice*, incunábulo, Veneza. 1493 (disponibilizado *on line* pela Bayerische Staatsbibliothek e obtido a partir de http://download.digitale-sammlungen.de/BOOKS/pdf_download.pl?id=bsb00049716). C. 4,65,22, fl. 198 verso. *Vide* DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 297; REGEN, *ob. cit.*, pp. 163-166.

⁽⁹²⁾ Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 298-299; REGEN, *Vertragsstreue*, cit., pp. 193 e ss. (com amplo desenvolvimento); DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 50-51.

convencionados e impostos pela lei) e de ACÚRSIO (com a glosa *Accipere iudicium* a D. 3,3,35,3), sistematizá-los-á num todo coerente ⁽⁹³⁾.

O jurista de Sassoferato distingue entre obrigações de prestação de facto dimanadas da lei, de testamento ou de contrato: “*aut obligatio facti inducitur a lege, aut testatore, aut ex conventione partium*” ⁽⁹⁴⁾.

Poderia ser coercivamente obtido o cumprimento: das obrigações impostas pela lei (“*quando inducitur a lege, tunc indistincte potest quis compelli praecise ad factum, ut* [D. 4,2,14,9]”); das que fossem provenientes de testamento (“*aut inducitur a testatore, & cogitur praecise* [D. 32,11,25]”); das que dimanassem de convenção, mas que constituíssem sub-rogação de uma obrigação legal (“*Si vero inducitur a conventione, tunc aut est subrogata talis obligatio in locum obligationis legalis, & idem praecise compellitur* [D. 39,1,21,4]”); e das que fossem originadas por convenção e não fossem sub-rogação de obrigações legais, mas que tivessem por objecto um facto a ser praticado em juízo, nos termos previstos na Glosa (“*Aut non este subrogata in locum legalis obligationis, & tunc aut illud factum est explicandum in iudicio, & dic ut no. in* [D. 3,3,53,3] *quae glo. optime dicitur*”) ⁽⁹⁵⁾.

Não podiam ser objecto de execução específica as obrigações cuja fonte fosse uma convenção, mas que não sub-rogassem obrigações legais, nem tivessem como conteúdo um facto a praticar em juízo: “*Aut extra iudicium, & tunc indistincte dico quod [non] compellitur praecise ad factum, sed liberatur solvendo interesse, ut hic, &* [D. 42,1,13,1]...” ⁽⁹⁶⁾.

Conclui-se que a regra era a da *condemnatio pecuniaria*: só quando as *obligationes faciendi* se revestissem dos mencionados requisitos haveria lugar à execução específica. O próprio BARTOLO o formulou com precisão: “*In obligationibus autem facti quis non compellitur praecise, sed liberatur solvendo interesse*” (as obrigações de prestação de facto que não sejam coercivamente realizáveis, extinguem-se pelo pagamento da indemnização por danos) ⁽⁹⁷⁾.

A autoridade bartolista também aqui se repercutiu. Sem prejuízo de contributos ulteriores, a construção que acabamos de expor constituiu o âmago da doutrina do *ius commune* ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹³⁾ DONDORP, *Precise Cogi.* cit., p. 50.

⁽⁹⁴⁾ *Digestum Novum Commentaria*, Froben. Basileae. 1572, D. 45,1,72, n.º 37, p. 488.

⁽⁹⁵⁾ *Digestum Novum Commentaria*, loc. cit. Como já adiantámos, esta distinção remonta à glosa *Accipere iudicium*, em que ACÚRSIO interpreta o preceito no sentido da coactividade (“*scilicet praecise*”): cf. *Codicis Iustiniani (...)* *Cum Commentaris Accursii (...)*, *Tomus hic Primus Digestus Vetus continet.* cit., col. 334.

⁽⁹⁶⁾ *Digestum Novum Commentaria*, *idem*.

⁽⁹⁷⁾ *Comentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., D. 19,1,1 pr., n.º 12, fl. 115. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 299.

⁽⁹⁸⁾ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 301; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 542; DONDORP, *Precise Cogi.* cit., p. 51.

Entre aquelas contribuições posteriores, que vieram alargar o campo da realização coactiva, refira-se, da lavra de BALDO (1327-1400) ⁽⁹⁹⁾ e sob a influência do direito canónico e feudal, a possibilidade de execução específica da obrigação confirmada por juramento: “*fallit [a regra da condenação em indemnização pecuniária] si super ipso facto est appositum iuramentum: ut [D. 12,4,5,pr.]*” ⁽¹⁰⁰⁾. A tese foi geralmente aceite ⁽¹⁰¹⁾, como demonstram passagens de BARTOLOMEU DE SALICETO (1330-1422: “*Item fallit secundum Baldum, si super facto sit appositum iuramentum*”, sob a rubrica “*Actor volente potest promissor praecise compelli ad factum*”) ⁽¹⁰²⁾ e de JASÃO DE MAYNO (“*ultra limitationes Bar. scripta (...) fallit quando in promissione facti intervenit iuramentum (...) iuramentum obligationum praecise facere nec solvendo interesse liberaretur*”) ⁽¹⁰³⁾.

O último autor (um Comentador tardio, que viveu entre 1435 e 1519), aduzirá outra excepção à regra geral da condenação pecuniária: o credor poderia exigir o cumprimento da obrigação de *facere* quando a sua realização fosse fácil (“*quando est tale factum quod faciliter & de levi potest expedire, tunc praecise compellitur ad tale factum*” ⁽¹⁰⁴⁾).

Passando às obrigações de *praestare*, assinala-se que a mais significativa delas, a entrega da *res* ao comprador, foi objecto de múltiplos dissensos no seio da Escola de Bolonha. Como pano de fundo, afloram as diferentes visões de BÚLGARO (mais apegado ao teor textual do direito romano) e de MARTINHO GOSIA (com maior permeabilidade aos ditames da *aequitas*).

Para MARTINHO (que terá vivido desde o início do século XII até 1166/67), se o vendedor pudesse proceder à *traditio* da *res*, o comprador teria direito à execução específica, até em obediência ao convencionado; só se isso não fosse

⁽⁹⁹⁾ BALDO formulou quatro excepções à regra da condenação pecuniária das obrigações de prestação de facto, tal com ela fora exposta pelo seu mestre BARTOLO (*Commentaria in VII. VIII. IX. X. & XI. Cod. Lib.*, Lugduni, 1585, C. 7.47,1, n.º 58. fl. 68 verso e ss.). Sobre elas, remete-se para REPGEN, *ob. cit.*, pp. 217 e ss., e DONDORP, *ob. cit.*, pp. 51-52.

⁽¹⁰⁰⁾ *Commentaria in VII. VIII. IX. X. & XI. Cod. Lib.*, cit., fls. 68 verso-69. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 301-302; REPGEN, *ob. cit.*, p. 234; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 543-544; DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 51. HERMANN LANGE/MAXIMILIANE KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter, Band II: Die Kommentatoren*, Verlag C. H. Beck, Munique, 2007, p. 905.

⁽¹⁰¹⁾ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 302.

⁽¹⁰²⁾ *In VII VIII & IX Codicis Libros Commentaria*, Venetiis. 1586, C. 7.47,1, n.º 23. fls. 50 e 52 verso.

⁽¹⁰³⁾ *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Lugduni. 1582, ad D. 45,1.72 pr., n.º 33, fl. 103 verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 302.

⁽¹⁰⁴⁾ *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Lugduni. 1582, ad D. 45,1.72 pr., n.º 33, fl. 103 verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 302. e LANGE/KRIECHBAUM, *ob. cit.*, p. 905.

possível é que haveria “*condemnatio in interesse*”. Para a outra corrente, integrada por BÚLGARO (que terá falecido entre 1166/67), JOÃO BASSIANO, AZO e HUGOLINO, se a coisa vendida não fosse entregue, o vendedor não poderia ser condenado a mais do que uma indemnização por não cumprimento, ainda que tenha a *res*. Da questão dá conta a glosa *Agitur* a D. 19,1,1 pr.: “*Quid autem si praecise velit habere rem, an potest? Dicit M. quod sic, si habet restituendi facultatem, si non sit condemnatio in interesse (...) quod dicitur, conventionem servanda (...) Bul. autem, & Joan. & Azo & Hu. Dicunt eum liberari semper praestando interesse, etiam si haberet rem*” ⁽¹⁰⁵⁾.

A argumentação de BÚLGARO e dos seus seguidores baseava-se em diversas normas romanas, das quais se destacam D. 19,1,1 e C. 4,49,4: “*dicunt, quod si venditor rem tradere, si solvat interesse, et hoc adprobant ex multis Legibus; nam si res vendita non tradatur, ad id, quod interest tenetur, ut [D. 19,1,1] et [C. 4,49,4]...*” ⁽¹⁰⁶⁾. Podem respigar-se, identicamente, a *Summa Trecensis* (que nega ao comprador a possibilidade de conseguir a prestação da *res*, em favor de quantia indemnizatória — VII,31,4: “*teneris enim iam non ad ipsam rem tradenda, set ad id quod interest, [ut] [C.,4,49,4]*”) ⁽¹⁰⁷⁾ e *Lo Codi*, onde se afirma que, se o vendedor não quiser proceder à entrega, o *emptor* só pode exigir o equivalente às vantagens que teria se possuísse a *res* (IV, 58,4: “*Si ille qui vendidit rem non vult eam dare emptorim emptor poterit tantum ei petere quantum proficuum emptor haberet si rem habuisset*” ⁽¹⁰⁸⁾) ⁽¹⁰⁹⁾.

Afastada é, pois, a entrega *manu militari* da *res* ao comprador, como declara expressamente AZO, ao tomar o partido de BÚLGARO: “*It nunquid a praeside manus militaris auxilium poterit implorare, ut res ab invito venditore extorqueatur. quod M. visum est, argu. [D. 6,1,68]. Sed certe, ut ait B. contrarium est verius (...) dicit lex eum liberari praestito interesse*” ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ *Codicis Iustiniani (...) Cum Commentaris Accursii (...), Tomus hic Primus Digestus Vetus continet*, cit., col. 1777. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 541.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. *Vetus Collectio*, § 60, in “*Dissensiones Dominorum Sive Controversiae Veterum Iuris Romani Interpretum qui Glossatores Vocantur*”, edidit et adnotationibus illustravit GUSTAVUS HAENEL. Sumtibus I. C. Hinrichs. Lipsiae. 1834. pp. 47-48. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 287.

⁽¹⁰⁷⁾ Cit., p. 251.

⁽¹⁰⁸⁾ Cit., p. 123.

⁽¹⁰⁹⁾ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 288.

⁽¹¹⁰⁾ *Summa Aurea*, cit., C. 4.49. n.º 6, p. 575. AZO aponta que a entrega *manu militari* (D. 6.1.68) foi defendida por MARTINHO. E o mesmo faz ACÚRSIO, na já observada glosa *Agitur*. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 37, constata que estas imputações não estão demonstradas nas *dissensiones dominorum*, nem nas glosas mais antigas a D. 6,1,68. Seria que, em alternativa à indemnização por danos, a expressão *praecise teneatur* de MARTINHO se referiria a uma estimação do valor da *res* que, por via de um *iusiurandum in litem*, funcionaria como meio de coacção? Não cremos, pois seria pouco consentâneo com o exemplo do faminto que compra pão (que

Vimos *supra*. que, segundo AZO, as obrigações de *facere* (nas quais incluía a de entregar a coisa vendida) podiam ser objecto de execução específica, salvo disposição especial. Na sua óptica, C. 4,49,4 era, justamente, uma *lex specialis*, que impunha a condenação pecuniária: “*Ad quid ergo venditus est obligatus? Respondeo, ad factum (...) Verum est, sed lex permittit, ut possit praestito interesse liberari ut [C. 4,49,4]*” ⁽¹¹¹⁾.

Para MARTINHO, desde que a *res* ainda exista e o vendedor tenha a possibilidade de a entregar, pode aquele ser compelido a proceder à *traditio*, mesmo que quisesse pagar uma indemnização (“*quonian, quum res exstat et possibilitas tradendi, cogitur venditor rem tradere, nec est audiendus volens interesse prestare*”); são invocados preceitos como D. 19,1,11,2 (*et in primis rem ipsam praestare creditorem oportet, id est tradere*) ou D. 19,1,46 (*cogetur implere venditionem*) ⁽¹¹²⁾.

O comprador só teria de aceitar o pagamento de um montante indemnizatório se a coisa já não existir ou se, existindo, o vendedor não puder entregá-la (porque, por exemplo, a vendeu e entregou a outrem): “*dicit Martinus in eo casu loqui, quum res non exstat, vel si exstat, non tamen eam tradere potest, quia forte alii vendiderat et tradiderat (...) eam exemerat et determinando dicit: si res vendita non tradatur, ad id, quod interest, agitur et agi potest*” ⁽¹¹³⁾.

E da sua argumentação ressalta, ainda, o já referido elemento de equidade: qual é a indemnização devida pelos danos causados àquele que está a morrer de fome e compra pão, mas a quem não se entrega o pão? “*Quaerit etiam Martinus, si panem vendideris, te non tradente mihi mortuo fame, quod interesse poterit praestari?*” ⁽¹¹⁴⁾.

Nesse encadeamento, PILLIO (1169-1207) ⁽¹¹⁵⁾, invocando a *equitas naturalis*, defenderá a execução específica. Desde logo, a obrigação de *tradere* não poderia ser cumprida mediante um *aliud*, como seria a indemnização por não cumprimento: “*quia rem, quam vendidit, debet tradere venditor ergo aliud pra-*

analisaremos *infra*). Se o comprador não come o dinheiro da indemnização, também não comerá o valor estimado da *res*... Nem cremos, sequer, que juristas de tal craveira fossem tão pouco rigorosos ao assacar uma opinião a MARTINHO.

⁽¹¹¹⁾ *Brocardia*. cit., p. 393. Cf. DONDORP, *ob. cit.*, p. 35.

⁽¹¹²⁾ *Vetus Collectio*, § 60, cit., p. 47; DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 288-289.

⁽¹¹³⁾ *Vetus Collectio*, § 60, cit., p. 48. Cf. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 33.

⁽¹¹⁴⁾ *Vetus Collectio*, § 60, cit., p. 47. Cf., por exemplo, DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 289.

⁽¹¹⁵⁾ *Quaestiones Aureae*, Romae, 1560, Quaestio CXVI, p. 199. Cf. DONDORP, *Precise Cogi*, cit., pp. 34 e 36.

estando pro ea liberari non potuit, ut [D. 30,71,4], [I., 3,14 pr.] & [C. 8,42,16]”⁽¹¹⁶⁾.

Ademais, I. 2,7,2⁽¹¹⁷⁾ determina que o doador está obrigado a entregar aquilo a que se comprometeu, o que constituiria mais um argumento (análogo) para se poder exigir ao vendedor a entrega a *res*: “*quia in lege aperte dicitur oportere venditorem rem tradere quam vendidit, ut* [D. 19,1,11], & [D. 19,1,46], & [I. 2,7,2]”.

Assinale-se, por último, que PILLIO admitia a própria entrega *manu militari*, nos termos de D. 6,1,68: “*si ergo necesse habet, rem tradere: ita quod velit, nolit, tradere cogitur, quinimmo manu militari debet ab eo auferri* [D. 6,1,68]”.

ACÚRSIO acabará por também aceitar a execução específica da prestação de *tradere* a cargo do vendedor. Na glosa *Tradatur* a I. 3,23,1 prevalece a posição de MARTINHO sobre a de BÚLGARO, dadas a proibição de prestar um *aliud* e a improbidade do rompimento dos acordos de vontades: “*Esset enim valde mirum (quod ait B.) ut sic compellatur aestimationem pro re recipere: ut* [D. 12,1,2,1⁽¹¹⁸⁾] (...) *item sic improbe pacta rumpere, cum praetor dicat, pacta servabo: ut* [D. 2,14,7,7]”⁽¹¹⁹⁾.

A tendência dos Comentadores será, decididamente, a da aceitação da execução específica. Indicaremos, tão-só, alguns exemplos de uma linha evolutiva.

RÉVIGNY reconhece ao comprador o direito de exigir judicialmente a *res*: “*post moram est obligatus ad interesse & rem tradendam*”⁽¹²⁰⁾.

Importante e ilustrativo é o contributo de PIERRE JACOBI (que em 1329 ainda vivia). Após ter exposto que o vendedor não pode ser compelido à *traditio* da *res*, bastando o pagamento de indemnização por não cumprimento (“*licet venditor teneatur rem tradere, attamen non cogitur: sed sufficit quod det inte-*

⁽¹¹⁶⁾ Observa DONDORP. *Precise Cogi*, cit., p. 34, nota 73. que os textos citados dizem respeito a obrigações de *dare*.

⁽¹¹⁷⁾ “...*perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donator*”.

⁽¹¹⁸⁾ “*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*”.

⁽¹¹⁹⁾ *Institutionum, Commentarij Accursii*, Ex Officina Rouilliana, Lugduni, 1627, col. 401. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 290: DONDORP, *ob. cit.*, pp. 35 e 39-40.

⁽¹²⁰⁾ *Lectura Super Codice*, cit., C. 4,49,10, fl. CCIII verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 295.

resse”)⁽¹²¹⁾, o autor aponta, na *Rubrica LXXXIII (De actione ex empto, Libellus melior & aequior)*, a rigidez dessa tese: “*Nunc est advertendum, quod forma & ius primi praecedentis libelli processit ex opinione rigida & dura Doctorum*”⁽¹²²⁾.

Na verdade, a *traditio* não era um mero facto, como construir uma casa, havendo uma similitude com as obrigações de *dare*, justificativa da transferência *manu militari* a favor do comprador, ao abrigo de D. 6,1,68: “*Sed postest dici, quod rem tradi saltem ex causa venditionis, non est mere factum, sicut domum aedificari: immo fratenizat in aliquo, cum rem dari (...) Ergo probabiliter potest dici, quod si venditor rem habet, quod cogatur eam tradere. Sic etiam videmus in obligationibus rem restitui. quia ad hoc reus condemnatur, & cogitur rem restituere, si eam habet, vel manu militari transfertur ab eo possessio: ut [D. 6,1,68]*”⁽¹²³⁾.

Denota-se, desta guisa, uma argumentação semelhante à usada por PILLIO no que tange a entrega coerciva da coisa⁽¹²⁴⁾. E, tal como este jurista havia defendido, a execução específica da obrigação de *tradere* a cargo do vendedor era apresentada por JACOBI como a solução que tinha o respaldo da equidade: “*Postquam ergo ista opinio, scilicet quod venditor teneatur rem tradere, si eam habet, fulcitur aequitate*”⁽¹²⁵⁾.

CINO também se pronunciou favoravelmente sobre a execução *in natura* da obrigação de entrega da coisa vendida, apoiando a opinião de MARTINHO: “*eum aprobant & tenent opi. Mar. scilicet quod ab initio possit ad factum precise compelli*”⁽¹²⁶⁾. Nesse sentido, o jurisconsulto pistoiense aduzia três argumentos: sendo a compra e venda um contrato de boa fé, D. 2,14,7,7 impunha o respeito do seu teor; I. 2,7,2 legitimava que a transferência do *dominium* de uma *res* fosse coactivamente imposta; finalmente, a restituição de uma *res* podia ser realizada *manu militari*, segundo D. 6,1,68 (“*Preterea conventiones que sunt bonae fidei servande sunt. ut [D. 2,14,7,7]. Preterea si rem meam tibi promissi dare compellor in te dominium transfere. ut [I. 2,7,2]. Preterea qui rem tenetur mihi restituere manu militari cogitur ut [D., 6,1,68]*”)⁽¹²⁷⁾. São detectáveis as

⁽¹²¹⁾ *Aurea Practica Libellorum*, Apud Gervinum Calenium, & haeredes Quentelios, Coloniae Agrippinae, 1575, Rubrica LXXXII (*De actione ex empto*), n.º 8, p. 342.

⁽¹²²⁾ *Aurea Practica Libellorum*, cit., Rubrica LXXXIII, n.º 4, p. 345. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 541.

⁽¹²³⁾ *Aurea Practica Libellorum*, cit., Rubrica LXXXIII, n.º 4, p. 345.

⁽¹²⁴⁾ Como refere DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 296.

⁽¹²⁵⁾ *Aurea Practica Libellorum*, cit., Rubrica LXXXIII, n.º 5, p. 345.

⁽¹²⁶⁾ *Lectura Super Codice*, cit., C. 4,49,4, fl. 189 verso.

⁽¹²⁷⁾ *Lectura Super Codice*, cit., C. 4,49,4, fl. 189 verso. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 297.

influências de ACÚRSIO (com a invocação da cláusula *pacta conventa servabo*), de PILLIO (a similitude com a doação), bem como deste e de JACOBI (a analogia entre a obrigação de *tradere* do vendedor e as obrigações de *dare* e de *restituere*).

Este acervo desembocará em BÁRTOLO, para quem a obrigação de entrega da *res* vendida partilharia da mesma natureza das obrigações de *dare*, uma vez que o vendedor transferirá a propriedade ou o comprador adquiri-la-á por usucapião ⁽¹²⁸⁾. Por isso, não se estando perante um *merum factum*, haveria lugar à sua execução em espécie: “*Ratio quia quando quis tenetur ex causa emptionis, non tenetur ad merum factum, imo dicta obligatio participat naturam obligationis dandi. Nam si est dominus transfert dominium venditor, vel usucapiendi conditionem, ut supra* [D. 19,1,11 pr.]. *Ex eo ergo quod participat cum obligatione dandi, compellatur praecise, si habet facultatem tradendi...*” ⁽¹²⁹⁾.

A autoridade bartolista impor-se-á mais uma vez, nos seus traços fundamentais, como *communis opinio*. Assim depõe, por exemplo, JASÃO: “*communiter approbata*” ⁽¹³⁰⁾.

3. A CIÊNCIA JURÍDICA MEDIEVAL: OS CANONISTAS

No âmbito do Direito Canónico ⁽¹³¹⁾, encontra-se uma ampla defesa da execução específica por PANORMITANO (NICCOLÒ TEDESCHI — 1386-1445), que

⁽¹²⁸⁾ Recorde-se que, no direito justiniano, a *emptio venditio* tinha eficácia meramente obrigacional, não transferindo, por si só, o direito de propriedade. A transmissão deste dependia de uma *traditio*, baseada numa *iusta causa traditionis* (de que a compra e venda era um exemplo: D. 41.1.31 pr.), ao que acrescia o requisito de o vendedor ser o proprietário da *res* (D. 41.1.20 pr.) — cf., por todos, ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *O Fundamento Romanístico da Eficácia Obrigacional e da Eficácia Real da Compra e Venda nos Códigos Cíveis Espanhol e Português*, in “Jornadas Romanísticas”, STVDIA IVRIDICA, n.º 70, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 97-98.

Deste modo, BÁRTOLO pressupõe duas hipóteses: o vendedor é proprietário e, portanto, a *traditio* subsequente à compra e venda transmitirá a propriedade; ou o vendedor não é proprietário e, então, a transferência da posse a favor do comprador permitir-lhe-á adquirir a propriedade por usucapião. O jurisconsulto medieval considera que, em ambos os casos, há uma semelhança com as obrigações de *dare* (pois o comprador acabará por se tornar proprietário), o que legitimaria uma execução coerciva da *traditio*, tal como se reconhecia face àquelas.

⁽¹²⁹⁾ *Digestum Novum Commentaria*, cit., D. 45.1.72, n.º 39, p. 488. Cf. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., p. 299; REGEN, *ob. cit.*, pp. 200-201; DONDORP, *Precise Cogi*, cit., p. 40.

⁽¹³⁰⁾ *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., D. 45.1.72 pr., n.º 35, fl. 103 verso. *Ide* DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 299-300, e LANGE/KRIECHBAUM, *ob. cit.*, p. 905.

⁽¹³¹⁾ DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*, cit., pp. 302-305; JAN HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, in JAN

a reconheceu face às obrigações de *dare* (“*quod aut quis obligat. ad dandum: & praecise compellitur si potest*”), de *tradere* (referindo-se à obrigação de entrega da coisa vendida — “*emptorem posse rem emptam praecise petere: & ita venditorem esse condemnandum: nec est opus petere interesse*”) ⁽¹³²⁾ e, até, de prestação de facto. Quanto a estas, opõe-se expressamente a BARTOLO, invocando o direito canónico e divino, que não permitiriam o mero pagamento de quantia indemnizatória: “*eam sequitur Bart. in d.l. stipulationes. quod in obligatione facti causa ta ex conuentione partium, sufficiat soluere interesse. Adhuc dico, quod non procedet de iure canonico, vel divino*” ⁽¹³³⁾. Não executar a prestação seria pecaminoso, por violação de promessa assumida e fraude contra o próximo (“*ne scilicet incurrat peccatum veniendo contra promissionem sua & decipiat sic proximum*”) ⁽¹³⁴⁾. O que valeria, de resto, para obrigações assumidas sem juramento: “*quem obligari praecise ad factum, si illud adimplere potest: dummodo non sit contra bonus mores: sive promissio iurata, sive simplex: & loquor de iure divino & canonico*” ⁽¹³⁵⁾.

Assim o impunha a norma canónica, constante do Decreto de Graciano (1140), de que entre um juramento e a mera declaração não existe diferença, sendo ambas vinculativas: “*Inter iuramentum et locutionem fidelium nulla debet esse differentiam (...) Dominus inter iuramentum et loquelam mostram nullam uult esse distantiam*” (C. 22 q.5 c.12) ⁽¹³⁶⁾. O que terá importantíssimos reflexos na doutrina canonística da validade dos *nuda pacta*: “*... ex nudo pactum oritur actio (...) quia mortaliter peccat recendo a pacto (...) inter simplicem loquelam et iuramentum non facit Deus differentiam*” ⁽¹³⁷⁾.

A mesma fundamentação é apresentada por LUDOVICO PONTANO (ROMANO — 1409-1439), invocando-se o mencionado cânone: para o direito canónico (e é útil sublinhá-lo, pois o autor não era canonista e a sua posição no campo do

HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance — The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, pp. 70-71.

⁽¹³²⁾ *Secunda Interpretationum in Secundum Decretalium Librum Pars*, Apud Senetionios Fratres, Lugduni, 1547, ad X. 2,22,10,10, n.º 10, fl. 132.

⁽¹³³⁾ *Secunda Interpretationum in Secundum Decretalium*, cit., ad X. 2,24,16, n.º 9, fl. 171 verso.

⁽¹³⁴⁾ *Secunda Interpretationum in Secundum Decretalium*, cit., ad X. 2,24,16, n.º 9, fl. 171 verso.

⁽¹³⁵⁾ *Secunda Interpretationum in Secundum Decretalium*, cit., ad X. 2,24,16, n.º 8, fl. 171.

⁽¹³⁶⁾ In *Corpus Iuris Canonici*, editio lipsiensis secunda, post AEMILII LUDOUICI RICHTERI, instruxit AEMILIUS FRIEDBERG, Pars Prior — Decretum Magistri Gratiani, ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1879 (Pars II, p. 886).

⁽¹³⁷⁾ Cf. a glosa *Pacta custodiantur ad X. 1,35,1* (da autoria de BERNARDO DE PARMA, 1200-1263), in *Corpus Iuris Canonici Emendatum et Notis Illustratum. Gregorii XIII. Pont. Max. Iussu Editum*, vol. II, In aedibus Populi Romani, Romae. 1582, col. 440.

ius civile era diferente ⁽¹³⁸⁾, o devedor está obrigado a realizar a prestação em espécie. Assim depõe JASÃO DE MAYNO: “*Lu. Ro. ut ista regula non procedat de aequitate Canonica, ubi obligatus ad factum, indistincte potest compellit praecise (...) [C. 22 q.5 c.12]*” ⁽¹³⁹⁾.

Na verdade, a possibilidade de execução *in natura* das obrigações de *facere* já estava presente no *Speculum Iuris* de GUILHERME DURANTIS (GUILLAUME DURANT — 1230-1296): as normas romanas dariam ao *stipulator* uma alternativa (uma “via dupla”) ⁽¹⁴⁰⁾, podendo agir *ad faciendum* ou *ad interesse* (“*Si autem factum est in obligatione (...) habet duplicem viam stipulator: primam, ut agat ad faciendum, vel complendum opus, ut [D. 39.1.24.1; — 19,5,9; C. 8,53,9]. secundam ut agat ad interesse, [D. 42,1,13,1; -45,1,81; — 46,82]*”) ⁽¹⁴¹⁾. O *promissor*, se quisesse, poderia realizar aquilo a que se obrigara, evitando o pagamento de indemnização, mas não se a lide já tivesse sido contestada, se isso fizesse diferença ao credor ou se tivesse sido estabelecida pena: “*Tamen si promissor velit opus facere, liberatur ad interesse (...) nisi iam sit lis contestata, vel nisi multum intersit stipulatoris, vel nisi poena esset adiecta, [D. 45,1,84 e -2,11,8]*”) ⁽¹⁴²⁾.

Mas nem toda a canonística alinharia pelo mesmo diapasão. O Cardeal HOSTIENSE (HENRIQUE DE SUSA — 1200-1271) negaria ao comprador o direito de exigir a entrega da coisa, reconhecendo-lhe, tão-só, uma pretensão de indemnização por danos sofridos: “*Et ad quid venditor Ad traditionem rei praecise secundum [D. 19,1,46; D. 19,1,11]. Verius est quod ad interesse damnetur [D. 19,1,11]*” ⁽¹⁴³⁾.

Por sua banda, JOÃO ANDRÉ (1270-1348) admitia, na esteira de MARTINHO, que o vendedor fosse condenado a entregar a *res* ao comprador enquanto isso fosse possível: “*accedit opinio Mar. quando facultatem habet tradende rei*” ⁽¹⁴⁴⁾. Contudo, a regra geral seria no sentido antagónico: se o devedor (ao abrigo de pacto ou, até, de *stipulatio*) não aceita cumprir, apenas está obrigado a pagar o

⁽¹³⁸⁾ REPGEN, *Vertragstreue*. cit., pp. 264 e ss.

⁽¹³⁹⁾ *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., D. 45.1.72 pr., n.º 33 (fl. 103, verso).

⁽¹⁴⁰⁾ Vide, também, REPGEN, *Vertragstreue*. cit., pp. 63 e ss. Constata-se uma consonância com as doutrinas de AZO e de ACÚRSIO.

⁽¹⁴¹⁾ *Speculum Iuris*. Pars Prima & Secunda. Typis Wecheliani apud haeredis Ioannis Aubrij. Francoforti, 1612. Pars II, Lib. II, Partic. III, §6, n.º 7, p. 560.

⁽¹⁴²⁾ *Speculum Iuris*. cit., p. 560.

⁽¹⁴³⁾ *Summa Aureae*. Apud Haeredes Nicolai Bevilacqua, Augustae Taurinorum, 1579, p. 182 verso.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. GUILHERME DURANTIS, *Speculum Iuris*, Pars III & IIII, Cum O. And. Baldi de Ubaldis, Venetiis, 1585. Lib. IV. Particip. III, *De actionibus empti & venditi*, n.º 1. Aditio “*Ut Azo*”, p. 248, col. 2. Vide DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation*. cit., p. 304.

id quod interest: “*Adimplere placita qui nolint, tenetur ad id, quod interest (...) per stipulationem, vel nudm pactum (...) tenentur ad interesse* [D. 19,1,1]” ⁽¹⁴⁵⁾.

Do mesmo modo, o canonista FELINO SANDEO (1444—1503), convocando a opinião comum, acolhe a execução em espécie da obrigação de tradição a cargo do vendedor (“*magis communis opinio est (...) si venditor habet rem, praecise compellitur ad eam tradendam*”), pois aí, como ensinava BARTOLO, não era suficiente um *tradere*, mas, sim, um *dare* que proporcionasse o *dominium*: “*per istum (...) non sufficit simpliciter tradere, sed dare, i. dominium facere secundum Bar.*” ⁽¹⁴⁶⁾.

SANDEO também segue as passadas dos Comentadores no que tange as obrigações de *facere*. Mostrando-se contrário à sua execução *in natura* quando não fossem objecto de juramento (“*ubi non existente compromisso iurato, non cogitur (...) liberatur praestando poena, vel solvendo interesse*”), justificava-o com a prevenção da prática de possíveis abusos, através de decisões cujo resultado já não poderia ser revertido ⁽¹⁴⁷⁾: “*arbitrer sine timore retractationis potest arbitrium ferre, quamvis iniquum*” ⁽¹⁴⁸⁾.

É notório que as divisões que marcaram o labor dos legistas foram transpostas para a doutrina canonística ⁽¹⁴⁹⁾. Mas a ela se deveu vastamente (em especial a PANORMITANO) a associação da regra da execução específica de todas as obrigações (incluindo as de *facere*) ao respeito pela palavra dada e pelo acordo de vontades (*pacta sunt servanda*). Um veio que, como se verificará, não mais se esgotou.

4. O HUMANISMO JURÍDICO: *NEMO PRAECISE COGI POTEST AD FACTUM*

O humanismo jurídico, cujo apogeu ocorre na França de quinhentos, manteve-se fiel à regra da condenação pecuniária ⁽¹⁵⁰⁾, o que não admirará, dada a sua intenção de estudo das fontes romanas numa perspectiva classicista ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ *In Primum Decretalium Librum Novella Commentaria*. Apud Haeredem Hieronymi Scoti. Venetiis, 1612, ad X 1,35, Caput III, 2. fl. 273.

⁽¹⁴⁶⁾ *Commentariorum ad Quinque Libros Decretalium*, Pars Secunda. Venetiis, 1601, ad X. 2,22, fl. 174 verso.

⁽¹⁴⁷⁾ Como é evidente, a actividade e o esforço despendidos na execução de *nuda facta* (por exemplo, ao escavar um fosso ou pintar um quadro) não podem ser repriminados.

⁽¹⁴⁸⁾ *Commentaria in V Lib. Decretalium*. Pars Prima. Ex Officina Frobeniana, Basileae, 1567. ad X 1,35. n.º 9, col. 1401.

⁽¹⁴⁹⁾ Como sintetizam, LANGE/KRIECHBAUM. *ob. cit.*, p. 905.

⁽¹⁵⁰⁾ Neste sentido, NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 544-545.

⁽¹⁵¹⁾ ALMEIDA COSTA/RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *ob. cit.*, pp. 351 e ss.

CUJÁCIO (1522-1590), é certo, aceita que o *venditor* pode ser compelido à *traditio* da *res*, o que fundamenta nas *Pauli Sententiae* 1,13a,4⁽¹⁵²⁾: “*venditor autem cogi potest, ut tradat*”⁽¹⁵³⁾. Mas para um vulto da dimensão de HUGO DONELO (1527-1591), mesmo o vendedor apenas poderia ser condenado ao pagamento do *id quod interest* se não entregasse a coisa vendida: “*etiamsi procacia et contumacia venditoris traditio non fiat, iudicem curare debet, ut condemnatio fiat in id quod emptoris interest*”⁽¹⁵⁴⁾.

Foi, aliás, ANTÓNIO FABRO (1557-1624) — um dos mais importantes representantes da escola culta — quem formulou o célebre adágio *nemo praecise cogi potest ad factum*: “*Nemo praecise cogitur ad factum, quia sine vi & impressione id fieri non potest, ideóque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest*”⁽¹⁵⁵⁾. Deste modo, se alguém se obrigou a um *facere*, tal não pode ser coactivamente executado sem o uso da força física contra o devedor, pelo que o pagamento do valor dos danos causados impõe-se como sucedâneo da obrigação⁽¹⁵⁶⁾.

5. A SEGUNDA ESCOLÁSTICA: A DEFESA DO PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA POR LUIS DE MOLINA

Os autores que constituíram a chamada Segunda Escolástica (ou Escola Espanhola do Direito Natural) não se debruçaram sobre o problema da execução específica, com uma excepção de monta — a do jesuíta LUIS DE MOLINA (1535-1600)⁽¹⁵⁷⁾.

O teólogo e jurista reconhece a existência de uma *communis opinio* em sentido oposto⁽¹⁵⁸⁾, fundada em BARTOLO e seguida por autores espanhóis como

⁽¹⁵²⁾ “*Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet*”.

⁽¹⁵³⁾ *Paratitla in Novem libros Codicis Justiniani repetitae praelectionis*, in “*Opera*”, Pars Prior, Tomus Secundus, Excudebat Gaspar Storti, Venetiis, 1758, ad C., 4,49, col. 252. Cf., por exemplo, REGEN, *Vertragstreue*, cit., p. 328.

⁽¹⁵⁴⁾ *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili, Tomus Quartus, cum notis Osualdi Hilligeri*, Joannis Riccomini, Lucae, 1764, Lib. XV, Cap. III, col. 36.

⁽¹⁵⁵⁾ *Rationalia in Primam et Secundam Partem Pandectarum*, Apud Petrum et Iacobum Choët, Colloniae Allobrogum, 1626, p. 823 (*Ad § 2 Etiam de servitute* [D. 8,5,6,2]).

⁽¹⁵⁶⁾ Cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *O Direito ao Cumprimento de Prestação de Facto. o Dever de a Cumprir e o Princípio Nemo Ad Factum Cogi Potest. Providência Cautelar. Sanção Pecuniária Compulsória e Caução*, in “*Revista da Ordem dos Advogados*”, 2005, p. 442; DONDORP, *Praecise Cogi*, cit., p. 21.

⁽¹⁵⁷⁾ Vide HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 58-59.

⁽¹⁵⁸⁾ Como constata ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775.

ANTONIO GÓMEZ, DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEIVA e JUAN GUTIÉRREZ: “*Bartolus et communis doctorum sententia quam referunt ac sequuntur Antonius Gomezius (...) Covarrubias (...) & Gutier. (...) asseverant, non teneri praecise id factum, sed liberari solvendo interesse. Quod affirmant [D. 45,1,72, pr.] & [D. 42,1,13,1]*” ⁽¹⁵⁹⁾.

Expõe de seguida, porém, que, se os *jura Caesarea* (o direito romano) libertassem o devedor da obrigação mediante o pagamento de uma indemnização por equivalente, tal seria irracional, iria contra a natureza das coisas e o bem comum, além de estar afastado de um legislador prudente e justo; logo, semelhantes disposições deveriam ser ab-rogadas e expurgadas do *corpus iuris*: “*Ac certe, si jura illa Caesarea, vel quaecunque alia intendissent, quod, quando quis obligatus esset ad factum, in optione ipsius postea esset, non id praestare, sed solum interesse, irrationabilia prorsus essent, & quae sine ullo Reipublicae commodo ac bono; contrarium ejus statuerent, quod habet ac postulat natura ipsa rei, quod longe alieno est a prudente, aequo, ac justo legislatore, essentque proinde abroganda, a corporeque juris praescindenda*” ⁽¹⁶⁰⁾.

O membro da Companhia de Jesus não deixa de analisar o contributo canónico, discordando expressamente de JOÃO ANDRÉ e de FELINO SANDEO: “*quicquid Johannes Andr. & Felinus in contrarium dixerint (...) ex quo tamen nihil tale colligitur*” ⁽¹⁶¹⁾.

MOLINA invoca, ainda, o direito de Castela, que, ao contrário do que prevalecia no direito comum, admitia largamente ao credor a execução específica (“*De jure etiam Castellae, obligatus ad factum, illud praecise praestare tenetur, si ita creditor velit*” ⁽¹⁶²⁾). Para o efeito, cita diversos preceitos das *Siete Partidas*: -5,11,13 (“*deuele apremiar ele Juez del logar; que lo cumpla allí*”); -5,11,34 (“*si quando fizo la promission se obligo, diziendo que fuesse tenuto a todo; a pechar la pena, e a cumplir la promission, en todas guisas*”) -5,11,35 (“*si aquel dia no ouiere dado,o fecho, lo que prometyo, tenuto es de pechar la pena; o de dar, o de fazer lo que prometio, qual mas quisiere aquel que rescibio la promission*”); -5,14,3 (“*el que ouiesse fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non*

⁽¹⁵⁹⁾ *De Justitia et De Jure, Opera Omnia, Tomus Secundus, De Contractibus*, Marci-Michaelis Bousquet, Coloniae Allobrogum, 1733, Disputatio DLXII, n.º 4, pp. 809-810. Sobre o trabalho daqueles juristas hispânicos, cujos resultados não diferiram significativamente do *mos italicus*, consulte-se HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 59-63 e 64-70.

⁽¹⁶⁰⁾ *De Justitia et De Jure*, cit., p. 810. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 546. e HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 63-64.

⁽¹⁶¹⁾ *De Justitia et De Jure*, cit., p. 810.

⁽¹⁶²⁾ *De Justitia et De Jure*, cit., p. 810.

lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, que deue complir de otra guisa el pleyto”); -3,27,4 [5] (“*E si la sentencia fuesse dada contra el demandado, en razon de alguna cosa que deuiesse fazer, deuelo apremiar, que la faga assi como fue puesto, o lo prometio*”) ⁽¹⁶³⁾.

As inegáveis influências do direito canónico ⁽¹⁶⁴⁾ e do próprio direito castelhano ⁽¹⁶⁵⁾ em MOLINA tiveram reflexos que perdurariam: dessa conjugação surgiu uma reflexão jusnaturalista abonatória do princípio geral da execução específica de qualquer prestação e à qual o direito positivo não ficaria indiferente.

6. A JURISPRUDÊNCIA ELEGANTE NEERLANDESA

Não obstante o seu papel pioneiro na corrente jusnaturalista dos séculos XVII-XVIII, nomeadamente como mediador entre as reflexões da Segunda Escolástica e o jusracionalismo ⁽¹⁶⁶⁾, HUGO GRÓCIO (1583-1645) não irá tão longe como MOLINA na defesa da execução em espécie.

Em *De iure belli ac pacis* (1625) a questão nem sequer é tratada ⁽¹⁶⁷⁾, mas no seu mais importante trabalho sobre o *ius proprium* holandês, *Inleydinge tot de Hollantsche rechtsgeleertheit* (1631), o autor, embora admitindo que no campo do direito natural o devedor deve proceder conforme se comprometeu, acaba por seguir, quanto ao “direito civil”, a regra romana e a tradição bartolista: quem está vinculado a uma prestação de *facere* pode libertar-se da obrigação através do pagamento de indemnização por danos ou de pena convencionada (“*However, although by natural law a person who has promised to do something is bound to do it in case it admits to be done, nevertheless by the civil law it is enough*

⁽¹⁶³⁾ Encontra-se em HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., pp. 72-75, uma análise destes preceitos, bem como da elaboração doutrinal que sobre eles recaiu.

Seguimos *Las Siete Partidas del Rey D. Afonso El Sabio*, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez, por el D. Joseph Berni et Català, Imprensa de Benito Monfort, Valencia, 1767, onde o último texto citado corresponde a 3,27,5 (cf. a advertência de HALLEBEEK, cit., p. 73, nota 70).

⁽¹⁶⁴⁾ NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 546; HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 76.

⁽¹⁶⁵⁾ Novamente, HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 76 (“*Molina interprets the ius commune in conformity with the prevailing views outside the sphere of the civilian tradition, i.e., in conformity with Canon Law and Spanish indigenous law*”).

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. ALMEIDA COSTA/RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *História do Direito Português*, cit., p. 388.

⁽¹⁶⁷⁾ HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 59.

for him to pay the stipulator or acceptor the value of the interest that he had in performance, or the penalty, if one was stipulated to be paid in the event of non-performance”)⁽¹⁶⁸⁾.

De notar que GRÓCIO também segue as directrizes bartolistas quando reconhece ao comprador o direito de exigir a entrega da *res*: “*the purchaser has the choise whether he will still ask for delivery...*”⁽¹⁶⁹⁾.

Com resultado idêntico, pronunciou-se ARNOLD VINNEN (1588-1657)⁽¹⁷⁰⁾. Segundo este jurista, as obrigações de fazer não são todas da mesma natureza. Os meros factos (*factaque nuda & simplicia*) implicam uma pura actividade, como, por exemplo, ir a Roma, pintar um quadro, construir um edifício ou escavar um fosso, sendo bem diferentes dos que consistem na prestação de uma coisa ou na transmissão de um direito ou da posse, como acontece na compra e venda. Obrigar o devedor a levar a cabo meros factos acarretaria o uso da violência e da coacção sobre homens livres. Assim, após ser concedido um prazo para cumprir e mantendo-se o inadimplemento, ocorreria como que uma novação em que à obrigação primitiva sucederia uma obrigação de pagamento do *id quod interest*: “*factaque nuda & simplicia, seu quae in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, simila esse iis, quae in rei alicujus praestatione & jûris possessionisve translatione consistunt, quale este jus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere (...) Nam prioris generi facta sunt ejusmodi, quae ut quis faciat, cogi non possit sine vi & impressione; & ideo ne homini libero vis fiat, in his debitorem non praecise ad faciendum, quod promisit, obligari, imo factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit, quos promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quandam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id quod interest (...)* [D. 45,1,14;-45,1,72;-45,1,84;-45,1,91,3]”⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Socorremo-nos da tradução devida a ROBERT WARDEN LEE, *The Jurisprudence of Holland*, vol. I, reimpressão da 2.ª edição (Oxford, 1953), Scientia Verlag, Aalen, 1977, p. 323 (III,3,41). Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775, NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547, HALLEBEEK, *Specific Performance in Obligations to Do According to Early Modern Spanish Doctrine*, cit., p. 59, e HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., p. 91.

⁽¹⁶⁹⁾ III,15,6 (p. 373). Vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775.

⁽¹⁷⁰⁾ Sobre o contributo de VINNEN, vd. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547, e HALLEBEEK/MERKEL, cit., pp. 84-85.

⁽¹⁷¹⁾ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis*, editio quarta. Apud Danielelem Elseverium, Amstelodami. 1665. Lib. III, Tit. XXIV, pr., n.º 7, pp. 652-653.

Já a obrigação de entregar alguma coisa não envolve necessariamente uma actividade pessoal do devedor, podendo o acto ser realizado por força da autoridade judicial: “*quod si facto ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non fiat, judicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum cui res tradi debuerat, transferri* [D. 6,1,68]” ⁽¹⁷²⁾.

VINNEN acrescenta que a prestação de *nudi facti* versa algo incerto, pelo que só o *id quod interest* poderia ser eficazmente pedido em juízo; já a obrigação de entrega a cargo do vendedor é certa (“*Obligationes, in quibus nudi facti praestatio versatur, incertae sunt (...) utpote in quibus id duntaxat, quod interest (...) ita venit, ut cum effectu peti possit (...) Obligatio autem venditoris certa est...*”) ⁽¹⁷³⁾.

JOHANNES VOET (1647-1713) conservar-se-á ainda mais arreigado à regra da condenação pecuniária. Denotando evidente influência antiquarista, o célebre comentador do Digesto nega a aplicabilidade da execução específica às obrigações de prestação de facto: “*Sunt variae proditae stipulationum divisiones (...) In iis, quae faciendi obligationem continent, generaliter placuit, neminem ad factum obligatum, praecise ad implementum facti cogi posse, sed liberari praestando id quod interest*” (invocando, designadamente, D. 42,1,13,1) ⁽¹⁷⁴⁾. Tal abrangência, até, a obrigação de entrega da *res* vendida, pois, em aresto recolhido por CORNELIS VAN NIEUSTADT (1549-1506), os juízes aplicaram a prisão civil (*gyselinge houden*) ao vendedor enquanto ele não cumprisse, preferindo essa medida à apreensão da coisa ⁽¹⁷⁵⁾; ora, para VOET, isso significava que a solução romana ainda estava em vigor, senão teria sido ordenada a segunda alternativa: “*per manum militarem non ita facile nec promiscue adhibendam iudices censuerit, altrumque propositum a Neostadio cogendi modum amplecti malint, civilem nempe venditoris custodiam (Gyselinge) magis est, ut tunc adhuc Romani juris definitionem servari dicamus (...) atque adeo adhuc verum erit, liberari venditorem praestando id quod interest, sicut evenit in omnibus facti obligationibus*” ⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷²⁾ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., p. 653.

⁽¹⁷³⁾ *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, cit., p. 653.

⁽¹⁷⁴⁾ *Commentarius ad Pandectas*, Tomus Secundus. Apud Fratres de Tournes, Colloniae Allobrogum, 1769, Lib. XLV, Tit. I, 8, p. 744. *Vide* ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 775.

⁽¹⁷⁵⁾ CORNELIO NEOSTADIO, *Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones*, Apud Joannem & Daniele Steuckeros, Hagae-Comitis, 1667, Decisio L, p. 197: “*quamobrem se offerre quanti interesset, rem tradita non esse (...) Senatus condemnatum civili custodiâ sistendum (quod gyselinge houden dicimus) pronunciavit, quoad rem tradidisset*”.

⁽¹⁷⁶⁾ *Commentarius ad Pandectas*, Tomus Primus. Apud Fratres de Tournes, Colloniae Allobrogum, 1778, Lib. XIX, Tit. I, 14, pp. 662-663. Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., pp. 775-776 (que em *Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private*

Também numa posição de romanismo estreme podemos citar GERHARD NOODT (1647-1725) ⁽¹⁷⁷⁾. A execução *in natura* da prestação de facto (inclusive a entrega da coisa vendida) servilizaria indecorosamente o cidadão romano, pelo que é necessário que se possa libertar da obrigação através do pagamento do *quod interest*: “*servile esse atque indecorum, civem Romanum praecise cogere facere quod promiserit; ideoque oportere eum liberari solutione ejus quod interest*” ⁽¹⁷⁸⁾. Por outro lado, D. 6,1,68 determina que quem não tem direitos sobre a coisa a restitua *manu militari* a favor de quem é proprietário, o que não é comparável a uma retirada da *res* ao *dominus* para a entregar a quem não o é — o que seria julgado com severidade pelos antigos (“*quod in [D. 6,1,68] agitur; ut res petita a possessore cujus nullum jus est, manu militari auferatur, & domino cujus judicata est, restitatur. at contra fieri hoc judicio: nam eo res domino auferretur in honorem ejus qui non est dominus. quod Veteribus durum esse visum est*”) ⁽¹⁷⁹⁾.

A visão oposta — admissibilidade de recurso à execução específica de qualquer obrigação — não deixou, contudo, de estar representada entre os jurisconsultos elegantes.

Mencione-se, desde logo, SIMON VAN GROENEWEGEN VAN DER MADE (1613-1652), que, no seu *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (1649) ⁽¹⁸⁰⁾, considerou ab-rogados diversos preceitos do *Corpus Iuris Civilis* que estabeleciam a *condemnatio pecuniaria* ⁽¹⁸¹⁾.

Uma dessas disposições seria D. 42,1,13,1. Quem se obrigou a qualquer prestação de facto pode ser compelido a executá-la, não lhe sendo lícito oferecer indemnização pecuniária em troca enquanto tiver a faculdade de actuar conforme o estabelecido: “*Hodie in omnibus faciendi obligationibus praecise ad*

Law, in “Tulane Law Review”, 1991-1992, p. 1700, saborosamente qualifica a argumentação como “*rather unpersuasive*”), e HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., pp. 89-90.

Sobre a prisão como medida aplicável aos devedores relapsos adstritos à prossecução de um *facere*, plenamente aceite pelo ordenamento neerlandês da época, remetemos para GERO R. DOLEZALEK, *Zivilprozeßrecht*, in ROBERT FEENSTRA/REINHARD ZIMMERMANN (ed.), “Das römisch-holländische Recht — Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert”. Duncker & Humblot, Berlim, 1992, p. 95.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. as considerações de NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547.

⁽¹⁷⁸⁾ *Operum Omnium. Tomus II — Commentarium in D. Justiniani, Sacratissimo Principis, Libros XXVII Digestorum Sive Pandectarum*, Apud Johannem Vander Linden, Juniorem, 1724, D. 19,1, p. 419.

⁽¹⁷⁹⁾ *Operum Omnium*, cit., p. 420.

⁽¹⁸⁰⁾ Consultámos a edição devida a Joannem Janssonium à Waesberge, & viduam, Amstelædami, 1669.

⁽¹⁸¹⁾ Afigura-se fundamental, a propósito, a análise de HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., pp. 86 e ss.

factum cogi potest, neque solvendo interesse liberatur promissor, qui faciendi facultatem habet". Em abono da afirmação, aponta jurisprudência dos tribunais superiores neerlandeses ⁽¹⁸²⁾.

C. 4,49,4 (de 290) estabelecia, face à não entrega da coisa vendida por leviandade do vendedor, que o magistrado provincial deveria estimar os danos sofridos pelo comprador ⁽¹⁸³⁾. GROENEWEGEN contrapõe que "*Alioquin venditorem etiam ad praecisam rei traditionem compelli*", citando para o efeito, nomeadamente, vários contributos doutrinários e a nossa já conhecida decisão L da compilação de CORNELIS VAN NIEUŠTADT (e que VOET interpretará de modo antagónico). O vendedor apenas poderia proceder à indemnização por equivalente — ou à entrega de coisa equiparada — quando não tivesse a faculdade de proceder à *traditio* da res: "*Caeterum si venditor rei venditae tradendae facultatem non habeat, solvendo interesse, aut oblata re ejusdem qualitatis, ab ulteriori traditione immunis est*" ⁽¹⁸⁴⁾.

Mas o argumento de maior originalidade aduzido por GROENEWEGEN radica em C. 5,1,1 ⁽¹⁸⁵⁾, constituição dos Imperadores Diocletianus e Maximianus, datada de 293 e que determinou não ser proibido à *sponsa* renunciar a tal condição e casar com outra pessoa ("*Alii desponsata renuntiare condicioni ac nubere alii non prohibetur*") ⁽¹⁸⁶⁾. De onde se concluiria que, no direito romano, não se poderia exigir o cumprimento dos esponsais: "*Jure civili sponsalia adimplere nemo cogitur*" ⁽¹⁸⁷⁾. Para o autor, todavia, também essa norma teria sido derrogada: "*hoje é de outro modo*", acrescenta logo de seguida ("*hodie secus*").

O fundamento apresentado residia na dissolubilidade do matrimónio na época da prescrição imperial — faria pouco sentido, portanto, que os esponsais

⁽¹⁸²⁾ *Tractatus de legibus abrogatis*, cit., Pars II, D. 42,1,13,1, p. 306.

⁽¹⁸³⁾ "*Si traditio rei venditae iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit*".

⁽¹⁸⁴⁾ *Tractatus de legibus abrogatis*, cit., Pars III, C. 4,49,4, p. 558. Um dos autores citados por GROENEWEGEN é o português AIRES PINHEL (1512-1562), que em *Ad Constitutiones Cod. de bonis maternis doctissimi amplissimique commentarii*, Apud Ioannem Keerbergium, Antuerpiae, 1618, Pars III, n.º 25, p. 112, endossa a construção de BÁRTOLO: "*venditorem habentem facultatem rei tradendae praecise teneri tradere, nec liberari soluendo interesse. & idem probat Bart.*". Verifica-se que PINHEL, apesar da sua matriz humanista, se afastou de posições antiquaristas extremas (neste sentido, cf. ALMEIDA COSTA/RUI DE FIGUEIREDO MARCOS. *ob. cit.*, pp. 358-359).

⁽¹⁸⁵⁾ Conforme observam HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., p. 88.

⁽¹⁸⁶⁾ Sobre os esponsais (*sponsalia*), convenções através das quais "*duas pessoas de sexo diferente (...) assumem o compromisso de se unirem em matrimónio*", cf., v. g., ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — IV (Direito da Família)*, Studia Iuridica, n.º 93, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 100 e ss.

⁽¹⁸⁷⁾ *Tractatus de legibus abrogatis*, cit., Pars III, C. 5,1,1, p. 573.

não pudessem ser revogados. Mas a situação mudara radicalmente quando GROENEWEGEN escreveu, com a tendencial indissolubilidade matrimonial e o consequente cariz vinculativo dos esponsais, nos termos dos contratos de boa fé (*“Ita & sponsalia moribus nostris firmitatem obtinent instar contractus bonae fidei, cujus naturam hodie per omnia sortiuntur”*); a isso seria inerente a possibilidade da sua execução específica, inclusive com recurso ao encarceramento do devedor condenado (*“Ideoque invita parte à sponsalibus recedere nemini licet, sed contractum sponsalitium adimplere, adeoque et uxorem ducere tenetur invitus, et vel ipso carcere cogitur condemnatus et hoc jure utimur”*)⁽¹⁸⁸⁾.

Desta alegada derrogação do direito romano em matéria esponsalícia, GROENEWEGEN retirava conclusões genéricas a respeito da realização coactiva das obrigações de *facere*: no final da sua exposição sobre D. 42,1,13,1, remete expressamente para *“quae dixi (...) in l. 1 C. de Sponsal.”*⁽¹⁸⁹⁾.

Outro nome que se salientou na defesa da execução específica foi o de ULRICH HUBER (1636-1694)⁽¹⁹⁰⁾.

Depois de formular o problema de saber se o devedor se pode libertar da obrigação (nomeadamente de *facere*) mediante indemnização por equivalente (*“Praestando autem id quod interest, an promissor liberare se possit, es gravis Quaestio. Qui factum promisit (...) an vero praestando id quod interest liberare se possit”*), o Professor da Universidade de Franeker afirma que não há qualquer *“civilis causa”* que justifique a quebra do compromisso assumido pelo devedor (*“Quibus meum calculum addo lubens, imprimis hoc motus argumento, quod hic nula civilis causa sit, cur fidem data frangeam liceat”*)⁽¹⁹¹⁾.

HUBER explica que, na sua opinião, o brocardo *ad factum posse neminem cogi* significa que as acções voluntárias do homem não podem ser impostas externamente: *“ad factum posse neminem cogi, intelligo sane, actiones voluntarias hominum imperari ab externa causa non posse”*⁽¹⁹²⁾. Mas nada proíbe que aquele que não faz o que prometeu seja constrangido pelos meios legais aplicáveis aos devedores contumazes, como a prestação de penhor (*pignoris capio*), a *missio in possessionem*, a multa, o uso da força armada e, por fim, o próprio cárcere: *“Sed contumaces civiliter cogi dicuntur, quando remedia illis Praetoria adhibentur in hunc finem, ut adsensus eorum exprimatur; veluti pig-*

⁽¹⁸⁸⁾ *Tractatus de legibus abrogatis*, cit., Pars III, C. 5,1,1, pp. 573-574.

⁽¹⁸⁹⁾ *Tractatus de legibus abrogatis*, cit., Pars II, ad D. 42,1,13,1 (*in fine*), p. 306.

⁽¹⁹⁰⁾ *Vide* NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 547, e HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., p. 85.

⁽¹⁹¹⁾ *Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Iustiniani Tomi Tres*. Tomus I. Apud Viarchi et Grazzini Editores, Maceratae, 1838. Lib. III, Tit. XVI. n.º 6. p. 312.

⁽¹⁹²⁾ *Praelectionum Juris Civilis*, cit., p. 312.

norum capio, missio in possessionem, mulctae dictio, manus militaris, denique carcer. Nihil vetat quominus is, qui facere non vult, quod facturum se promissit, iis remediis constringitur" ⁽¹⁹³⁾.

Este panorama demonstra bem as várias tendências que iam assomando na Jurisprudência Elegante, desde os quadros do puro humanismo jurídico até às preocupações práticas do *usus modernus*, concatenadas com a atenção dada ao direito pátrio ⁽¹⁹⁴⁾. Longe, todavia, do exagero do remate de ZIMMERMANN ⁽¹⁹⁵⁾ de que GROENEWEGEN pode ser tido como totalmente representativo do direito romano-holandês dos séculos XVII e XVIII, ou de que a ciência jurídica neerlandesa teria concludentemente abandonado a regra da condenação pecuniária ⁽¹⁹⁶⁾.

Acresce que é perfeitamente plausível um influxo do pensamento de MOLINA sobre alguns dos *jurisconsulti elegantiores*, com a derrogação das regras romanas em favor dos meios conducentes à execução *in natura* ⁽¹⁹⁷⁾.

7. O JUSNATURALISMO RACIONALISTA

Como se observou no início do ponto anterior, HUGO GRÓCIO continuou a reconhecer a *condemnatio pecuniaria* como a solução aplicável às obrigações de *facere*. Será CHRISTIAN THOMASIIUS (1655-1728) o responsável, no campo do jusracionalismo, por uma teoria baseada na possibilidade de execução específica de qualquer obrigação, independentemente do seu conteúdo.

Influência directa da investigação desenvolvida foram as conclusões de HUBER, que THOMASIIUS considera evidentes e quer demonstrar de acordo com os princípios do direito natural: "*Atqui haec Huberi sententia videtur initio perspicuè ex ipsa natura promissorum, item actionis ad interesse, secundum principis juris natura brevissimis ita demonstrari posse*" ⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹³⁾ *Praelectionum Juris Civilis*, cit., p. 313.

⁽¹⁹⁴⁾ Assim, ALMEIDA COSTA/RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *História do Direito Português*, cit., p. 393.

⁽¹⁹⁵⁾ *The Law of Obligations*, cit., p. 776, e *Roman-Dutch Jurisprudence*, cit., p. 1700.

⁽¹⁹⁶⁾ Neste exacto sentido, a certa crítica de NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 546, nota 77.

⁽¹⁹⁷⁾ Assim, HALLEBEEK/MERKEL, *Simon van Groenewegen van der Made on the Enforcement of Obligationes Faciendi*, cit., pp. 91-92.

⁽¹⁹⁸⁾ *Dissertatio Inauguralis Juridica, An Promissor Facti Liberetur Praestando Id. Quod Interest?*. Joh. Christ. Hilligeri. Acad. Typ., Hallae Magdeburgicae, 1721. § 5, p. 5. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 547-548 (que pertinentemente menciona as importantes relações científicas estabelecidas entre HUBER e THOMASIIUS).

O ponto de partida da construção é a regra da fidelidade ao acordo de vontades, *pacta sunt servanda*, comum a todos os povos e que tornaria repugnante prestar algo diferente do convencionado: “*Moribus omnium gentium ex ipso dictamine rectae rationis receptae est, pacta & promissa esse servanda (...) Unde alii JCTi semel admissio hoc absurdo, omni aequitati repugnante, ut in arbitrio decipientis sit, utrum fidem data circa factum adimplere, an alteri interesse praestari velit*”⁽¹⁹⁹⁾. Meios para alcançar a realização das prestações de facto ordenada pelo juiz seriam a aplicação ao devedor recalcitrante de multas e, na falta de recursos económicos, do cárcere: “*Quid ergo faciet, inquis, ut cogat factum praestare nolentes, & pertinaciter quidem nolentes?(...) multa pecuniaria capax est, flectere hominum etiam pertinacissimorum renitentiam, ut faciant, quae iudex fieri praecepit. Sed refractarius non habet pecunia aut res pecuniâ aestimabiles: Iro pauperior est: Quomodo hic cogi poterit, ut factum impleat? (...) Carcere coget*”⁽²⁰⁰⁾.

THOMASIIUS complementa o ponto de vista dos princípios do direito natural com uma análise do direito romano, que, na sua opinião, não diverge da sua proposta: “*Jure Romano nihil diversum à nostra doctrina proponi*”⁽²⁰¹⁾.

Por um lado, a diferenciação entre obrigações de *dare* e de *facere* seria insignificante (“*parum differe*”), pois o termo *praestatio* refere-se a ambas: “*Quid enim hic est praestatio dationi & facto opposita? Sane praestatio de utroque promissionis genere dandi & faciendi dici solet, nam & res praestatur, dum traditur, & factum, dum promissum servatur. Imo etiam interesse praestari dicitur*”⁽²⁰²⁾.

Por outro lado, a distinção entre *facta nuda* e *facta qualificata* também careceria de utilidade (“*parum utilis distinctio inter facta nuda & qualificata*”). Sendo certo que, segundo D. 45,1,52,1, a promessa de *traditio* da *vacuum possessio* é um facto *non nudum*, isso não significava que a obrigação de praticar *facti nudis* permitisse uma liberação por meio do pagamento de indemnização por equivalente: “*non nego terminus hujus distinctionis occurrere in jure v. g. in [D. 45,1,52,1] (...) Nego, quod per hanc distinctionem probetur, in facti nudis aliquem liberari praestando interesse*”⁽²⁰³⁾. A inegável dificuldade de realização coactiva de meros factos, que está na base da teoria da condenação pecuniária, não pode ser utilizada em benefício do réu, mas, ao invés, deve ser posta a favor

⁽¹⁹⁹⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § VI, pp. 5-6. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 548.

⁽²⁰⁰⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § IIX, pp. 6-7. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 549.

⁽²⁰¹⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XVIII, pp. 13-14.

⁽²⁰²⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XIX, pp. 14-15.

⁽²⁰³⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XX, pp. 15-16.

do autor: “*Denique concedo, in multis factis nudis difficulter promittentis cogi posse ad facta praestanda, & adeo hoc intuitu concedendam esse actionem ad interesse (...) id nequaquam in favorem reum, sed potius in favorem actorum fieri*”⁽²⁰⁴⁾.

O próprio *ius romanum* acabava por respeitar a *fides* devida ao acordo de vontades, não permitindo que, para cumprir a obrigação, se entregasse ao credor coisa diversa da convencionada (“*Textus iuris Romani generales de fide data servanda & quod aliud pro alio solvi non possit*”), como demonstra D. 12,1,2,1 (“*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*”) ⁽²⁰⁵⁾.

Outro argumento a favor da execução em espécie retirava-se de D. 39,5,28, quando estabelecia que, através da *actio praescripti verbis*, a filha poderia ser obrigada a defender o pai (“... *cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere*”), o que demonstraria que as leis romanas, ainda que ante uma *obligatio faciendi*, ordenavam ao devedor a prestação de factos: “*Sede & ubi non de dando sed faciendo sermo est, leges Romanae jubent, debitores cogendos, esse ad facta praestanda*” ⁽²⁰⁶⁾.

Mas, além dos princípios do direito natural e das disposições romanas (cujo estudo pelo autor analisámos perfunctoriamente, aliás), THOMASIVUS convoca o direito alemão (“*Jus Patrium & Mores Germaniae & praxin forensem*”) em defesa da sua posição, pois os costumes germânicos eram claros: o devedor de obrigação de *facere* não se libertava dela através do ressarcimento dos danos causados (“*Moribus Germaniae evidens est, debitorem facti non liberari prestando interesse*”) ⁽²⁰⁷⁾. Refira-se, a propósito, o § 162 do *Jüngster Reichsabschied*, de 1654, que previa meios de execução das obrigações de abstenção ⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰⁴⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XX, p. 16.

⁽²⁰⁵⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XXI, pp. 16-17. É visível a reminiscência da obra de PILLIO.

⁽²⁰⁶⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., § XXIII, p. 18. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 548.

⁽²⁰⁷⁾ *Ob. cit.*, § XL, p. 36.

⁽²⁰⁸⁾ Cf. JANWILLEM OOSTERHUIS, *Industrialization and Specific Performance in the German Territories during the 19th Century*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), “The Right to Specific Performance — The Historical Development”, Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010, pp. 99-100.

O texto pode ser compulsado em KARL ZEUMER, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 2.^a edição, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1913, p. 456: “*In Fällen und Sachen aber, welche, weilen die Urtheil allein ad omittendum vel non faciendum gerichtet, keiner andern Execution unterworfen, als daß der verlustigte Theil a certo aliquo facto abstinire, soll demselben auf den Fall einiger Contravention ebenmäßig eine gewisse Pön bestimmt und, da er der ergangenen Urtheil zuwider handelte, nicht allein mit der Declaration poenae gegen ihm verfahren, sondern auch ein kurtzer Termin ad*

8. O USUS MODERNUS PANDECTARUM

Os juristas do *usus modernus* seguiram, numa primeira fase, a opinião comum dos doutores. Para autores como GEORG FRANTZKE (1594-1659), WOLFGANG ADAM LAUTERBACH (1618-1678), GEORG ADAM STRUVE (1619-1692) e SAMUEL STRYK (1640-1710) — a lista é, obviamente, exemplificativa —, o cumprimento das obrigações de *facere* não podia ser coercivamente efectuado, restando ao credor uma indemnização por danos ⁽²⁰⁹⁾.

Na sua exposição, FRANTZKE distingue as obrigações de dar (que baseiam uma condenação em coisa certa) das de fazer, cuja execução não pode ser forçada, pois implicam uma condenação em algo incerto: “*Differunt potissimum in eo obligationes dandi & faciendi, quod illae cum certae sint arg. [D. 45,1,75] praecisam in re certa non aestimationem condemnationem contineat: Hae quia incertae, non tàm de facto quàm quod revera interest, conceptae intelliguntur adeoque nec sententia praecise ad faciendum ferri possit*” ⁽²¹⁰⁾.

No mesmo sentido, e seguindo FRANTZKE, pronunciava-se LAUTERBACH (ao mesmo tempo que equiparava o dever de entrega da coisa vendida às *obligationes dandi*): “*Nam in Stipulationem Dandi sive rerum promissor praecisè obligatur ad ipsam rem, quae est in obligatione (...) nec interesse praestando liberatur. Unde etiam venditor, qui rem tradere promisit, praecisè ad id obligatur (...) In Stipulatione verò faciendi promissor praecisè ad factum non obligatur, nec ad id praestandum cogi potest; sed liberator praestando id quod stipulatoris interest, factum non esse*” ⁽²¹¹⁾.

praestandam cautionem de non amplius turbando, impediendo, excedendo, attentando, offendendo angesetzt, zugleich auch die Execution wegen des verwürckten Pön-Falls auf obbeschriebene Weise, vermittels der mandatorum executorialium, an seine Obrigkeit oder die ausschreibende Fürsten würcklich verfüget, und im Fall er sich derselben widersetzen oder auch die ihm solchergestalt auferlegte Caution in angesetztem Termin nicht leisten und also in poenam banni fallen würde. ferner, wie sich vermög der Reichs-Satzung, Kammer-Gerichts — und Executions —, auch dieser Unserer Ordnung gebührt, gegen ihm procediert werden, jedoch soll mehr gedacht Unser und des Reichs Cammer-Gericht sich der Achts-Erklärung weiter nicht, als so weit es demselben vermög der Reichs-Abschiede und Kammer-Gerichts-Ordnung gebühret, unternehmen, sonsten aber de modo et ordine, wie einer oder ander Stand in die Acht zu erklären, in nächster prorogirter Reichs-Versammlung nach Veranlassung des Instrumenti Pacis gehandelt und verordnet werden”.

⁽²⁰⁹⁾ Seguir-se-ão as indicações de NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 549.

⁽²¹⁰⁾ *Exercitationes Juridicae XIV*, editio secunda, Typis Petri Schmidii, Arnstadi. 1667, p. 621 (Exercitatio undecima. Quaestio 1 — sendo respondente desta *exercitatio* CHRISTOPHORO DERSHOVIO).

⁽²¹¹⁾ *Collegii Theorico-Practici*, Pars Tertia, editio secunda, Sumptibus Johannis Georgii Cottae, Tubingae, 1715, Lib. XLV, Tit. I, §39, p. 711.

STRUVE continua a traçar uma distinção vincada entre a realização coactiva das obrigações de *dare* e de *facere*: as últimas não permitiriam ao credor a execução em espécie, mas alcançar apenas um valor pecuniário (“*Obligatur vero quis in stipulationem dandi ad rem promissam, si habet, praestandam, nec liberatur praestandum interesse (...) In stipulatione vero faciendi obligatur quis quidem ad faciendum, sed, si non facere velit, praestando id, quod interest, liberatur*”) ⁽²¹²⁾, visto que o contrário implicaria uma violência diminuidora da liberdade dos cidadãos (“... *ex ratione communi, quod coactio ad factum fieri non possit sine vi, hanc vero cum civis Romani libertatem minuat...*”) ⁽²¹³⁾.

SAMUEL STRYK, não obstante dar nota da opinião diversa (nomeadamente a de GROENEWEGEN), vai estender a quaisquer pactos o regime da *stipulatio* constante de D. 42,1,13,1, uma vez que aqueles não mereceriam maior eficácia do que a última: “... *quod hodie factum promittens praecise ad illud implendum adigi possit, nec liberetur praestando interesse; uti sensit GROENEWEGEN (...) Nam Jure Romano, non tantum qui pacto, sed & qui stipulationem alliove validissimo contractu se obligaverat ad factum, non praecise compellebatur ad ejus implementum, sed liberabatur offerendo interesse* [D. 42,1,13,1] (...) *Non ergo major efficacia hoc passu tribuenda pacto, quam stipulationi?*” ⁽²¹⁴⁾.

É, também, a posição de MELLO FREIRE (1738-1798), escorada em LAUTERBACH: “*In obligationibus faciendi debitor praestando id, quod stipulatoris interest, liberatur. Lauterbach. ad tit. de verbor. obligat. n 39. (Tit. II, § V. h. lib.)*” ⁽²¹⁵⁾.

Como seria de esperar, esta tendência foi fortemente criticada por THOMASIIUS ⁽²¹⁶⁾. E JUSTUS HENNING BÖHMER (1674-1649), no seu *Ius Ecclesiasticum Protestantium*, afastar-se-á decisivamente da solução romana — todas as pres-

⁽²¹²⁾ *Syntagmatis Juris Civilis*, Pars Tertia et Ultima, cum additionibus PETRI MÜLLERI, editio tertia, Typis Johannis Benjam. Andreae, Francofurti & Lipsiae, 1738, § 22, p. 564 (ad D. 45.1).

⁽²¹³⁾ *Syntagmatis Juris Civilis*, cit., p. 565, nota 9 da p. anterior. Cf. HALLEBEEK/MERKEL, cit., pp. 81-82.

⁽²¹⁴⁾ *Specimen Usus Moderni Pandectarum*. Ad Libros V. Priores, Sumtibus Orphanotrophii, Hallae Magdeburgicae, 1730, Lib. II, Tit. XIV, § 10, p. 278.

⁽²¹⁵⁾ PASCHALLIS JOSEPHII MELLI FREIRII. *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, cum publici tum privati, Liber IV. De Obligationibus et Actionibus. Ex Typographia Academico-Regia, Conimbricae, 1828, p. 60 (Tit. V, § 2). Sobre a influência exercida pela corrente do *usus modernus* em MELLO FREIRE. vd. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA. *Melo Freire*, in “Dicionário de História de Portugal”. direcção de JOEL SERRÃO. vol. IV, Livraria Figuerinhas, Porto, pp. 249-251.

⁽²¹⁶⁾ *An Promissor Facti Liberetur Praestando Id, Quod Interest?*, cit., §§ XLI e ss., pp. 37 e ss.

tações, independentemente da sua natureza, estavam sujeitas a execução específica, pois o devedor comprometeu-se a prestar um facto e não a pagar uma indemnização. A axiologia cristã inerente à obra em causa e o influxo jusracionalista não serão alheios a esta concepção de “sanctity” da execução específica ⁽²¹⁷⁾: “*Qui promittit factum, se ad faciendum obligat, non interesse promittit*” ⁽²¹⁸⁾.

No fim da centúria de setecentos, os autores tardios desta corrente já defenderão a execução específica como solução com carácter geral. Destacam-se os nomes de LUDWIG JULIUS FRIEDRICH HÖPFNER (1743-1797) e de CHRISTIAN FRIEDRICH VON GLÜCK (1755-1831) ⁽²¹⁹⁾.

HÖPFNER (um cultor do direito natural, sublinhe-se) é peremptório: não permitir a execução específica das obrigações de *facere* seria contrário à razão e não teria fundamento legal, pois a lei (isto é, o direito romano), permitindo ao devedor o pagamento de montante indemnizatório, não determinava que o credor se tivesse de satisfazer com ele (“*Fast alle ältern, auch einige neuern Juristen behaupten, wer eine factum versprochen habe, könne nicht belangt werden, es zu thun, sondern der Promissarius müsse auf das Interesse klagen. Allein diese Meynung is nicht nur vernunftwidrig (...), sondern wird auch durch kein Gesetz begründet. Diese Gesetze sagen nur, wer ein versprochenes Factum nicht leiste, sey schuldig, das Interesse zu prästiren; sie sagen aber nicht, das der Promissarius schuldig sey, sich das mit zu begnügen*” ⁽²²⁰⁾).

Por seu turno, para GLÜCK, o vínculo jurídico imanente às obrigações de *dare* ou de *facere* não apresenta qualquer diferença; por isso, quer o direito natural, quer o direito positivo, exigiriam o respeito da promessa feita, não tendo o credor de se contentar com uma indemnização por mero equivalente no caso de não cumprimento: “*zwischen der obligatio ad dandum und ad faciendum in Absicht auf das vinculum iuris keinen Unterschied machen. So gewiß es nun aber ist, daß der Promissor sowohl nach natürlichen als positiven Gesetzen verbunden ist, sein Versprechen genau zu erfüllen*” ⁽²²¹⁾.

⁽²¹⁷⁾ Cf. OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., pp. 99 e 125.

⁽²¹⁸⁾ *Ius Ecclesiasticum Protestantium*, Tomus III, editio quarta, Impensis Orphanotropei, Hallae Magdeburgicae, 1747, Lib. IV, Tit. I, § XLVIII (p. 1112).

⁽²¹⁹⁾ Neste sentido, por exemplo, NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., pp. 549-550, RÜTTEN, *ob. cit.*, p. 944, e OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., pp. 100-101.

⁽²²⁰⁾ *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*, 7.^a edição por ADOLPH DIETRICH WEBER, Varrentrapp & Wenner, Frankfurt am Main, 1803, § 743, pp. 818-819.

⁽²²¹⁾ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld; ein Commentar*, vol. IV — 2. Johann Jakob Palm, Erlangen, 1797, pp. 307-308 (a propósito do título *De pactis* — D. 2.14).

9. AS SOLUÇÕES ADOPTADAS NO PERÍODO DAS CODIFICAÇÕES E NA ACTUALIDADE

O valor vinculativo do acordo de vontades, o filão jusracionalista de indesejável influência cristã e o contributo dos direitos próprios tiveram como efeito, destarte, uma lenta aceitação da execução específica de qualquer tipo de obrigação: em artigo datado de 1838, SINTENIS (1804-1868) constatou que, desde GLÜCK, a questão desaparecera (*“Seit Glück, der mit abgenutzen schwachen Waffen kämpft, hat man diese Frage aus dem Gesichte verloren”*)⁽²²²⁾.

O *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, de 1794, codificação de forte pendor iluminista, consagrou uma regra geral de execução específica: *“In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden”* (I. 5 § 270). O devedor de uma obrigação de prestação de facto poderia, inclusivamente, sofrer medidas judiciais coercivas nesse sentido: *“Wer eine Handlung zu leisten schuldig ist, kann dazu durch gerichtliche Zwangsmittel...”* (I. 5 § 276)⁽²²³⁾.

KOCH, o principal comentador do ALR, observaria, a propósito, que o credor tinha o direito à prestação e não meramente à compensação de danos, em homenagem à força vinculativa dos contratos: *“Pacta sunt servanda (...) Das Versprochen kann erzwungen werden, der Berechtigte braucht sich nicht auf sein Interesse verweisen zu lassen”*⁽²²⁴⁾.

O *Code Civil* francês (1804) declara no art. 1184/2: *“La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de 'a convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et interest”*. É um reconhecimento, de carácter geral, da possibilidade de escolha entre a execução e a resolução do contrato⁽²²⁵⁾.

O art. 1142 parece desviar-se dessa regra quanto às obrigações de prestação de facto: o incumprimento das obrigações de *facere* ou de *non facere* apenas daria direito a indemnização por danos: *“Toute obligation de faire ou de ne pas*

⁽²²²⁾ SINTENIS, *Was ist Gegenstand der Klagen aus Obligationibus ad faciendum*, cit., p. 21. Cf. NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtszwangs*, cit., p. 550, e RÜTTEN, *ob. cit.*, p. 947, nota 39.

⁽²²³⁾ OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 105.

⁽²²⁴⁾ C. F. KOCH, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten unter Weglassung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen*, I.1. 5.^a edição, Verlag von J. Guttentag, Berlim, 1870, § 270, p. 254, nota 28. Sobre os meios adjectivos do direito prussiano com vista à execução específica, incluindo a prestação por terceiros, sanções pecuniárias e a detenção do devedor, remete-se para OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., pp. 106-107.

⁽²²⁵⁾ Neste sentido, KONRAD ZWIEGERT/HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3.^a edição, tradução de TONY WEIR, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 475.

faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur" ⁽²²⁶⁾. A influência directa de POTHIER é notória ⁽²²⁷⁾: "*C'est en cette obligation de dommages et intérêts que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose; car Nemo potest praecise cogi ad factum*" ⁽²²⁸⁾.

A disciplina do *Code* não é, todavia, tão apegada ao brocardo formulado por FABRO como uma leitura isolada do art. 1142 poderia inculcar ⁽²²⁹⁾. Efectivamente, e também na senda de POTHIER ("*Si c' qu'il s'était obligé à ne pas faire, et qu'il a fait au préjudice de son obligation, est quelque chose qui puisse se détruire, le créancier peut aussi conclure contre son débiteur à la destruction*") ⁽²³⁰⁾, o art. 1143 determina que o credor pode exigir, a expensas do devedor, a destruição do que foi feito em contravenção a uma obrigação de abstenção: "*Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu*". E o art. 1144 permite ao credor executar ele mesmo aquilo a que o devedor se obrigou, a expensas do último: "*Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur*".

O que significava que só as obrigações de prestação de facto infungível ficavam plenamente na alçada da hipótese do art. 1142: "*Mais si ce qui a été fait ne peut pas se détruire, ou si le fait ne peut être utilement accompli que par la personne même qui s'est obligée et qu'elle refuse, le créancier l'obtiendra par une exécution indirecte ou par équivalent, c'est à dire, des dommages-intérêts. Ce sera alors la véritable application de l'art. 1142, C. civ.*" ⁽²³¹⁾.

Ainda assim, para colmatar as deficiências do sistema legal, a jurisprudência francesa desenvolveu a técnica da *astreinte* (consagrada legislativamente apenas em 1972), através da qual o tribunal condena o devedor recalcitrante a pagar ao credor uma quantia pecuniária por cada dia que passe sem cumprir aquilo a que se obrigou ⁽²³²⁾. O que, obviamente, abrange as prestações de facto infungível.

⁽²²⁶⁾ ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 475.

⁽²²⁷⁾ ASSIM, ZIMMERMANN, *The Civil Law in European Codes*, cit., p. 48, e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 443.

⁽²²⁸⁾ ROBERT JOSEPH POTHIER, *Traité des Obligations*, in "Oeuvres de Pothier", annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome II. Cosse et N. Delamotte /Videcoq Père et Fils, Paris, 1848, p. 75, n.º 157.

⁽²²⁹⁾ ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 475-476.

⁽²³⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 75, n.º 158.

⁽²³¹⁾ Cf., de BUGNET, a nota 2 ao n.º 157 do *Traité des Obligations*, cit., p. 75.

⁽²³²⁾ ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 476 e ss.

A *traditio* da coisa vendida não era, para o “pai” do *Code* (que cita CUIJÁCIO), um mero facto; estava mais próxima do conteúdo da obrigação de *dare* do que do da obrigação de *facere*, pelo que nada impediri’ a sua execução em espécie: “*Nemo potest c’gi ad factum (...) cette maxime d’application que lorsque le fait renferm’ dans l’obligation est un pur fait de la personne du débiteur, merum factum (...) Il n’en est pas de même du fait de la tradition; ce fait non est merum factu’, sed magis ad dation’ m accedit; et le débiteur peut y être contraint par la saisie et l’enlèvement de la chose qu’il s’était obligé de livrer. Notre sentiment est celui de Cujas ...*”⁽²³³⁾. Na vigência do diploma napoleónico, prevaleceria pacificamente o entendimento de que se trata de uma obrigação de *donner* e não de *faire* (segundo a distinção do art. 1101), logo, afastada da previsão normativa do art. 1142⁽²³⁴⁾.

A execução específica impôs-se, pois, no direito francês, esvaziando-se boa parte do sentido que, *prima facie*, teria o art. 1142: “*even in France art. 1142 Code Civil has, for all practical purposes, been rendered nugatory*”⁽²³⁵⁾.

No espaço jurídico germânico, a evolução conducente ao *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) será também no sentido da consagração da execução *in natura*.

Num primeiro momento, alguns elementos da Escola Histórica manifestaram-se contra a execução específica das obrigações de *facere*⁽²³⁶⁾, como AUGUST VON BETHMANN-HOLLWEG (1795-1877), que expunha que, na falta de cumprimento voluntário, o juiz apenas podia, em regra, condenar o devedor ao pagamento de indemnização pecuniária: “*...wird bei obligationes in faciendo der Richter, wie früher, allgemein angewiesen, den Beklagten, der nicht freilich erfüllt, zum Geldinteresse zu condemniren*”⁽²³⁷⁾.

Mas já SAVIGNY (1779-1861) considerava que *omnis condemnatio pecuniaria* era uma peculiaridade do velho processo: “*... der Eigentümlichkeit des alten Prozesses, nach welcher kein Richter anders, als auf Zahlung einer Geldsumme, verurtheilen durfte*”⁽²³⁸⁾.

⁽²³³⁾ POTHIER, *Traité du Contrat de Vente*. in “Oeuvres de Pothier”, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. BUGNET, Tome III, Cosse et N. Delamotte /Videcoq Père et Fils. Paris. 1847. n.º 68, pp. 30-31.

⁽²³⁴⁾ ZWEIGERT/KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 475.

⁽²³⁵⁾ Como conclui ZIMMERMANN, *The Civil Law in European Codes*, cit., p. 48.

⁽²³⁶⁾ Cf. RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., p. 950, nota 50, e OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 101.

⁽²³⁷⁾ *Handbuch des Civilprozesses*. I. 1, Adolph Marcus. Bona, 1834, p. 338 (na nota 4. é citado, designadamente. D. 42.1,13.1).

⁽²³⁸⁾ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 5, Veit und Comp., Berlim, 1841, p. 122. Cf. RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., pp. 950-951.

A pandectística fixar-se-ia numa aceitação da execução em espécie ⁽²³⁹⁾. Citaremos, *colorandi causa*, alguns dos seus mais importantes representantes. Todos eles consideraram que a regra romana da *condemnatio pecuniaria* não era aplicável nos seus dias.

WÄCHTER (1797-1880) expõe que, ao contrário do que se passava no antigo direito romano, a condenação pecuniária já não vigorava, mesmo para as *obligationes faciendi*: “... dann wurde er im ältern Römischen Recht bloß auf dem Werth des factum verurtheilt. Allein dies war bloß Konsequenz eines Grundsatzes, der als Regel bei allen Verurtheilungen galt, auch wenn die Verbindlichkeit auf Sachleistung ging, der aber im justinianischen Rechte und bei uns überhaupt nicht mehr gilt, also auch nicht mehr bei obligationes faciendi” ⁽²⁴⁰⁾.

Semelhantemente, ARNDTS (1803-1878) traça a evolução histórica: se no antigo direito romano a condenação era sempre pecuniária e no direito justinianeu tal já apenas era válido para as obrigações de prestação de facto, no direito actual só haveria lugar a indemnização por mero equivalente se, em sede processual, a execução se revelasse infrutífera (“Nach älterem Recht lautete die Condemnatio des Beklagten immer auf Geldzahlung (...) Nach Justinianischen Recht geht das richterliche Urtheil in allen Fällen zunächst auf der wahren Gegenstand der Schuldverbindlichkeit, und wird dieses auch in Ermangelung freiwilliger Erfüllung, soweit möglich, vollzogen, ausgenommen bei faciendi obligationis (...) [D. 42,1,13,1] (...) Nach heutigem Recht kann auch im letztem Falle Vollziehung (...) wenn sie erfolglos ist, Ersatz in Gelde and die Stelle gesetzt werden”) ⁽²⁴¹⁾.

MOMMSEN (1818-1892) refere-se ao erro disseminado de se considerar que a indemnização por danos constitui o objecto das obrigações de *facere*; na verdade, essa solução radicava no velho sistema da *condemnatio pecuniaria* e não em qualquer característica própria daquela espécie de obrigações: “... verbreiteten Irrthum, daß das Interesse den eigentlichen Gegenstand der auf ein Thun gerichteten Obligation bilde (...) die Stellen (...) in der That keine eigenthümlich Bestimmung für die auf ei Thun gerichteten Obligationen enthalten, sondern nur auf die ganz allgemein geltende condemnatio pecuniaria sich beziehen” ⁽²⁴²⁾.

⁽²³⁹⁾ Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 776; RÜTTEN, *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., pp. 949 e ss.

⁽²⁴⁰⁾ CARL GEORG VON WÄCHTER, *Pandekten*, II, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1881, § 167, p. 278.

⁽²⁴¹⁾ LUDWIG ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 4.^a edição, Cotta'sche Buchhandlung, Munique, 1861, § 219, p. 352.

⁽²⁴²⁾ FRIEDRICH MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), Braunschweig, 1855, pp. 32-33.

Refira-se, por último, WINDSCHEID (1817-1892), que constata o desaparecimento das dificuldades que antes se colocavam aos níveis declarativo e executivo: “*Nel diritto hodierno non può fare difficoltà, nè la questione della condanna, nè quella dell’esecuzione; non la ques’ione della condanna, perche noi non’abbiamo più il principio della condanna pecuniária, non la questione dell’esecuzione, perche il giudice, secondo l’ O. di P. C. § 774.775, può ottenere com pene l’esecuzione della sua sentenza*” ⁽²⁴³⁾.

Foi neste contexto que o § 241,1 BGB consagrou a favor do credor o direito de exigir a prestação: “*Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern*” ⁽²⁴⁴⁾. O que é complementado por disposições processuais de índole executiva (*Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen*).

Assim, a entrega de coisa (§§ 883-886 do *Zivilprozessordnung*) é efectuada através de apreensão por funcionário judicial. A prestação de facto fungível (*Vertretbare Handlungen*: § 887 ZPO) pode ser realizada por terceiro, à custa do devedor, ao passo que a falta de prestação de facto infungível (*Nicht vertretbare Handlungen*: § 888 ZPO) conduzirá a sanções pecuniárias ou de detenção. A execução de obrigações de abstenção e de tolerância (*Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen*: § 890 ZPO) passa pela aplicação, a pedido do credor, de sanções pecuniárias; na impossibilidade de sucesso destas, o devedor pode ser detido ⁽²⁴⁵⁾.

Na conclusão de RÜTTEN, a regra da *condemnatio pecuniaria* “tornou-se história” ⁽²⁴⁶⁾.

Não obstante as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 2, pr.) prescreverem que o vendedor “*será obrigado a entregar a cousa vendida*” ⁽²⁴⁷⁾, o direito por-

⁽²⁴³⁾ BERNHARD WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. II, 1.^a parte, tradução italiana de CARLO FADDA e de PAOLO EMILIO Bensa, Unione Tipografico-Editrice, Turim, 1904, p. 5 (nota 3 do § 250, p. 4). O § 774 do *Civilprozeßordnung* de 1879 previa a aplicação de penas pecuniárias e, até, da custódia, para as situações em que a prestação de facto não podia ser realizada por terceiros, dependendo da exclusiva vontade do devedor — cf. OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 121.

⁽²⁴⁴⁾ ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 472; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 776; OOSTERHUIS, *Industrialization*, cit., p. 121.

⁽²⁴⁵⁾ Cf. a exposição de ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 473-474.

⁽²⁴⁶⁾ *Zur Entstehung der Erfüllungszwang*, cit., p. 959.

⁽²⁴⁷⁾ Explicava CORRÊA TELLES (1780-1849) que o vendedor “*Não se exime desta obrigação, ainda que se offereça a pagar o interesse. O Juiz lhe póde mandar tirar a cousa vendida, e fazel-a entregar ao comprador*”. Cf. JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar e Administrar, e de a Transferir por Derradeira Vontade; Para Servir de Subsidio ao Novo Codigo Civil*, tomo III, imprensa da Universidade, Coimbra, 1836, n.º 259, p. 45.

tuguês das vésperas do primeiro Código Civil era profundamente marcado pelo brocardo *nemo potest praecise cogi ad factum*. Vimos que MELLO FREIRE se manteve fiel à regra da condenação pecuniária para as obrigações de prestação de facto. Ora, já em pleno século XIX, o Código Comercial de 1833 ainda consagraria, no art. 929.º, que “*Toda a obrigação de fazer, ou de não fazer, em caso de inexecução da parte do devedor resolve-se em regra em indemnização de perdas e danos*”.

COELHO DA ROCHA (1793-1850) enunciará esse princípio geral, invocando o Código Comercial. Contudo, apoiando-se no *Code Civil*, acrescenta: “*excepto se o crédor antes quizer, que ella seja feita por outro á custa do devedor, quando isso possa ter logar. Cod. Civ. Fr. art. 1144 (...) Se consiste em não fazer, e o devedor tiver feito alguma cousa em contravenção, o crédor tem direito a pedir que se desfaça, e além disso ás perdas e interesses. Id art. 1143*” ⁽²⁴⁸⁾.

A remissão para a disciplina do Código Napoleão mostra o quão desfasado estava o direito português dos entendimentos já dominantes na Europa. Não será de estranhar que o Código Civil de 1867 revele o seu influxo.

O art. 710.º determinava que “*O contrato resolve-se, ou na prestação de factos, ou na prestação de cousas*”. A respeito do não cumprimento das obrigações de prestação de factos, o art. 711.º consagrava a regra da indemnização por perdas e danos: “*O que se obrigou a prestar algum facto, e deixou de o prestar, o não o prestou conforme o estipulado, responde pela indemnização de perdas e danos (...)*”.

Mas os dois artigos seguintes previam a possibilidade de execução específica das obrigações de prestação de facto fungível (712.º) ⁽²⁴⁹⁾ e de prestação de facto negativo (713.º) ⁽²⁵⁰⁾. Na verdade, estes preceitos consagravam “*formas de execução específica muito próximas das actualmente constantes dos artigos 828.º e 829.º do Código Civil vigente*” ⁽²⁵¹⁾.

O actual Código Civil (de 1966) não deixa margem para dúvidas quanto ao direito de exigir o cumprimento (art. 817.º): “*Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cum-*

⁽²⁴⁸⁾ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1852, § 121, p. 83.

⁽²⁴⁹⁾ “*O credor de prestação de facto pôde requerer, em logar de perdas e danos, que seja auctorizado a fazer prestar o dicto facto, á custa d'aquelle que está obrigado a elle, sendo isso possivel, salvo se outra cousa tiver sido estipulada*”.

⁽²⁵⁰⁾ “*O que se houver obrigado a não praticar algum facto incorre na responsabilidade de pernas e danos. desde o momento da contravenção, e pôde o credor exigir que a obra feita, se obra feita houver, seja demolida á custa do que se obrigou a não fazer*”.

⁽²⁵¹⁾ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *O Direito ao Cumprimento de Prestação de Facto*, cit., p. 449.

primento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo". Para além das formas de execução específica tradicionais no nosso direito, consagradas nos arts. 827.º (entrega de coisa determinada), 828.º (prestação de facto fungível) e 829.º (prestação de facto negativo), a realização coactiva das prestações de facto infungível passou a ser auxiliada pela figura da sanção pecuniária compulsória (art. 829.º-A⁽²⁵²⁾), baseada na *astreinte* francesa, colmatando-se, assim, uma lacuna da nossa ordem jurídica e oferecendo-se ao credor uma alternativa à execução por equivalente⁽²⁵³⁾.

No plano internacional⁽²⁵⁴⁾, o direito à execução da prestação em espécie é reconhecido como regra geral pela *Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias* (1980)⁽²⁵⁵⁾, pelos *Principles of European Contract Law*⁽²⁵⁶⁾ e pelos *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2010)⁽²⁵⁷⁾.

Em jeito de conclusão, a prestação *in natura* e a sua execução específica são "*the contemporary civilian approach*", para usar a expressão de ZIMMERMANN⁽²⁵⁸⁾. A elas tem o credor direito enquanto a prestação for possível e, como bem alerta PEDRO DE ALBUQUERQUE, nenhum fundamento há para o tentar contornar⁽²⁵⁹⁾. A evolução histórica que nos trouxe até onde estamos confirma-o totalmente.

et intérêts

⁽²⁵²⁾ N.º 1: "*Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso*".

⁽²⁵³⁾ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 484-485.

⁽²⁵⁴⁾ Cf. DANIEL HAAS, *Searching for a Basis of Specific Performance in the Dutch Civil Code*, in JAN HALLEBEEK/HARRY DONDORP (eds.), "The Right to Specific Performance — The Historical Development", Intersentia, Antuérpia/Oxford/Portland, 2010. p. 171.

⁽²⁵⁵⁾ Art. 46/1: "*The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement*". Esta convenção não vincula Portugal, que dela não é parte.

⁽²⁵⁶⁾ Article 9:102: Non-monetary Obligations (1): "*The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance*".

⁽²⁵⁷⁾ Art. 7.2.2: "*Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance...*".

⁽²⁵⁸⁾ *The Civil Law in European Codes*, cit., p. 48.

⁽²⁵⁹⁾ *O Direito ao Cumprimento de Prestação de Facto*, cit., pp. 434-437.

