

DO FOENUS NAUTICUM NO DIREITO ROMANO: O DEALBAR E A RECOMPREENSÃO DO CONTRATO DE SEGURO

FRANCISCO RODRIGUES ROCHA (*)

I. Antes de abordar o contrato de *foenus nauticum*, no Direito Romano, importa fazer um breve excursus pelo contrato real de *mutuum*, uma vez que não raro se tentou apresentar aquele como um subtipo (oneroso) deste, e uma vez que, no Direito Romano, é este o “tipo jurídico base” ou paradigmático para a construção do contrato que antecede o seguro marítimo (medieval), o *foenus nauticum*.

A origem do *mutuum* discute-se: uma tese, criada por JHERING, seguida por PERNICE E PEROZZI, advogava ser o *mutuum* mera *datio rerum fungibilium*, surgindo a sua restituição apenas com base no enriquecimento sem causa do *accipiens*; outra tese, sufragada maioritariamente hoje e que também perfilhamos, advoga que, na origem, antes de existir como figura negocial autónoma, o *mutuum* consistia em mera *datio rerum fungibilium* cuja restituição assentava numa *stipulatio* para tal celebrada ⁽¹⁾.

O *mutuum* ou *mutui datio* é um genuíno contrato do *ius civile* — um negócio ⁽²⁾ *stricti iuris*, *melius* uma posição jurídica tutelada por uma *actio iuris stricti*

(*) Assistente-convidado da Faculdade de Direito de Lisboa. Texto com base na comunicação proferida no XV Congresso Internacional e XVIII Ibero-americano de Direito Romano (“Direito e Poder”), dia 16 de Fevereiro de 2013, na Faculdade de Direito de Lisboa.

⁽¹⁾ Assim, ARMANDO TORRENT, *Derecho Privado Romano*, pp. 413-416.

⁽²⁾ Escrevemos negócio por facilidade de expressão e de compreensão, cientes da impropriedade que é falar numa categoria abstracta da dogmática jurídica moderna, não romana, de construção tardia pelo jusracionalismo e, sobretudo, pela Escola Histórica do Direito. Cf., sobre o tema, JORGE SILVA SANTOS, “Sobre o uso de “*contractus*” no discurso jurídico romano”, *Anuário de Estudos de Direito Romano I* (2012), pp. 23-97 = ID., *Reflexões e conjunturas em tema de contractus no Direito romano clássico*, relatório de mestrado, FDL, Lisboa, 2005, *passim*, ID., *Delimitação do negócio jurídico e historicidade do direito: análise, crítica e superação do conceito*, tese de mestrado, FDL, 2008, *passim*. Não obstante, continua a ser acriticamente utilizada a figura do negócio jurídico para explicar o Direito das obrigações e o Direito processual civil romano: cf., e.g., entre nós, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I — Parte Geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*³, Coimbra Ed., Coimbra, 2006, pp. 247 e ss.

—,o que o demarca doutras *obligationes re contractae* advindas do *ius gentium*, as quais tiveram, primeiro, tutela meramente pretória e gradualmente adquirirem o carácter de negócios de boa fé (negócios *bonae fidei* ou posições jurídicas tuteladas por *actiones* ou *iudicia bonae fidei*), tutelados por *iudicia bonae fidei* ⁽³⁾. É este o contrato através do qual uma pessoa recebe a propriedade de *certa pecunia* ou outras *res fungibiles*, obrigando-se a restituir igual quantidade do mesmo género e qualidade (*tantundem*), composto por dois elementos: a *datio rei, rectius pecuniae*, com transmissão da propriedade das coisas mutuadas (dinheiro ou outras coisas fungíveis, p.e. cereais, trigo); e a *conuentio* ⁽⁴⁾. Apenas presentes estes dois elementos o negócio se perfaria.

Sói apontar-se o *mutuum* romano como contrato unilateral, i.e., gerador duma obrigação principal de prestar apenas do lado do mutuário ⁽⁵⁾: não obstante, cremos ser “perigosa” a classificação do *mutuum* nestes termos, uma vez que, não obstante ser explicativo e corolário da gratuidade do contrato ⁽⁶⁾, transpõe para o Direito romano classificações abstractas modernas, numa metodologia pouco merecedora de encómios.

A tutela da posição do mutuante terá começado em idade pós-decenviral, através da *actio sacramento in personam*, e ainda através da *actio per iudicis arbitriue postulationem* — mais expedita por exonerar as partes do *sacramentum* — quando tivesse sido concluso por via duma *sponsio*. Todavia, nos fins do séc. III a.C. a *lex Silia* instituiu uma forma específica de tutela do mutuante pela *actio per conductionem* quanto aos créditos de *certa pecunia*. Posteriormente, já no processo formulário ou do *agere per formulas*, instituído definitivamente pela *lex Aebutia* de 130 a.C. ⁽⁷⁾, os meios de tutela judicial do *mutuum* eram dois, não havendo para ele uma *actio* específica: se a coisa mutuada fosse *pecunia*,

⁽³⁾ ALICE CHERCHI, *Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano*, dissertação de doutoramento em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos, Università di Sassari, 2009, p. 23.

⁽⁴⁾ Cf., p.e., entre nós, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*⁴, pp. 34 e ss.

⁽⁵⁾ Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, p.34. BETTI, *Istituzioni di Diritto romano*, p.97-100. ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰, Ed. Jovene, Nápoles, 1994, §82. TORRENT, *Derecho Privado Romano*, pp. 411-413. BURDESE, *Manuale di Diritto privato romano*³, UTET, Turim, 1982, pp. 421-422, VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, AAFDL, Lisboa, 1997, pp. 270-271.

⁽⁶⁾ Mais que não vale para o mútuo oneroso, se adoptado um conceito alargado de sinalagma: cf., neste sentido. MARIA DE LURDES PEREIRA/FERREIRA MÚRIAS, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, *Estudos em honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 379-430.

⁽⁷⁾ Sobre o processo civil romano, muito sumária e indicativamente, vd., entre nós, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I — Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*³, Coimbra Ed., Coimbra, 2006, pp. 233 e ss., *maxime*, para o *agere per formulas*, pp. 307 e ss.

a situação jurídica do credor era tutelada com a *actio certae creditae pecuniae* (*actio* nascida duma *stipulatio certi*); se se tratasse doutras coisas fungíveis, recorrer-se-ia à *condictio triticaria* ou *condicio certae rei*, e, uma vez que a *condemnatio* tinha conteúdo pecuniário, o valor destes últimos seria fixado pelo juiz em dinheiro ⁽⁸⁾.

O *mutuum* era um contrato gratuito, o que se deve ao facto de, na origem, ser praticado entre amigos e pessoas de confiança ⁽⁹⁾: o mutuário não podia restituir mais do recebeu, o capital (*sors*) ⁽¹⁰⁾, embora eventualmente pudesse restituir menos ⁽¹¹⁾. Não gerava, portanto, juros (*usurae*). Aliás, a eventual obrigação de o mutuário pagar juros pela disponibilização do capital, a dar-se, adviria não do contrato de *mutuum*, mas do contrato *formaluerbis* ou verbal de *stipulatio*, a *stipulatio usurarum*, e, provavelmente, a partir da época pós-clássica, por contratos *litteris*, como as *sygraphae* e os *chirographa* ⁽¹²⁾: revelou-se, assim, a *stipulatio* um instrumento jurídico assaz dúctil e adaptável a novas realidades contratuais, sobretudo neste tocante perante a rigidez da gratuitidade do mútuo, o que já levou a falar-se em mútuo de *stipulatio* (*Stipulationsdarlehen*) ⁽¹³⁾; de resto, a sua elevada aplicação prática e a sua utilização para variados fins advém-lhe ainda da natureza abstracta, o que permitia juros supe-

⁽⁸⁾ ALICE CHERCHI, *Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano*, dissertação de doutoramento em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos, Università di Sassari, 2009, pp. 21-22, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*⁴, pp. 34 e ss., ARMANDO TORRENT, *Derecho Privado Romano*, pp. 413-416, FERNANDO BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, pp. 607-608.

⁽⁹⁾ ARMANDO TORRENT, *Derecho Privado Romano*, pp. 413-416.

⁽¹⁰⁾ D.2,14,17,pr., e 12,1,11,1: “(Paulus libro tertio ad edictum) pr. Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit”, e, respectivamente, “(Ulpianus libro 26 ad edictum) Si tibi dederó decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. Sed si dederó, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse”.

⁽¹¹⁾ D.12,1,11,1.

⁽¹²⁾ ALICE CHERCHI, *op. cit.*, pp. 29-30, ARMANDO TORRENT, *Derecho Privado Romano*, pp. 413-416.

⁽¹³⁾ *Vd., e.g.*, PAUL HUVELIN, *Cours élémentaire de Droit romain, t.II*, Recueil Sirey, Paris, 1929, pp. 176-177. JUAN IGLESIAS, *Instituciones de Derecho romano, vol.II*, Barcelona, 1951, pp. 37-38, ARMANDO TORRENT, *Derecho Privado Romano*, pp. 413-416, ALICE CHERCHI, *op. cit.*, p.26, que escreve que “[a]ttraverso l'utilizzo di questa struttura complessa, la *stipulatio* si rivelò un negozio particolarmente adatto a porre in essere prestito di danaro”. A expressão é de MAX KASER, “*Mutuum und stipulatio*”, *Ausgewählte Schriften II*, Nápoles, 1976, pp. 273 e ss.=Id., “*Mutuum und stipulatio*”, *Eranion für G. S. Maridakis I*, 1963, pp. 155 e ss. Esta circunstância tem levado também os Autores (cf., p.e., FERNANDO BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, pp. 607-608, de entre tantos) a considerar que no *mutuum* com *usurae* estipuladas estamos perante um contrato simultaneamente *re et uerbis*, sem que haja novação.

riores aos fixados na lei, sem referência a um contrato de *mutuum*, pois a constituição da obrigação *ex stipulatione* era devida exclusivamente à pronúncia de *uerba*, donde a *stipulatio* seria abstracta se a fórmula verbal não fizesse menção à causa da promessa ⁽¹⁴⁾. Isto implicava uma dualidade na tutela judicial da restituição do capital e dos juros: a primeira é tutelada pela *actio* correspondente ao *mutuum* (e ao tipo de *res mutuadas*), a segunda pela *actio* da relação obrigacional que gera os próprios juros, normalmente a *stipulatio*. Gradualmente, por prática dos comerciantes *peregrini* mediterrânicos, também a *stipulatio* foi sendo substituída por documentos que consubstanciavam contratos literais (*syngraphae* e *chirographa*), também eles abstractos, e que eram utilizados para iludir os máximos de juros, confundindo as quantias devidas a título de capital e a título de juros ⁽¹⁵⁾.

Com efeito, o empréstimo a juros era conhecido dos Romanos e praticado: a *Lex Duodecim Tabularum* fixou o limite máximo de 8,33% de juros mensais, e 100% depois de 1 ano ⁽¹⁶⁾. Posteriormente, várias *leges* dispuseram sobre os juros, algumas proibiram-nos mesmo, concedendo a *manus iniectio* contra os usurários ⁽¹⁷⁾. Nos finais da República, o limite máximo foi fixado em 12% ao ano, e Justiniano reduziu-o para 6%, ainda que admitisse excepções. Também o anatocismo ou os juros de juros foram proibidos na época republicana, proibindo que os juros vencessem juros, como medida cuja *ratio* foi a protecção do devedor: a proibição manteve-se até Justiniano, tendo aumentado mesmo o seu rigor com a proibição de capitalização dos juros já vencidos, por influxo da

⁽¹⁴⁾ ALICE CHERCHI, *op. cit.*, p.27. Sobre a *stipulatio*, sumariamente, vd. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*², pp. 84-90. Não obstante, na *stipulatio*, gradualmente, provavelmente no séc. I a.C., se ter vindo a atribuir relevância à relação jurídica subjacente, nomeadamente ao acordo entre as partes (*conuentio*), admitindo, em consequência, o pretor que o *promissor*, trazido a juízo para o cumprimento duma *obligatio stipulatione contracta* baseada numa *iniusta causa*, pudesse opor a *exceptio doli*. A *stipulatio* também gerava problemas de prova, e foi sendo, por influxo dos *peregrini*, sc. do Mediterrâneo oriental, documentada em *syngraphae* e *chirographa*.

⁽¹⁵⁾ As fontes atestam exemplos de contratos literais com juros altíssimos, sobretudo em contratos com *prouinciales*. Cf. ALICE CHERCHI, *op. cit.*, p. 30. MITTEIS/WILCKERN, *Grundzüge und Crestomathie der Papyrskunde*, Berlim, 1912, pp. 73 e ss., e RUPPRECHT, *Untersuchungen zum Darlehen im Recht der graeco-ägyptischen Papyri der Ptolomäerzeit*, Munique, 1967, pp. 32 e ss., BIANCHINI, "Cicerone e le singrafi", BIDR LXXIII (1970), pp. 229 e ss.

⁽¹⁶⁾ Juros na velha República eram ao mês: cf. T. J. LUCE JUNIOR, "A note on Livy 9. 9, 2: 'Intercalatae poenae usuram'", *Hermes* 95 (1967), 3, pp. 383-384, para uma interessante leitura de Lívio, *Ab urbe condita* 9, 9, 2, interpretando "hanc iam ut intercalatae poenae usuram habeant" como referente precisamente àqueles anos em que no calendário romano intercalava mais um mês (com a inevitabilidade de o devedor ter de pagar mais esse mês em juros).

⁽¹⁷⁾ Foi o caso da *lex Marcia* de 104 a.C.: Gaio 4.23.

moral cristã ⁽¹⁸⁾. Desde o período que medeia entre o séc.I e o séc.II d.C., e culminando em definitivo no séc. III, a legislação imperial consagrou o princípio de que o total dos juros acumulados não pode exceder o capital: Justiniano foi mais além e fez com que no cálculo para efeitos da proibição do dobro do capital devam ser tidos em conta também os juros já pagos ⁽¹⁹⁾.

Os juros não acordados (à margem do *mutuum* e *ex stipulatione*, necessariamente) não são válidos: assim, se já foram pagos, serão descontados no capital, se o não foram, tão-pouco serão exigíveis, pois *ex nudo pacto actio non nascitur* ⁽²⁰⁾. Esta regra decorre da gratuitidade do *mutuum*.

À gratuitidade do *mutuum*, de que decorre que, na ausência dum contrato verbal (*stipulatio*), criado à sua margem, não são vencidos juros, costuma a doutrina enunciar exceções, a saber: o mútuo de mercadorias, o mútuo concedido por *ciuitates*, o mútuo concedido por banqueiros (*argentarii*), e o *foenus nauticum* ⁽²¹⁾. De resto, também o *mutuum* celebrado pelo *filius familias* apresentava particularidades ⁽²²⁾.

II. O Direito Romano, contrariamente ao que sói ser escrito, conheceu um tipo contratual, por importação helénica, dada em meados da época republicana, possivelmente em momento anterior à II Guerra Púnica (218 a 201 a.C.) ⁽²³⁾, cuja função

⁽¹⁸⁾ Por todos, ALICE CHERCHI, *op. cit.*, pp. 17 e ss.; e ainda PAUL HUVELIN, *Cours élémentaire de Droit romain*, t. II, pp. 176-177, escrevendo ter-se proibido o anatocismo, “c’est-à-dire la capitalisation des intérêts et des intérêts des intérêts”; entre nós, VERA-CRUZ PINTO, *Direito das Obrigações em Roma*, pp. 276-277, e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II*⁴, pp. 35-37.C.4,32,28, e 7,54,3.

⁽¹⁹⁾ N. 121 (*ut quae per partes fiunt usurarium solutiones in duplum computentur*); e N. 138: “(de usuris super duplum non computandis) Manifestissima est nostri numinis constitutio, quae usque ad dupli quantitatem exactionem debiti concludit Si igitur creditores tui quidam in duplum acceperunt, alii adhuc minus consecuti sunt, hi quidem qui in duplum ex usurarum quantitate per diversa tempora consecuti sunt, nullam aduersus te inquietudinem proponere concedantur, alii autem, si simili modo repleti fuerint, eo modo silere compellantur; et si debita sua consecuti fuerint, feneratorias cautiones recuperari, uel si remanserint, suis uiribus uacare, si preces uerae sunt, praesentis oraculi sanctione decernimos”.

⁽²⁰⁾ P.S. 2,14,1, no capítulo sobre a usura ou juro (*de usuris*): “Pactum nudum dicitur, si cautio creditori a debitore, in qua centesimam se soluturum promisit, sine stipulatione fiat. Et ideo usurae ex nuda cautione creditori penitus non debentur”. Cf., além de SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*⁴, pp. 34 e ss., a dissertação de ALICE CHERCHI, *op. cit.*, pp. 17 e ss.

⁽²¹⁾ Apontamos, aqui, o *foenus nauticum* como exceção à gratuitidade do *mutuum* por meras razões expositivas e não porque o qualifiquemos como um subtipo de *mutuum*.

⁽²²⁾ Sobre o tema, *vd.* FRANCESCO LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro erogato al «filius familias»*, Jovene Ed., 1993, pp. 1 e ss.

⁽²³⁾ Lívio, *Ab urbe condita* XXIII, 48, 10 e ss. Isto, não obstante a mais antiga menção directa ao *foenus nauticum* em Roma seja de Sêrvio Sulpício Rufo, contemporâneo de Cícero:

cremos, todavia, seguindo DE MARTINO, que a figura não data dos finais da República, mas antes, da altura da II Guerra Púnica, época em que o crescimento naval marítimo e bélico romano culmina num estatuto hegemónico da potência itálica no Mediterrâneo (ocidental; a supremacia sobre o Mediterrâneo oriental consolidou-se com a II Guerra Macedónica contra Filipe V, de 200 a 196 a.C.). Em sentido divergente, fazendo o *foenus nauticum* remontar à Babilónia, e não ao Direito Romano ou Grego, vd. JHERING, *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, Duncker & Humblot, Lipsia, 1894, pp. 242 e ss. numa (hoje controversa, na altura em voga) comparação entre Arianos e Babilónios (os primeiros menos, os segundos mais civilizados, apontava), em que a propósito da criação do empréstimo marítimo (*Seedarlehen*) escreve: “Die zur Zeit noch herrschende Ansicht, welche alles auf das Seewesen im Altertum bezügliche auf die Phönizier zurückführt, schreibt auch ihnen die Ehre der Erfindung des Seedarlehen zu, von ihnen soll es, was nicht Gegenstand des Zweifels sein kann, auf die Griechen und Römer (*foenus nauticum, pecunia traiectica*) übergegangen sein. Aber auch in diesem Punkt läßt die herrschende Ansicht sich nicht aufrecht erhalten — der Ruhm gebührt den Babylonien” (sobre este escrito de JHERING, vd. MUNROE SMITH, “Four German Jurists.III”, *Political Science Quarterly* 12 (1897), 1, pp. 21-62). Em sentido divergente, apontando o séc.VII como época da recepção do instituto em Roma, PAUL HUVELIN, *Cours élémentaire de Droit romain*, t. II, pp. 176-177. No sentido do texto, vd. DE MARTINO, “*Foenus nauticum* (diritto romano)”, NssDI VII. p.422, que, socorrendo-se de Tito Lívio, *Ab urbe condita* XXIII, 48, 10 e ss., aponta o período anterior contíguo à II Guerra Púnica como a altura da recepção da figura contratual marítima, pois nesse texto fala-se de contratos entre empreiteiros e o Estado para transporte e fornecimento de bens, nos quais o risco era assumido pelo Estado; GIOVANNI PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, com a colaboração de Francesco Sitzia e Letizia Vacca, Piccin, Pádua, 1986, pp. 587-588, especificando que, provavelmente, os Romanos receberam o empréstimo marítimo à época da II Guerra Púnica, pois o instituto era já seguramente conhecido na época de Sêrvio Sulpício Rufo, segundo Ulpiano (D.22.2,8) e foi introduzido no âmbito do edito do *praetor peregrinus*, uma vez que era praticado sobretudo entre os Romanos e as populações dedicadas ao tráfego marítimo, MAX KASER, *Direito Privado Romano*, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, rev. Maria Armada de Saint-Maurice, do original *Römisches Privatrecht*, FCG, Lisboa, 1999, §34 IV, 2, p.207, e §39 I, 3, p.232, MIGUEL ANZI RIZZI, *Tratado de Derecho Privado Romano*, Ed. Argentina Aristides Quillet, Buenos Aires, 1936, p.432, ALBERTO BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, UTET, Turim, 1964, pp. 499-500, BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge University Press, 1928 (reimpr.1925), p.273, Id., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, rev. Peter Stein, Cambridge University Press, 1963, pp. 466-467, MARIO ODERIGO, *Sinopsis de Derecho Romano*, Roque Depalma Ed., Buenos Aires, 1957, pp. 281-282, PAUL OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *Derecho Romano y Francés Histórico, t.I — Derecho de Obligaciones*, trad. Manuel Fairén, Bosch, Barcelona, 1960, p.409, SALVATORE DI MARZO, *Istituzioni di Diritto Romano*⁵, Giuffrè Ed., Milão, 1946, p.356, REINOSO, “El «foedus nauticum» di Calimaco”, *Studi in onore di Biscardi V*, pp. 287 e ss., VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², Nicola Jovene & C. Ed., Nápoles, 1927, pp. 280-281, dizendo ser a figura difusíssima no Mundo helénico e no comércio mediterrânico, JUAN IGLESIAS, *Instituciones de Derecho Romano*, vol. II, Barcelona, 1951, p.38, Id., *Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado*⁹, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, pp. 423-424, NELLY NORA LOUZAN DE SOLIMANO, *Curso de Historia e instituciones del Derecho Romano*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1979, p.282, EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Jesús Daza Martínez do original *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 487-488, FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. José Santa Cruz Teigeiro do original *Classical Roman Law* (Oxford University Press, Oxford, 1951), Bosch, Barcelona, 1960, p.488, ARMANDO

TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Saragoça, 1995, p.416, FERNANDO BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilha, 1995, p.608, especificando ser originário o instituto do comércio mediterrânico, BISCARDI, “La struttura classica del *foenus nauticum*”, *Studi Albertoni*, vol.II, pp. 345 e ss., DE MARTINO, “Sul *foenus nauticum*”, *Rivista del Diritto della Navigazione* (1935), 1, pp. 217 e ss., ID., “Ancora sul *foenus nauticum*”, *Rivista del Diritto della Navigazione* 2 (1936), pp. 433 e ss., ID., “Sull’*actio pecuniae traiecticiae*”, *Rivista del Diritto della Navigazione* 15 (1949), pp. 19 e ss., ID., “*Foenus nauticum*”, *NssD VII*, 1961, pp. 421-425, KILLING-MÜLLER, *PW* 12, pp. 2199 e ss., ID., *ZSS* 29 (1908), pp. 95 e ss., PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, 1916, pp. 143 e ss., VISKY, *RIDA* 16 (1969), pp. 389 e ss., BISCARDI, “*Actio pecuniae traiecticiae*”. *Contributo alla dottrina delle clausole penali*², Turim, 1974, KUPISZEWSKI, “Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali”, *Index* 3 (1972), pp. 368 e ss., PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, AUPA XXXIX (1989), pp. 189 e ss.= *Studi Romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Messina, 1996, pp. 93 e ss., CASTRESANA HERRERO, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, Salamanca, 1982, pp. 91 e ss., LITEWSKI, “*Römisches Seedarlehen*”, *Jura* 24 (1973), pp. 112 e ss., ID., *St. Sanfilippo* 4, p.383, VON LÜBTOW, “*Catos Seedarlehen*”, *Fest. Seidl*, 1975, pp. 103 e ss., ID., “*Das Seedarlehen des Calimachus*”, *Fest. Kaser*, 1976, pp. 329 e ss., BISCARDI, “*Pecunia traiecticia e stipulatio poenae*”, *Labeo* 24 (1978), pp. 276 e ss., RÖHLE, *SDHI* 45 (1970), pp. 549 e ss., ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano II — Obligaciones. Familia. Sucesiones*¹⁸, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995, pp. 626-627, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*⁴, Coimbra Ed./Wolters Kluwer, Coimbra, 2011, pp. 37-38, e GIRGADO PERANDONES, *El principio indemnizatorio en el seguro de daños — una aproximación a su significado*, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 11-18, GIUFFRÈ, *La datio mutui — prospettive romane e moderne*, Nápoles, 1989, pp. 97 e ss., ID., “Il prestito ad ‘interessi marittimi’ nel tardo Impero”, *AAC XII*, Perùgia, 1998, pp. 353 e ss., ANTONIO LA TORRE, *L’assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, Milão, 2000, pp. 78 e ss., TAFARO, “Navi e naviganti nell’antico Mediterraneo”, *Diritto@Storia* V (2006), www.dirittoistoria.it, ALICE CHERCHI, *Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano*, dissertação de doutoramento em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos, Università di Sassari, 2009, pp. 30-32.

No Direito ático, o *foenus nauticum* apresentava algumas especialidades ante o homónimo e posterior tipo contratual romano: 1) promessa do devedor de restituir a soma recebida numa determinado prazo a partir da chegada das mercadorias ao destino e num lugar predeterminado; 2) fixação negocial dos juros; 3) aceitação do risco pelo mutuante; 4) garantia constituída pelas mercadorias transportadas ou pelo próprio navio; 5) redigia-se um *syngrapha* que outorgava ao mutuante a faculdade de entrar na posse de todas as coisas sobre as quais gravava a garantia (EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Jesús Daza Martínez do original *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 487-488). Tb. VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², Nicola Jovene & C. Ed., Nápoles, 1927, pp. 280-281, escreve que o risco do credor tem como correspectivo, dum lado, a obrigação de juros, do outro, um especial direito de penhor sobre as mercadorias adquiridas com o dinheiro antecipado, *melius*, para ARANGIO-RUIZ, na esteira de PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, Lipsia, 1916, um mais aturado estudo sobre os casos singulares descritos pelos oradores áticos, *in specie* Demóstenes, demonstram que a propriedade as mercadorias se torna do mutuante, no caso de o armador não a tenha resgatado restituindo o capital e os juros. DE MARTINO, “*Foenus nauticum* (diritto romano)”. *NssDI VII*, p.422, e, na sua esteira, GIANFRANCO PURPURA, “*Tabulae Pompeiane* 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo”, *Atti della Accademia di Scienze, Lettere e*

económico-social era coincidentecom a do seguro marítimo de mercadorias ⁽²⁴⁾, a

Arti di Palermo V, II, 1981-1982, pp. 449-474 = *Atti del XVII Congresso Internazionale di Papirologia*, Nápoles, 1984, pp. 1245-1266, também disponível em www.archeogate.it/iura, distinguem o *foenus nauticum* romano do grego da seguinte forma: 1) no Direito ático, havia um mútuo com elevado juro (33%=1/3 do capital), que era calculado por viagem (eram um *certum* determinado preventivamente por viagem, com o fito de evitar possíveis especulações e sobretudo para proteger a suportação do risco por parte do credor a um eventual período favorável de navegação), já no Direito romano, segundo opinião dominante (contra, PURPURA, *op. cit.*, *ult.loc.cit.*), os juros seriam computados *ratione temporis*, e não em razão da viagem; 2) no Direito ático, havia necessariamente prévias id neas garantias hipotecárias e pignorat cias, já não no Direito romano, em que eram meramente eventuais, sendo antes frequentes cláusulas penais. Segundo WILLIAM SMITH, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, Londres, 1875, pp. 524-528, em Atenas, Sólon, não obstante as reformas a que procedeu, manteve as taxas de juro ao alvitre do mutuante, apenas tendo sido prescrito por lei um caso, para o divórcio sem devolução do dote, caso em que os fiduciários podiam agir contra o marido, tendo direito a juros de 18% sobre a quantia em d vida. Repara que as taxas de juros mais altas em Atenas (de 33,3%) eram confinadas aos casos de *foenus nauticum* ou *bottomry* — empréstimo com hipoteca do navio. Em Atenas, o *foenus nauticum* era considerado tão importante que a fraude ou incumprimento do contrato eram, por vezes, punidas com a morte (Dem st enes, c. *Phorm.*). Dem st enes dá-nos um exemplo dum contrato de *foenus nauticum* (τ  ναυτικόν, τ κοι ναυτικοί, ou  κδοσις) na Grécia: 2 Atenienses emprestaram a 2 Faselitanos 3000 dracmas sobre a mercadoria de 3000 vasilhames de vinho mendeano, sobre os quais os mutuários não podiam constituir mais garantias para outros débitos. Iam viajar de Atenas para Mende ou Cione, onde o vinho seria embarcado, e depois abalariam para o B sforo, podendo continuar a sua viagem do lado esquerdo do Mar Negro até Bor stenes: deveriam depois regressar a Atenas. A taxa de juros era fixada a 225 dracmas em 1000, ou seja, a 25%, pelo tempo inteiro de ausência. Se todavia não regressassem a Hiero, porto bit nio perto do B sforo trício, antes do dealbar de Arcturo, *i.e.*, antes de 20 de Setembro ou perto desta data, altura em que a navegação começava a ficar perigosa, teriam de pagar uma taxa superior de 30% pelo adicional risco. Não deveria haver qualquer mudança de navio para trazer de volta a mercadoria, e se regressassem sãos e salvos a Atenas, o empréstimo deveria ser restituído dentro de 20 dias, sem quaisquer deduções, excepto por pagamentos a inimigos e por sacrificio de carga para aligeirar o navio com o consenso de todos os tripulantes. Até pagamento integral, os bens adquiridos ficariam sob o controlo dos mutuantes e seriam por estes vendidos, se o pagamento não fosse feito no tempo aprezado; e se a venda dos bens não cobrisse o empréstimo, o mutuante executaria o patrim nio dos dois comerciantes. Outra cláusula no acordo previa o caso de não entrarem no Ponto, caso em que deveriam permanecer no Helesponto até final de Julho por 10 dias depois do nascer da estrela c o, descarregar a sua carga nalgum lugar onde os Atenienses não tivessem direito de represálias, e depois retornar a Atenas. Se o navio naufragasse, a mercadoria deveria, se possível, ser salva.

⁽²⁴⁾ No mesmo sentido, GOBBI, “Le due sorgenti dell’assicurazione”, *Giornale dei Economisti*, II Serie, VIII (1897), vol. 15, p. 325⁽¹⁾, considera que o *foenus nauticum* não   juridicamente um seguro, mas servia economicamente de seguro, PAUL HUVELIN, *Cours  l mentaire de Droit romain*, t. II, pp. 176-177, ALICE CHERCHI, *op. cit.*, p. 31, apontando ao *foenus nauticum* uma dupla finalidade: financeira e de seguro; para BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge University Press, 1928 (reimpr. 1925), p. 273, e ID., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, rev. Peter Stein, Cambridge University Press, 1963, pp. 466-467, o empréstimo para propósito de viagem (*foenus nauticum*, *pecunia traiecticia*) constitui “a combination of

par duma função de financiamento típica do empréstimo ⁽²⁵⁾, e que, portanto, pode ser indicado como a génese (ainda que remota) do contrato de seguro ⁽²⁶⁾: o *foenus* ⁽²⁷⁾

loan and marine insurance”, não sendo o dinheiro reembolsável a não ser que o navio chegasse são e salvo, assim como, ao mesmo tempo que o mutuante tomava para si elevados riscos, a taxa de juro era mais elevado e, mesmo sob o governo de Justiniano, era de 12% (P.2,14.3, C.4,32,26,2). FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. José Santa Cruz Teigeiro do original *Classical Roman Law* (Oxford University Press, Oxford, 1951), Bosch, Barcelona, 1960, p.488, escreve que, no fundo, este empréstimo foi um contrato de seguro, e o juro o prémio; mesmo DE MARTINO, RDN XXV (1960), p. 150, e ID., “*Foenus nauticum* (diritto romano)”, NssDI VII, p. 422, mais céptico quanto à filiação do contrato de seguro no *foenus nauticum*, escreve: “[n]el sistema romano, nel quale non esistono tracce di un contratto di assicurazione, non è ardito affermare che in qualche misura il prestito ad interesse marittimo adempiva anche la funzione assicurativa”. HENRYK KUPISZEWSKI, “Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali”, *Index* 3 (1972) — *Omaggio a Max Kaser*, p. 373, escreve que “[p]ermettendo di trasferire una parte dei rischi della navigazione sul creditore, il *faenus nauticum* aveva la funzione di una assicurazione marittima allo stato embrionale”, ERNESTO VELLVÉ BUENO, *El asegurador frente al tercero responsable*, Madrid, pp. 51 e ss., citando H. MANES, *Teoría general del seguro*. Em sentido contrário, DONATI, *Trattato...*, vol. I, p. 57, considera, quanto ao *foenus nauticum*, que, se é verdade que mais tarde será sobre este contrato que se desenhará o seguro, *per se* não é senão um mútuo aleatório, e do mútuo tem a forma e a função, pois que, se bem que indirectamente actuasse uma deslocação do risco, em linha geral tinha o escopo de fazer lucrar o mutuante com elevados juros e de colocar à disposição do mutuário uma soma para seguir uma empresa comercial, ou seja, desconsidera a função previdencial ante a função de crédito.

⁽²⁵⁾ Assim, EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Jesús Daza Martínez do original *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 487-488, escrevendo que o seu fim prático era financiar capitais a capitães de navios ou a comerciantes para que, cobrindo o risco de navegação, realizem operações comerciais em territórios sitos além-mar. PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*³, Valencia, 2004, p. 619⁽²²⁾, seguido por GIRGADO PERANDONES, *El principio indemnizatorio en los seguros de daños — una aproximación a su significado*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 14⁽¹⁰⁾, aponta-lhe três finalidades: 1) no comércio de importação, o armador transporta o dinheiro e com ele compra mercadorias no porto de destino (o que circula é o dinheiro, daí o nome *pecunia traiectica*); 2) no comércio de exportação, o armador, que recebe *pecunia* do mutuante, adquire mercadorias no porto de origem que leva ao porto de destino, onde as vende, e, se estas pudessem no transporte, nada devia ao mutuante; 3) operações de empréstimo marítimo para efeitos de navegação, *i.e.*, salários da tripulação, reparação da embarcação, *p.e.* HUMBERT O. NELLI, “The earliest insurance contract. A new discovery”, *The Journal of Risk and Insurance* 39 (1972), 2, pp. 215-220, considera que o escopo previdencial do *mutuum nauticum* era meramente incidental, e não a escopo principal, como sucede no seguro moderno a prémio (assim como que, no moderno seguro, acontecendo o sinistro, o segurado é credor, ao passo que, no *foenus nauticum*, não, *i.e.*, digamos, não é credor duma prestação, mas é, na mesma, beneficiário duma atribuição (o desaparecimento dum débito).

⁽²⁶⁾ Trataremos *infra* da questão da génese do contrato de seguro, quando falarmos do seu desenvolvimento na Idade Média.

⁽²⁷⁾ A palavra *foenus* designa os mútuos onerosos, com estipulação de juros, no Direito Romano: assim, FERNANDO BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, p.608. Cf., tb., A. GOMES FERREIRA, *Dicionário de Latim — Português*, Porto Ed., Porto, s/d, p.468, que define *fenus* ou *faenus, oris*, como rendimento de dinheiro emprestado,

nauticum ou *pecuniana nautica* ou *traiecticia* ⁽²⁸⁾. Não obstante, a doutrina hodierna, e, *in specie*, a portuguesa ⁽²⁹⁾, de Direito dos Seguros continua a descurar a génese

produto, juro, lucro, ganho, como aparece em Cícero: “*pecuniam fenori dare*”, emprestar dinheiro a juros; noutra acepção, pejorativa, significa usura, como demonstra com Cícero: “*iniquíssimo fenore*”, a um juro exorbitante. WILLIAM SMITH, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, Londres, 1875, pp. 524-528, aponta que a palavra *fenus* ou *foenus* originariamente quis significar qualquer aumento, e, portanto, era aplicada como o grego τόκος para designar os juros ou o aumento do dinheiro: Varrão, em *Gell.* XVI,12, diz de *fenus* que “*dictum a fetu et quasi a fetura quadam pecuniae parientis atque increscentis*”; igual raiz etimológica pode encontrar-se em *fecundus*; *fenus* foi também usado para designar o capital, a par dos juros (Tácio, *Ann.* VI,17 e XIV,53). Outros termos para juros eram *usurae*, geralmente encontrado na forma plural, e ainda *impensum*, de cuja etimologia Varrão, *De Lingua Latina* V, 183, diz: “*a quo (pondere) usura quod in sorte accedebat, impensum appellatum*”. No final da República, os juros eram devidos no primeiro dia de cada mês, daí as frases *tristes* ou *celeris calendae* e *calendarium*, significando esta última livro de contas ou de débitos. Paulo Diácono, no comentário a *De uerborum significatu* de Festo, diz o seguinte: “*Pauli excerpta ex. I. Pompei Festi de sign. Uerb. 76.9: fenus, feneratorum et lex de credita pecunia fenebris, a fetu dicta, quod crediti nummu alios pariant, ut apud Graecos eadem res τόκος dicitur*”.

Do *foenus nauticum* é de distinguir o *foenus unciarum*: cf. ALICE CHERCHI, pp. 42 e ss.

⁽²⁸⁾ Nome que, etimologicamente, *pecunia traiecticia* significa dinheiro em circulação, transportado: *traiecticius*, a, um, de *traiectus*, us, por sua vez de *traicio*, is, ere, ieci, iectum (de *trans* e de *iacio*), significando, como verbo transitivo, lançar para além, arremessar para o lado de lá, e, como verbo intransitivo, transportar, atravessar, efectuar uma travessia. Cf., além de GIRGADO PERANDONES, *El principio indemnizatorio en el seguro de daños — una aproximación a su significado*, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 14, o filólogo A. GOMES FERREIRA, *Dicionário de Latim — Português*, Porto Ed., Porto, s/d, p.1154. Como aponta HENRYK KUPISZEWSKI, “Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali”, *Index* 3 (1972) — *Omaggio a Max Kaser*, p. 370, o empréstimo marítimo era chamado pelos juristas clássicos de *pecunia traiecticia* ou de *pecunia náutica*. O termo *foenus nauticum* aparece nas fontes menos vezes e em época mais tardia: aparece na Constituição de Diocleciano e de Maximiliano, em C.4.33.4(3); os compiladores ter-se-ão servido deste último termo para dar nome a uma rubrica nos *Digesta* (22.2) e no *Codex justinianeu* (4.33).

⁽²⁹⁾ ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio sobre o contrato de seguro*, Tipografia Sequeira, Porto, 1939, p. 13, muito lacónico, só trata do seguro a partir do séc.XIV. SOARES MARTÍNEZ, *Teoria e Prática dos Seguros*, Imprensa Artística, Lisboa, 1953, pp. 10-12, onde dedica uma pequena secção perfunctória à história do seguro, saltando sobre a génese romana. VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, AAFDL, Lisboa, 1997, Id., “Os seguros marítimos nas rotas portuguesas do Ultramar”, RFDUL XXXIX (1998), 1, pp. 257-290, mal abordou o *foenus nauticum* senão muito rapidamente, e pressupondo a origem do seguro no séc. XV, conquanto não sejam, de todo, despiciendo os reparos do Autor de que o contrato de seguro do séc. XV resultou dum aperfeiçoar e combinar de elementos do *ius romanum* adaptados às novas realidades do início dos Descobrimentos, quer dizer, não deixa de estabelecer a ponte entre o Direito romano e a criação medieval do instituto: “[n]ão se trata de um contrato que estabeleça uma relação nova, pois a actividade seguradora nasce com a navegação, mas de um contrato com elementos estruturais ligados ao *ius romanum commune*, combinados de forma inovadora para se adaptar a novas circunstâncias e, nessa novidade, criando um instituto jurídico que não existia até aí”; ALVES DE BRITO, *Seguro marítimo de mercadorias: descrição e notas ao regime jurídico*.

históricaromanadeste contrato, e a “saltar à frente” do *foenus nauticum*, indicando-o *en passant*, sem aprofundar o debate jurisromanístico e descurando o insuprível pressuposto metodológico da Ciência do Direito de que todo o Direito é necessariamente cultural e histórico (passando a palavra a SAVIGNY, “*die ganze Rechtswissenschaft selbst nicht anders ist als Rechtsgeschichte*” ⁽³⁰⁾, ou a BRUCK, “*wer keine Rechtsgeschichte kennt, steht den rechtlichen Ereignissen der Gegenwart unorientiert und kritiklos gegenüber*” ⁽³¹⁾); urge, portanto, fazê-lo, entre nós — sem serem necessárias ulteriores elucubrações sobre a valia da História do Direito para a compreensão do Direito actual e sobre a actualidade dos estudos romanísticos ⁽³²⁾ —, acom-

Almedina, Coimbra, 2006, pp. 12-14, limita-se a reservar um (muito) pobre parágrafo ao *foenus nauticum* enquanto precursor do contrato de seguro marítimo de mercadorias, pois que toma a *priori* acriticamente como pressuposta a génese do contrato de seguro no séc. XIV; JOAO MATA, *Seguro marítimo — mercadorias*, Ed. Associação Comercial de Lisboa — Câmara de Comércio, Lisboa, s/d, p. 9; JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 20-21, além de dedicar quase nem uma página, se bem contada, às origens do seguro, omite qualquer referência ao *foenus nauticum*, MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato de seguro no Direito português e comparado*, 1971, pp. 5-10, também faz uma resenha (apegada à exposição de Donati), conquanto breve, da história do seguro, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*², Almedina, Coimbra, 2007, pp. 726-727, mais cômico da valia do contributo histórico na Ciência do Direito, faz um pequen(íssim)o esboço das origens do contrato de seguro, referindo o *foenus nauticum* ao de leve, ROMANO MARTÍNEZ, *Direito dos Seguros — Apontamentos*, Principia, Cascais, 2006, basta-se em apontar a origem do seguro no associativismo/mutualismo, que vem da Grécia, passa por Roma e pela Idade Média até chegar aos nossos dias, para depois passar de imediato a versar a evolução dos seguros do final do séc. XIII em diante; também numa dissertação de doutoramento da monta da de LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros — Estudo de Direito Civil*, Coimbra Ed./Wolters Kluwer, Coimbra, 2010, rareiam referências históricas à génese do seguro, senão as anglo-saxónicas (o que mal se compreende num país cujo comércio marítimo foi precursor do seguro nos moldes modernos). Excepção deve ser feita à obra recente de MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, pp. 52-55.

⁽³⁰⁾ SAVIGNY, “Recension des Lehrbuchs der Geschichte des römischen Rechts von Gustav Hugo (1806)”, *Vermischte Schriften V*, Berlim, 1850, p. 1⁽²⁾.

⁽³¹⁾ BRUCK, *Römisches Rect und Rechtsprobleme der Gegenwart: Richterspersönlichkeit und lebendiges Recht*, p. 14.

⁽³²⁾ Sobre o tema da crise do Direito Romano e da actualidade dos estudos romanísticos, de bibliografia infundável, porque teve de insistir-se contra a corrente quase dominante moderna, de claro pendor positivista, *vd., colorandi causa*, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I: Introdução. Fontes*⁴, 1984, pp. 1-4 e 103-120, RUY DE ALBUQUERQUE, “Em Prol do Direito Romano”. À Maneira de Prefácio”. *Estudos de Direito Romano, I*, Lisboa, 1989, pp. 7-11. EIUDEM, “Reflexões assistemáticas sobre a Moderna romanística espanhola”, RFDUL, XLII, 200, n.º 1, *passim*, EIUDEM, “Direito Romano. Considerações a propósito de um livro de Moreira Alves”, *sep. da Revista Scientia Iuridica XXIII* (1974), n.ºs 130-131, Braga, *passim*, ÁLVARO D’ORS, *Presupuestos críticos...*, *passim*, ÁLVAREZ SUÁREZ, *Horizonte...*, *passim*, VERA-CRUZ PINTO, *Direito Romano*, Principia, *passim*, EIUDEM, “As Fontes do Direito Romano (O contributo de Raúl Ventura para o seu ensino na Faculdade de Direito de Lisboa)”. *separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra Editora, 2003, *passim*, EIUDEM, “Crise da

panhando o desenvolvimento científico europeu acerca deste contrato genético do seguro, que vem sendo feito, pelo menos na Alemanha e em Itália, com profundidade, desde finais do séc. XIX, sob influxo da Pandectística ⁽³³⁾. O *foenus nauticum* era aparentado e muitas vezes englobado no contrato *re* de *mutuum* — embora a sua qualificação como mútuo especial (marítimo e sujeito a condição suspensiva), ou como tipo contratual autónomo *a se* seja doutrinalmente discutida —, uma vez que consistia na entrega de dinheiro (*datio pecuniae* ou *datio mutui*) pelo mutuante (*foenerator*) ao mutuário para que este comprasse mercadorias e as transportasse ou para que levasse o dinheiro consigo e no local de destino adquirisse mercadorias: se o navio chegasse a bom porto, as quantias mutuadas deveriam ser devolvidas, acrescidas de elevados juros; no caso contrário, o mutuário ficava desobrigado de restituir o capital e os juros ⁽³⁴⁾.

‘crise dos estudos de Direito Romano’? As causas da crise do estudo do direito romano segundo Inocêncio Galvão Teles e a sua crítica actual”, separata de *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles*, vol. I, Almedina, 2002, pp. 991-1045.

⁽³³⁾ Como precursores modernos, de meados do séc. XIX a meados do séc. XX, podemos apontar: SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlim, 1840, p. 131, HUDI WALCKER, *De foenore nautico romano*, Hamburgo, 1855, GOLDSCHMIDT, *Untersuchungen zur l. 122, §1, de V. O.*, Heidelberg, 1855, ID., *Handbuch des Handelsrechts I*, Estugarda, 1891, p. 345, KLEINSCHMIDT, *Das foenus nauticum*, Heidelberg, 1878, MATTHIAS, *Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei*, Würzburg, 1881, HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen*, Estugarda, 1882, SIEVEKING, *Das Seedarlehen des Altertums*, Lipsia, 1893, BILLETER, *Geschichte des Zinsfusses in Altertum*, Berlim, 1898, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II*, Lipsia, 1901, p. 1310, SIEBER, ZSS XXIX (1908), p. 96, ARANGIO RUIZ, “*l. de eo quod certo loco dari oportet*”, BIDR XXV (1912), pp. 183-184⁽²⁾, HUVELIN, *Droit commercial romain*, Paris, 1929, pp. 196 e ss., PAOLI, *Studi di diritto attico*, Florença, 1930, CASSIMATIS, *Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin*, Paris, 1931, DE MARTINO, “*Sul foenus nauticum*”, RDN I (1935), pp. 217 e ss., ID., “*Ancora sul foenus nauticum*”, RDN II (1936), pp. 433 e ss., ID., “*Sull’actio pecuniae traiecticae*”, RDN XV (1943-1949), pp. 3 e ss. BISCARDI, “*La struttura clássica del foenus nauticum*”, *Studi per Albertoni*, Pádua, 1936, pp. 345 e ss., ID., *Actio pecuniae traiecticae*, Siena, 1947, DE VILLA, *Le usurae ex pacto*, Sassari, 1937.

⁽³⁴⁾ D.22.2.1 e 3, na secção sobre o empréstimo náutico (*de foenere nautico*): “(Modestinus libro decimo pandectarum) Traiecticia ea pecunia est quae trans mare uehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectica. Sed uidendum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris nauigent: tunc enim traiectica pecunia fit”, e, ainda, “(Modestinus libro quarto regularum) In nautica pecunia ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo nauem nauigare conveniat”. Cf., na jurisromanística, MAX KASER, *op. cit.*, § 34 IV, 2, p. 207, e § 39 I, 3, p. 232, MIGUEL ANZI RIZZI, *op. cit.*, p. 432, ALBERTO BURDESE, *op. cit.*, pp. 499-500, BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, p. 273, ID., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, pp. 466-467, MARIO ODERIGO, *op. cit.*, pp. 281-282, PAUL OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 409, SALVATORE DI MARZO, *op. cit.*, p. 356, VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 280-281, JUAN IGLESIAS, *Instituciones de Derecho Romano, vol. II*, p. 38, ID., *Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado*, pp. 423-424, NELLY NORA LOUZAN DE SOLIMANO, *op. cit.*, p. 282, EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, pp. 487-488, FRITZ SCHULZ.

Discute-se se o *foenus nauticum* foi transposto para o Direito Romano na sua pureza helénica ou se o próprio Direito Romano o adaptou ao seu ordenamento jurídico: este tema está necessariamente imbricado com o da autonomia do *foenus nauticum* ante o *mutuum*, uma vez que os defensores da autonomia tenderão a propender para uma recepção menos adulterada do contrato helénico, ao contrário daqueles que tenderão a enfatizar a adaptação ao rígido, arreigado e antiquíssimo sistema contratual romano. Não obstante, no concernente ao facto de o Direito romano ter adulterado e adaptado o contrato helénico, parece hoje haver consenso, mesmo para quem defenda a autonomia do *foenus nauticum*. Repare-se, no Direito grego, o mútuo era presumidamente oneroso, ao contrário do *mutuum* romano, cuja gratuitidade era elemento essencial, assim como não eram previstos, no Direito grego, em tempos mais recuados, limites aos juros, o que criou problemas de adaptação do mútuo helénico e, em especial, do *foenus nauticum* ao sistema contratual romano ⁽³⁵⁾. Outro problema — que diz mais propriamente respeito ao *mutuum*, e não propriamente ao *foenus nauticum* (visto neste os juros poderem ser estipulados *nudis pactis*) — residia na importância dada ao documento em que fosse formalizado o *mutuum*: para os Gregos, o contrato era necessariamente formal e, por isso, tratava-se de *forma ad substantiam*; para os Romanos, vale precisamente o princípio oposto, uma vez que a obrigação de juros era constituída por uma *stipulatio*, que, não obstante padronizada por um formalismo quase sacral, era um contrato verbal, *rectius*

op. cit., p. 488. GIOVANNI PUGLIESE, *op. cit.*, pp. 587-588. ARMANDO TORRENT, *op. cit.*, p. 416, FERNANDO BETANCOURT, *op. cit.*, p. 608, BISCARDI, “La struttura classica del *foenus nauticum*”, *Studi Albertoni*, vol. II, pp. 345 e ss., DE MARTINO, “Sul *foenus nauticum*”, *RDN* (1935), 1, pp. 217 e ss., ID., “Ancora sul *foenus nauticum*”, *RDN*2 (1936), pp. 433 e ss., ID., “Sull’*actio pecuniae traiectionis*”, *RDN*15 (1949), pp. 19 e ss., KILLING-MÜLLER, *PW* 12, pp. 2199 e ss., ID., *ZSS* 29 (1908), pp. 95 e ss., PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, 1916, pp. 143 e ss., VISKY, “Das Seedarlehen und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht”, *RIDA* 16 (1969), pp. 389-419, BISCARDI, “*Actio pecuniae traiectionis*”. *Contributo alla dottrina delle clausole penali*², Turim, 1974, KUPISZEWSKI, *op. cit.*, *Index* 3 (1972), p. 368, CASTRESANA HERRERO, *op. cit.*, pp. 91 e ss., LITEWSKI, “Römisches Seedarlehen”, *Iura* 24 (1973), pp. 112 e ss., ID., *St. Sanfilippo* 4, p. 383, VON LÜBTOW, “Catos Seedarlehen”, *Fest. Seidl*, 1975, pp. 103 e ss., ID., “Das Seedarlehen des Calimachus”. *Fest. Kaser*, 1976, pp. 329 e ss., BISCARDI, “*Pecunia traiectionis e stipulatio poenae*”, *Labeo* 24 (1978), pp. 276 e ss., CALVIN HOOVER, “The Sea Loan in Genoa in the Twelfth Century”, *The Quarterly Journal of Economics* 40 (1926), 3, pp. 495-529. FLORENCE EDLER DE ROOVER, “Early examples of Marine Insurance”, *The Journal of Economic History* 5 (1945), 2, pp. 172-200, *maxime* 175, embora a Autora aborde o *foenus nauticum* em momento histórico posterior, RÖHLE, *SDHI* 45 (1970), pp. 549 e ss., ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho*, *op. cit.*, pp. 626-627, SANTOS JUSTO, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁽³⁵⁾ Assim, ALICE CHERCHI, *Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano*, dissertação de doutoramento em Direito e Economia dos Sistemas Produtivos. Università di Sassari, 2009, p. 23.

uma *obligatio uerbis contracta* ⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾. Ademais, no Direito grego, a figura era garantida por penhor sobre a mercadoria, geralmente acompanhado de *lex comisoria*, pela qual, no caso de incumprimento da obrigação de restituição e de pagamento dos juros, a propriedade das mercadorias reverteria para o *foenerator*; outra hipótese seria também a venda por parte do *foenerator* da mercadoria para satisfação do seu crédito, ficando este liquidado na estrita medida do pagamento que proporcionasse, num esquema símile à *datio pro soluendo* ou à procuração irrevogável em garantia ⁽³⁸⁾. Já no Direito romano, a garantia, *uidelicet* penhor sobre a mercadoria (é mais rara a hipoteca de navio, nas fontes), é meramente eventual, antes sendo mais frequente a estipulação de cláusulas penais (*stipulatio poenae*). Parece, portanto, que o instituto romano diferia do grego, adaptando-se ao sistema contratual romano, ainda que a sua regulação seja ainda dúbia, sendo disso manifesto reflexo o tratamento fragmentário do *foenus nauticum*, bem como a ainda hoje perdurante discussão em torno da sua natureza jurídica, *i.e.*, se mútuo especial, se contrato *a se*, bem como a discussão em torno dos meios de tutela das situações jurídicas decorrentes deste contrato ⁽³⁹⁾. De resto,

⁽³⁶⁾ Daí que ALICE CHERCHI, *op. cit.*, p. 24, lapidariamente escreva que “pertanto tra i dui sistemi contrattuali non vi era alcuna omogeneità”.

⁽³⁷⁾ Note-se, não obstante utilizarmos correntemente a expressão contrato para designar negócio jurídico (bilateral ou plurilateral), por comodidade de expressão, temos presente que o conceito de contrato, assim como o de negócio jurídico não são romanos, e, pior, o primeiro é uma corruptela assincopada da expressão *obligatio contracta*, obrigação contraída: *contractus* é o participio passado e supino de *contrahere*, assim como, entre nós, hoje, contrato é o participio passado (irregular e em desuso, no português) de contrair. Sobre este tema, entre nós, JORGE SILVA SANTOS, *Delimitação do negócio jurídico e historicidade do direito: análise, crítica e superação do conceito*, tese de mestrado, Tese de Mestrado. FDUL, Lisboa, 2008, *passim*.

⁽³⁸⁾ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², Nicola Jovene & C. Ed., Nápoles, 1927, pp. 280-281, refere que o risco do credor tem como correspectivo, dum lado, a obrigação de juros, do outro, um especial direito de penhor sobre as mercadorias adquiridas com o dinheiro antecipado, *melius*, para o ilustre romanista, na esteira de PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, Lipsia, 1916, um mais aturado estudo sobre os casos singulares descritos pelos oradores áticos, *in specie* Demóstenes, demonstram que a propriedade as mercadorias se torna do mutuante, no caso de o armador não a tenha resgatado restituindo o capital e os juros. Sobre a questão, *vd. tb.* JESÚS GÓMEZ GARZÁS, “El *pignus comisorio* en el *de agri cultura* de Catón”, *Boletín de la Facultad de Derecho* 26 (2005), pp. 511-538.

⁽³⁹⁾ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², Nicola Jovene & C. Ed., Nápoles, 1927, pp. 280-281, aponta que este contrato se deu mal no Direito Romano: “[q]uesto istituto, che col sistema romano dei contratti non è conciliabile, fu accolto in Roma per ragioni pratiche, ma vi rimase come un corpo estraneo, piuttosto tollerato dalla giurisprudenza anziché assoggettato al rigore della sua disciplina: nelle opere sistematiche di commento al codice civile o all’editto non trovò posto, ma solo taluna delle questioni pratiche da esso sollevata fu presa in esame nelle opere di casistica”; *tb.* EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pp. 487-488, crê ter sido mais provável que os juristas romanos não tenham recebido o instituto grego tal qual era no seu ordenamento de origem, mas antes o tenham adaptado e configurado

além destas eficazes garantias reais, o cumprimento da obrigação de restituição a cargo do mutuário, quando esta se verificasse, era reforçado através de cláusulas penais (*stipulationes poenae traiecticiae pecuniae nomine*) ⁽⁴⁰⁾.

Parece resultar das fontes (D.22,2,4-6 ⁽⁴¹⁾, C.4,33,3 ⁽⁴²⁾) que o *foenus nauticum*, mais do que um unívoco tipo contratual, comportava duas *factispecies*: na pri-

de acordo com os esquemas jurídicos romanos; e, entre nós, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II*^a, p. 38.

Sobre a discussão em torno dos meios de tutela judicial das situações jurídicas advindas do *foenus nauticum*, BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, rev. Peter Stein, Cambridge University Press, 1963, pp. 466-467, refere que os textos não dizem se a *actio* para este contrato era a mesma que para o ordinário *mutuum*, uma vez que esta figura contratual foi importada do Direito grego e, ainda que amiúde chamado *mutuum* (D.22,2,6, D.45,1,122,1, C.4,33,5), é tratado nas fontes de forma distinta (D.22,2, C.4,33): discute-se se deu lugar a uma *actio in factum*, se foi um contrato inominado, e se lhe cabia uma *condictio ex lege* (BERTOLINI).

⁽⁴⁰⁾ *Vd., e.g.*, EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Jesús Daza Martínez do original *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, pp. 487-488, ARMANDO TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, p. 416. Sobre a cláusula penal no Direito Romano, KAROLY VISKY, “La pena convenzionale in diritto romano all’inizio del principato”, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol.I, Giuffrè Ed., Milão, 1971, pp. 597 e ss.

⁽⁴¹⁾ D.22,2,4,pr.: “nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. Utrubique igitur maius legitima usura faenus non debetur, sed in priore quidem specie semper, in altera uero discusso periculo: nec pignora uel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur”. Papiniano à questão de saber se para o período que corre entre o *dies praestitutus* até ao dia da restituição do crédito pode o credor pedir juros elevados responde negativamente, ou seja, pagará os juros legais, como sucede na primeira hipótese descrita, mesmo que garantido por penhor ou hipoteca. D.22,2,6: “(...) sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salua nauis intra statuta tempora peruenerit”. Outro argumento retira também duma passagem de Paulo, em que o credor deu de empréstimo certa soma de dinheiro, devendo o devedor pagar juros sobre ela (*usurae maritimae*). Paulo discute o caso de o penhor das mercadorias a bordo dum dos navios do devedor ser insuficiente, e, portanto, perguntava se nesta hipótese o penhor se estendia às mercadorias a bordo doutros navios pertencentes ao mesmo devedor na parte que restava do valor devido a outros *foeneratores*; considera a hipótese de o navio sobre o qual recaía penhor afundar-se e o navio ser bastante — se incólume — para pagar a dívida, perguntando se a garantia do *foenerator* podia estender-se às mercadorias a bordo doutros navios não empenhadas por outros *foeneratores*. Isto significa que o risco de perda de um dos navios recai sobre o devedor, pois, se por acaso corresse por conta do credor, uma vez afundado o navio, o devedor não seria obrigado à restituição. Interessante, neste caso, para KUPISZEWSKI, “Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali”, *Index 3* (1972) — *Omaggio a Max Kaser*, pp. 369-370, é reparar que o devedor é obrigado ao pagamento dos juros (bem como do capital) mesmo no caso de o credor não se ter vinculado a assumir o risco. No sentido do texto, cf. HENRYK KUPISZEWSKI, “Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali”, *Index 3* (1972) — *Omaggio a Max Kaser*, pp. 370 e 378. Na mesma senda, *vd.* DOMINIQUE GAURIER, *Le droit maritime romain*, Presses universitaires de Rennes, 2004, pp. 119-120.

⁽⁴²⁾ C. 4.33.3(2): “Cum dicas pecuniam te ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex nauigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profiteris, non dubium est pecuniae creditae ultra licitum te usuras exigere non posse”.

meira, o devedor obtém *pecunia traiectica* sem assunção de risco pelo credor, caso em que está apenas obrigado a pagar os juros legais; na segunda, o devedor obtém *pecunia traiectica periculo creditoris*, i.e., o credor assume o risco por determinado tempo (*ad diem praestitutum*) e por determinada rota, depois a nave chega ao porto dentro do tempo estabelecido e, com isto, cessa o *periculum creditoris*. Ao acordo de assunção de risco — na primeira modalidade —, sob a forma de *stipulatio* ou de *pactum*, era precisada a duração do mesmo: o termo *a quo* era o dia de partida do navio ⁽⁴³⁾, e o termo *ad quem* o dia em que o navio chegava ao porto de destino ⁽⁴⁴⁾, podendo tal dia ser predeterminado em certo número de dias ⁽⁴⁵⁾; no Direito helénico, era uso estipular-se que o devedor deveria restituir a quantia devida dentro de 20 dias depois de chegado o navio ⁽⁴⁶⁾.

Como contrapartida do elevado risco em que o credor incorria, uma vez que o risco de perda ou destruição da *pecunia* transportada e das mercadorias com ela compradas corria por sua conta, eram estipulados juros (*usurae*) ⁽⁴⁷⁾, além da restituição do capital, os quais, no Direito Romano clássico não eram limitados (de “*infinitas usuras*” se chega a falar ⁽⁴⁸⁾) — embora se aponte terem sido, tipicamente, como no Direito helénico, de 1/3 do capital mutuado, ou seja, 33, 3% —, mas que foram, mais tarde, fixados no máximo de 12% anuais por Justiniano ⁽⁴⁹⁾: justifica-se, assim, o relevante desvio do *foenus nauticum*, quanto

⁽⁴³⁾ D.22,2,3: “In nautica pecunia ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo nauem nauigare conueniat”.

⁽⁴⁴⁾ C.4,33,2: “antequam ad destinatum locum nauis perueniat”; C.4,33,2: “quamdiu nauis ad portum appulerit”.

⁽⁴⁵⁾ D.22,2,6: “traiectica pecunia ita datur... ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salua nauis intra statuta tempora peruenerit”.

⁽⁴⁶⁾ Dem., c. Lac. 11.

⁽⁴⁷⁾ P.S.2,14,3: “Traiectica pecunia dicitur, quae in nauis, ut ad transmarina deferatur, deponitur quia maris periculo committitur, in quantas conuenerit usuras, hanc pecuniam dare creditor potest”.

⁽⁴⁸⁾ Cf. Pauli *ent.* 2,14,3: “3. Traiectica pecunia propter periculum creditoris, quamdiu nauigat nauis, infinitas usuras recipere potest”. *Vd.*, neste sentido, GIULIANO CERVENCA, “Usura (diritto romano)”, ED, pp. 1127-1128. GOBBI, “Le due sorgenti dell’assicurazione”, *Giornale dei Economisti*, II Serie, VIII (1897), vol. 15, p. 325⁽¹⁾, seguindo BERDEZ, *Les bases juridiques et économiques de l’assurance privée*, Lausanne, 1895, considera que este *pretium periculi* nada tem de especial, pois em todos os empréstimos se verifica um elemento de *pretium periculi*: assim, para o A., esta possibilidade de *superiores usurae* tem como base a necessidade económica de favorecer o comércio marítimo “bien plus que la logique juridique”.

⁽⁴⁹⁾ C.4,32,26,2 (*Imperator Iustinianus*): “Ideoque iubemus illustribus quidem personis siue eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu uili uel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt uel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem contractibus uel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet ueteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo

aos limites dos juros no mútuo, quer dizer, o elevado risco resultante do transporte marítimo coberto levava à admissão de elevados juros, e, por isso, estes apenas eram devidos em relação ao tempo em que corria o risco, até ao aportar do navio, pelo que, verificada a chegada a são e salvo do navio, os juros correriam à taxa legal (*obseruatio communium usurarum*) ⁽⁵⁰⁾. Debate-se, ainda, se eram objecto *desponsio ou stipulatio* à parte do *foenus nauticum* ou se era lícito estipulá-las *ex nudo pacto*: as fontes vão no segundo sentido (D.22,2,5,1) ⁽⁵¹⁾,

centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent". DOMINIQUE GAURIER, *Le droit maritime romain*, Presses universitaires de Rennes, 2004, pp. 121-123, considera que tal constituição não teve o rigor que resultaria da sua letra, e que, ademais, faz alusão à permissão de ultrapassagem do máximo legal permitido por velhas leis (*ueteribus legibus*): o Autor encontra tais leis numa outra constituição de Diocleciano e Maximiano (C.4,33,1), que permitira uma ultrapassagem do máximo legal, mas limitada ao tempo de viagem do navio no mar.

⁽⁵⁰⁾ Assim, HENRYK KUPISZEWSKI, "Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali", *Index 3* (1972) — *Omaggio a Max Kaser*, p. 372, baseado em PS. 2,14,3, C.4,33,2, e num trecho dos *Basílicos*. Diz PS 2,14,3, o seguinte: "traiecticia pecuna propter periculum creditoris, quamdiu nauigat nauis, infinitas usuras recipere potest". Diz C.4,33,2: "traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab obseruatione communium usurarum, quamdiu nauis ad portum appulerit, manifestum est". O trecho dos *Basílicos* (Heimbach/Ferrini VII [Bas. *Suppl.*] 103 = C.4,33,1 [?]) diz: "οι δανείσαντες δάνειον ναυτικόν... τότε γάρ μείζονα τόκον λαμβάνουσιν, ότε ιδίω κινδύνω δανείσουσιν εάν γάρ μέ κινδεύσωσιν, ου δύνανται πλείονα τόκον λαβειν", ou seja, que o credor tem o direito de receber juros mais elevados apenas quando assume o risco da navegação. Cf., tb., *colorandi causa*, MAX KASER, *op. cit.*, § 34 IV, 2, p. 207, e § 39 I, 3, p. 232, MIGUEL ANZI RIZZI, *op. cit.*, p. 432, ALBERTO BURDESE, *op. cit.*, pp. 499-500, BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, p. 273, ID., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, pp. 466-467, MARIO ODERIGO, *op. cit.*, pp. 281-282, PAUL OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 409, SALVATORE DI MARZO, *op. cit.*, p. 356, VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 280-281, JUAN IGLESIAS, *Instituciones de Derecho Romano*, vol. II, p. 38, ID., *Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado*⁹, pp. 423-424, NELLY NORA LOUZAN DE SOLIMANO, *op. cit.*, p. 282, EDOARDO VOLTERRA, *op. cit.*, pp. 487-488, FRITZ SCHULZ, *op. cit.*, p. 488, GIOVANNI PUGLIESE, *op. cit.*, pp. 587-588, ARMANDO TORRENT, *op. cit.*, p. 416, FERNANDO BETANCOURT, *op. cit.*, p. 608. BISCARDI, "La struttura classica del *foenus nauticum*", *Studi Albertoni*, vol. II, pp. 345 e ss., DE MARTINO, "Sul *foenus nauticum*", RDN (1935), 1, pp. 217 e ss., ID., "Ancora sul *foenus nauticum*", RDN2 (1936), pp. 433 e ss., ID., "Sull'*actio pecuniae traiecticae*", RDN15 (1949), pp. 19 e ss., KILLING-MÜLLER, PW 12, pp. 2199 e ss., ID., ZSS 29 (1908), pp. 95 e ss., PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, 1916, pp. 143 e ss., VISKY, *op. cit.*, RIDA 16 (1969), pp. 389 e ss., BISCARDI, "*Actio pecuniae traiecticae*". *Contributo alla dottrina delle clausole penali*², Turim, 1974, KUPISZEWSKI, *op. cit.*, *Index 3* (1972), p. 368, CASTRESANA HERRERO, *op. cit.*, pp. 91 e ss., LITEWSKI, "Römisches Seedarlehen", *Iura* 24 (1973), pp. 112 e ss., ID., *St. Sanfilippo* 4, p. 383, VON LÜBTOW, "Catos Seedarlehen", *Fest. Seidl*, 1975, pp. 103 e ss., ID., "Das Seedarlehen des Calimacus", *Fest. Kaser*, 1976, pp. 329 e ss., BISCARDI, "*Pecunia traiectica e stipulatio poenae*", *Labeo* 24 (1978), pp. 276 e ss., ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho op. cit.*, pp. 626-627, SANTOS JUSTO, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁽⁵¹⁾ Com o seguinte teor: "In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest" (e em todos estes casos convém um pactum para acrescer à obrigação sem

não obstante avisadas construções doutrinárias recentes em contrário ⁽⁵²⁾. Tais juros ilimitados apenas se aplicavam enquanto se mantivesse o pesado risco que

estipulação). Neste sentido, *vd., e.g.* MARIO ODERIGO, *Sinopsis de Derecho Romano*, Roque Depalma Ed., Buenos Aires, 1957, pp. 281-282 (acentuado que se destinava tal facto a incentivar as práticas comerciais marítimas), DOMINIQUE GAURIER, *Le droit maritime romain*, Presses universitaires de Rennes, 2004, pp. 125-126 (escreve: “dès lors que l’on n’est pas dans le cadre d’un contrat de droit strict, comme l’était la stipulation par laquelle on passait pour exiger des intérêts, un simple pacte peut alors suffire pour augmenter des intérêts la somme prêtée”), LITEWSKI, “Römisches Seedarlehen”, *Iura XXIV* (1973), pp. 166 e ss., e HENRYK KUPISZEWSKI, “Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali”, *Index 3* (1972) — *Omaggio a Max Kaser*, pp. 373-374, afirmando, com base em D.22,2,5,1, e D.22,2,7, que também poderiam ser acordados *ex stipulatione*, como sucedia no mútuo: a diferença, todavia, é que no mútuo não podiam ser por *nuda pacta*. Diz o Autor a favor da admissibilidade de juros *ex pacto* (1) não haver razão para duvidar da autenticidade dos referidos passos no *Digesto*, da autoria de Cévola e de Paulo; (2) o comércio marítimo era praticado não só por *ciues Romani*, mas sobretudo por *peregrini*, a grande maioria de cultura helenística; (3) os juristas romanos com a sua postura prática não podiam olvidar este facto; (4) Cévola, *in specie*, profundo conhecedor do Direito helénico, não podia desconhecer as práticas comerciais mediterrânicas; (5) as recentes análises sobre a cláusula *et interrogatus spopondi*, presente nos papiros e noutros documentos relativos à *praxis* provincial, demonstram não ser à data a *stipulatio* utilizada nas províncias: a cláusula era utilizada mesmo nos contratos a que era impossível dar a forma de *stipulatio*; (6) Cévola no *Digesto* (D.45,1,122,1) relata um texto dum documento de Beirute relativo a um empréstimo marítimo, em que é aposta a seguinte cláusula: *eaque sic recte dari fieri fide roganti Stichos seruo Lucii Titii promisit Callimachus*, o que significa que era dada a forma de *stipulatio* ao empréstimo marítimo, pelo que “[s]arebbe però una ingenuità credere che un accordo tra le parti senza la clausola stipulatoria non fosse valido”. No sentido oposto, *vd., colorandi causa*, DE MARTINO, “*Foenus nauticum* (diritto romano)”, *NssDI VII*, pp. 422 e ss. (com os seguintes argumentos: 1) o contrato de *mutuum* não produzia *per se* juros; 2) um mero *pactum usurarum* não faziam nascer qualquer *actio*; 3) se os contraentes quisessem que se gerassem juros, no Direito romano, era necessária uma *stipulatio*, além do *mutuum*, e nada leva a crer que tal princípio da gratuitidade do *mutuum* fosse de maneira diferente para o *foenus nauticum*; 4) os juristas romanos não recebiam *sic et simpliciter* os esquemas jurídicos helénicos ou doutros povos estrangeiros, antes os soíam adaptar ao sistema contratual romano, cujas características típicas eram dificilmente conciliáveis, pelo menos, com os esquemas helenísticos; 5) com efeito (e este é o argumento central, de que os outros são suporte), das fontes, não obstante as alterações justinianeias, constam conservados largos testemunhos da utilização da *stipulatio*, com todo o rigor inerente a tal tipo de contrato verbal, pelo que, a ser possível a determinação de juros *ex nudo pacto*, mal se compreenderia a referência abundante ao uso de formais (ainda que verbais) e quase sacramentais *stipulationes*, quando muito mais fácil teria sido estipulá-los por meros *pacta*; 6) ademais, a maior parte dos textos que se ocupam do *foenus nauticum* são extraídos de obras clássicas de capítulos relativos à *stipulatio*; 7) as fontes não incluem o *foenus nauticum* entre os contratos inominados, nem entre os *pacta legitima*), BISCARDI, “*Pecunia traiectica e stipulatio poenae*”, *Labeo XXIV* (1978), p.283, VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², pp. 280-281, *Id.*, “*I. de eo quod certo loco dari oportet*”, *BIDR XXV* (1912), pp. 183-184, GIANFRANCO PURPURA, “*Tabulae Pompeiane 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*”, *Atti della Accademia di Scienze, Lettere e Arti di Palermo V, II*, 1981-1982, pp. 449-474 = *Atti del XVII Congresso Internazionale di Papirologia*, Nápoles, 1984, pp. 1245-1266.

⁽⁵²⁾ *Vd. infra.*

carregava o mutuante, mas que o mesmo não acontecia quer nos momentos anteriores à partida do navio, quer depois de atracar a bom porto: segundo a construção de BUCKLAND haveria aqui dois contratos, um de *mutuum* e outro de *foenus nauticum* ⁽⁵³⁾, que, de resto, nos parece artificiosa, embora realce a sinlagmaticidade entre o elevado risco coberto pelo *foenerator* e os elevados juros por si cobrados; todavia, como veio a confirmar PURPURA ⁽⁵⁴⁾, os juros eram cobrados em função da viagem, e não em função do tempo, como era prática helénica, o que faz com que, em muitos casos, o problema deixe de se colocar; mas, quando não fossem fixados por viagem, a solução supletiva seria a do seu cômputo em função do *periculum*, ou seja, em função do tempo, e, nessa medida, caíam nas regras sobre *usurae legitimae*, que fixavam um máximo de 12% de juros, quando o navio já não estivesse em mar.

Tipicamente, era, ainda, acordado que o *foenerator* seria liberto do risco se a viagem não acabasse em determinado termo ou atracasse em portos não autorizados ou transportasse mercadoria não autorizada ⁽⁵⁵⁾, como forma de mitigar o facto de o risco de perda e destruição da *pecunia* ou das mercadorias por que esta se sub-rogava correr por conta do credor mutuante: excepção seria o caso em que tal desvio de rota fosse justificado por um acontecimento do mar a que fosse alheia a vontade do mutuário ⁽⁵⁶⁾.

Distingue-se, ainda, por último, o *foenus nauticum* do contrato de sociedade: o mutuante difere do sócio, pois não participa nem na operação, nem nos eventuais benefícios, estando os seus juros convencionados de antemão ⁽⁵⁷⁾.

III. Debate-se, na jurisromanística, a natureza jurídica do *foenus nauticum*, nomeadamente se era considerado um subtipo do contrato de *mutuum* ⁽⁵⁸⁾ (ami-

⁽⁵³⁾ BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, rev. Peter Stein, Cambridge University Press, 1963. pp. 466-467.

⁽⁵⁴⁾ PURPURA, *op. cit.*, *ult. loc. cit.*

⁽⁵⁵⁾ C.4,33,4. Cf. BUCKLAND. *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, rev. Peter Stein, Cambridge University Press, 1963. pp. 466-467.

⁽⁵⁶⁾ Assim, DOMINIQUE GAURIER. *Le droit maritime romain*, Presses universitaires de Rennes, 2004, pp. 123-124.

⁽⁵⁷⁾ PAUL OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *Derecho Romano y Francés Histórico*, t.I — *Derecho de Obligaciones*, trad. Manuel Fairén, Bosch. Barcelona, 1960, p. 409.

⁽⁵⁸⁾ Neste sentido, vd. DE MARTINO. “Sul *foenus nauticum*”, RDN(1935), 1, pp. 217 e ss., Id., “Ancora sul *foenus nauticum*”, RDN2 (1936), pp. 433 e ss., negando que a *pecunia traiecticia* tenha constituído um negócio independente, pois os Romanos enquadraram-no no contrato de mútuo com uma *stipulatio usurarum*, não sendo o facto de o risco gravar o credor seu elemento essencial, pois que tal resultava da *stipulatio*; ademais objecto do mútuo teriam sido não só as mercadorias, mas, em primeiro lugar, o dinheiro; aliás, aduz em seu favor um texto de Modestino (D.22.2,1) que examina a questão de saber se as mercadorias adquiridas com a *pecunia traiecticia* se convertem também em *traiecticiae*; e, na doutrina, na sua esteira, GIRGADO PERANDONES,

úde especificado como sujeito a condição suspensiva ⁽⁵⁹⁾, ou como pacto acessório dum mútuo náutico ⁽⁶⁰⁾, ou se pode ser considerado um tipo contratual autónomo *a se* ⁽⁶¹⁾. Façamos uma resenha das posições mais importantes neste

op. cit., pp. 16-18, argumentando, para concluir pela inexistência de contrato de seguro no Direito Romano, (1) que no Direito Romano o *foenus nauticum* foi tratado como um tipo de *mutuum* através da inserção no *mutuum* numa *stipulatio usurarum*, (2) logo, a assunção do risco não é elemento essencial deste negócio, antes accidental, em virtude duma *stipulatio*; de resto, procede tb. assim implicitamente boa parte da jurisromanística, embora não tome posição sobre o problema, p.e., *colorandi causa*, MAX KASER, *Direito Privado Romano*, §39 I, 3. p. 232, considera o *foenus nauticum* um mútuo especial marítimo, ALBERTO BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, pp. 499-500, que o caracteriza como um mútuo especial, MARIO ODERIGO, *Sinopsis de Derecho Romano*, pp. 281-282, o *nauticum foenus* como empréstimo de dinheiro para a exploração do comércio marítimo, BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, pp. 466-467, qualifica-o de empréstimo para viagem, normalmente para comprar carga para viagens de ida ou de volta, em que o dinheiro só é restituído se o navio retornar são e salvo, SALVATORE DI MARZO, *Istituzioni di Diritto Romano*⁵, p. 356, qualifica *foenus nauticum* ou *pecunia traiectica* de empréstimo marítimo, i.e., um mútuo de dinheiro destinado à travessia do mar ou destinado a ser convertido em mercadorias no porto de partida, ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano II — Obligaciones. Familia. Sucesiones*¹⁸, pp. 626-627, NELLY NORA LOUZAN DE SOLIMANO, *Curso de Historia e instituciones del Derecho Romano*, p. 282, conquanto lacónica, parece qualificar o contrato de *foenus nauticum* como mútuo especial, sujeito aos elementos essenciais deste ((1) acordo das partes; (2) *mutui datio*; (3) genericidade da coisa objecto do mútuo), e parece *ex silentio* dizer que também no caso do *foenus nauticum* a taxa de juros tinha de ser convencionada por *stipulatio* verbal; também, embora não tome posição definida, pressupõe-no como *mutuum*, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II*⁴, pp. 37-38.

⁽⁵⁹⁾ *Hoc sensu*, PAUL HUVELIN, *Cours élémentaire de Droit romain*, t. II, pp. 176-177: “il intervient entre le capitaliste et le capitaine, une convention suivant laquelle la somme prêtée sera rendue au lieu d’arrivée du navire, si le navire arrive à bon port; mais si le navire n’arrive pas à bon port, le capitaine sera libéré. C’est donc un *mutuum* sous condition suspensive”.

⁽⁶⁰⁾ Assim, entre nós, JOSÉ ALVES DE BRITO, *Seguro marítimo de mercadorias: descrição e notas ao regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 13.

⁽⁶¹⁾ Neste sentido, que advogamos, *vd.*, pioneiro e à cabeça desta tese, BISCARDI, “La struttura classica del *foenus nauticum*”, *Studi Albertoni*, vol. II, pp. 345 e ss., defendendo tratar-se dum negócio *sui generis*, posição hoje dominante, EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Jesús Daza Martínez do original *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 487-488, integra o *foenus nauticum* ou *pecunia traiectica* nas excepções à gratuitidade do mútuo (a par dos mútuos de mercadores em virtude dum *rescriptum* de Alexandre Severo de 223 d.C. (C.4.32.11) e os mútuos realizados por *civitates*), mas parece pender para a qualificação do *foenus nauticum* como contrato *sui generis*, distinto do mútuo, com os seguintes elementos essenciais e distintivos: 1) o facto de o risco gravar o credor; 2) o aumento — e a admissibilidade do mesmo — dos juros em virtude da assunção do risco; 3) a possibilidade de fixação dos juros com um mero *pactum*; FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. José Santa Cruz Teigeiro do original *Classical Roman Law* (Oxford University Press, Oxford, 1951). Bosch, Barcelona, 1960, p. 488, escreve que, no fundo, este empréstimo foi um contrato de seguro, e o juro o prémio, afastando-se da sua qualificação como *mutuum*; GIOVANNI PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, com a colaboração de Francesco Sitzia e Letizia Vacca. Piccin, Pádua, 1986, pp. 587-588, escreve parecer difícil que se tenha partido do esquema do mútuo para introduzir

âmbito, designadamente da disputa doutrinária entre DE MARTINO e BISCARDI, bem como de GIANFRANCO PURPURA, que veio aduzir argumentos arqueológicos ao debate jurídico.

DE MARTINO é tido como o grande defensor da inclusão do *foenus nauticum* pelos jurisprudentes romanos clássicos dentro do esquema do *mutuum* e da *stipulatio*: depois de demonstrar não ser possível acordar juros no *foenus nauticum* por mero *pactum*, e depois de apontar não incluírem as fontes o *foenus nauticum* entre os contratos inominados, nem entre os *pacta legitima* ⁽⁶²⁾, por tudo isto, conclui não fazer sentido pensar num tipo autónomo de contrato de *foenus nauticum*, devendo tomar-se a inversão do risco, *i.e.*, a assunção do risco pelo credor, não como um elemento essencial do negócio, mas antes como um elemento eventual, que teria de ser estipulado pelas partes ⁽⁶³⁾. Cavalo de bata-

depois um regime especial segundo o qual eram admitidos juros *ex nudo pacto*, subvertendo o mecanismo do contrato real: é preferível a ideia de que também neste caso fosse utilizada a *stipulatio*, seja para o capital, seja para os juros, que podiam, neste caso, superar os limites legais. Para o Autor, o *foenus nauticum* era símile ao *mutuum* do ponto de vista da função económico-social, mas não do ponto de vista técnico-jurídico, sendo considerado como contrato autónomo pelos juristas romanos: “basti pensare alla circostanza che in questo caso la restituzione del capitale non è un obbligo assoluto, come è necessariamente nel mutuo data la struttura stessa dell’obbligazione reale, ma è subordinata alla salvezza del denaro stesso o delle merci com esso acquistate”; afirma o elevado risco que esta operação de transporte marítimo acarretava justificava as altas taxas de juros como elemento natural deste contrato: ARMANDO TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Saragoça, 1995, p. 416, embora o refira como figura contratual correspondente ao actual empréstimo marítimo ou empréstimo a todo o risco, parece pender, contra DE MARTINO, para a consideração do *foenus nauticum* como uma figura autónoma do mútuo, pendente para o seguro marítimo, mas reconhece não ser pacífica esta questão, até porque não é claro nos textos romanos se o objecto do empréstimo era a *pecunia* — dinheiro que viajava para outros portos para se lhe dar maior rentabilidade — ou as próprias mercadorias compradas com aquela *pecunia*; numa primeira fase, JUÁN IGLESIAS, *Instituciones de Derecho Romano*, vol. II, p.38, é mais lacónico, limitando-se a dizer que consiste num empréstimo duma soma de dinheiro feita por um armador dum barco, para que o transporte por mar, seja o próprio dinheiro, sejam mercadorias compradas com o dinheiro mutuado, mas o mesmo Autor, numa segunda fase (Id., *Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado*⁹, pp. 423-424), aponta-o como simil ao *mutuum* mais no aspecto económico do que no jurídico, focando o facto de o risco da perda do dinheiro ou das mercadorias correr por conta do mutuante, daí a eficácia das *usurae ex nudo pacto*, e a ausência de limites aos juros, na época republicana, ainda que mais tarde o Direito justinianeu os tenha fixado em 12%; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², Nicola Jovene & C. Ed., Nápoles, 1927, pp. 280-281, embora o defina como empréstimo de dinheiro para comércio marítimo, com assunção do risco da navegação por parte do credor, o qual reaverá a soma mutuada tanto que a nave termine sã e salva a sua viagem, escreve que as partes costumavam fixar à *forfait* a soma a restituir, cumulando capital e juros, o que esta situação jurídica do crédito global era tutelado com a *condictio*: mas não em aplicação das regras do mútuo.

⁽⁶²⁾ DE MARTINO, “*Foenus nauticum* (diritto romano)”, NssDI VII, p. 423.

⁽⁶³⁾ DE MARTINO, “*Foenus nauticum* (diritto romano)”, NssDI VII, p. 422, que conclui assim: “[q]uesta ricerca condusse insomma al risultato di negare l’autonomia del *foenus nauticum*

lha de DE MARTINO parece também ter sido, numa leitura mais atenta, o facto de a sua tese primar a originalidade e a não recepção passiva por parte dos jurisprudentes romanos do congénere contrato helénico. ARANGIO-RUIZ defende também que o *foenus nauticum* se reconduzia ao esquema jurídico do *mutuum* e da *stipulatio*, alegando que a grande maioria dos textos sobre o *foenus nauticum* é tratado por estudos casuísticos que não o tratam autonomamente (D.22,2), ao contrário do que fazem as obras gerais, embora estas tenham pouca valia pois que, de resto, apenas o mencionam esparsamente e *en passant*, não se alongando em grandes considerações ⁽⁶⁴⁾. BISCARDI, por seu turno, veio advogar uma tese divergente, aduzindo os seguintes argumentos: 1) o *foenus nauticum* era, na base, um *mutuum* com vários pactos informais adjuntos, como sejam o *pactum usurarum* ou o *pactum periculi*; 2) no caso da assunção do *periculum*, risco, pelo credor mutuante, este era um elemento natural do contrato (não já meramente eventual) ⁽⁶⁵⁾; 3) num estudo posterior, o Autor vem defender, com base em D.15,1,3,8, num texto de Ulpiano, em que são postas em confronto a *actio de peculio ex compromisso* e a *actio de pecunia traiectica* (por terem semelhanças ao nível das garantias), que no *foenus* existia como garantia usual do empréstimo uma *stipulatio poenae*, devendo a *actio pecuniae traiecticae* do texto de Ulpiano ser entendida como *actio ex poena traiecticae pecuniae*, sendo esta a única forma de defesa do credor, uma *actio* derivada duma *stipulatio poenae* ⁽⁶⁶⁾. DE MARTINO respondeu às críticas de BISCARDI: 1) a simples objecção de que do *mutuum* não nasce como natural consequência o *periculum* a cargo do credor e que não é natural que tal lhe seja adjunto através dum *pactum*; 2) está por demonstrar que tais *pacta* não formais pudessem gerar *actiones* para restituição de juros; 3) está por demonstrar por que razão foi abundante o uso de *stipulationes*, se era possível convencionar juros por mero pacto ⁽⁶⁷⁾; 4) a tese de que o *foenus nauticum* era tutelado por uma *actio ex poena traiecticae pecuniae*, que derivava duma *stipulatio poenae*, i.e., o facto de o *foenus nauticum* ser tutelado por uma *actio ex stipulatu* pode perfeitamente levar a induzir que, em vez de derivar duma *stipulatio poenae*, podia advir duma *stipulatio usurarum*, ou seja, a tese de BISCARDI serve precisamente e também para confirmar a solução oposta à sua; 5) a tese de BISCARDI leva a considerar a *poena*

e di inquadrare l'uso greco e la funzione economica cui rispondeva il contratto greco entro il rigore del sistema romano".

⁽⁶⁴⁾ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², pp. 280-281, Id., "I. de eo quod certo loco dari oportet", BIDR XXV (1912), pp. 183-184⁽²⁾.

⁽⁶⁵⁾ BISCARDI, "La struttura classica del *foenus nauticum*". *Studi per Albertoni*, Pádua, 1936, pp. 345 e ss.

⁽⁶⁶⁾ BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticae*.

⁽⁶⁷⁾ DE MARTINO, "Foenus nauticum (diritto romano)", NssDI VII. p.422.

como único meio de tutela do credor, e transforma a *poena* em obrigação “principal”, na ausência de tutela para a obrigação verdadeiramente principal, que é a derivada do *mutuum*: tal regime seria contrário e inadequado às exigências do tráfego comercial e em contraste com a função económica do contrato; 6) tal tese teria feito com que as cláusulas penais contivessem montantes exorbitantes, que conglomerassem restituição do capital, juros e cláusula penal propriamente dita; 7) não se compreende porque, se aceita a tese mais cônica de DE MARTINO de que os juros e a inversão do risco adviriam de *stipulatio*, seria ainda necessária uma cláusula penal para tutelar a posição do credor; 8) o próprio BISCARDI admite que em D.45,1,122,1, se trata duma *stipulatio*, e não tanto duma pena ⁽⁶⁸⁾. KUPISZEWSKI sufraga a tese de DE MARTINO, segundo a qual a assunção do risco da navegação por parte do credor é mero elemento accidental do empréstimo marítimo: todavia, a construção do Autor afasta-se de DE MARTINO, ao considerar elemento essencial da *pecunia nautica* a estipulação de juros. Recentemente, GIANFRANCO PURPURA veio tomar partido no debate, trazendo à disputa novos dados, desta feita arqueológicos, partindo da análise das tabuletas 13 ⁽⁶⁹⁾- ⁽⁷⁰⁾e 34 ⁽⁷¹⁾ de Pompeia, aceite que se referem ambas a empréstimos marítimos ⁽⁷²⁾. O Autor

⁽⁶⁸⁾ DE MARTINO, “*Foenus nauticum* (diritto romano)”, NssDI VII, p. 423, que conclui escrevendo: “[c]i pare dunque che anche le più approfondite e meditate ricerche dell’egregio collega finiscano col confortare la tesi da noi sostenuta, la quale risponde pienamente agli indirizzi della giurisprudenza che non era indifferente in presenza di modelli stranieri, ma ricevendoli li romanizzava più o meno interamente”.

⁽⁶⁹⁾ Na primeira tabuleta pompeiana, a 13, trata-se dum quirógrafo em grego do devedor Menelau, filho de Ireneu, originário duma cidade da Ásia Menor, Ceramo, deixado na cidade de Pozzuoli, a 11-IV-38, ao escravo de Públio Átio Severo, conhecido *foenerator* e comerciante romano, cujo nome aparece em várias ânforas providas das Hispânicas na 1.ª metade do séc. I d.C., sendo, nesta altura, Pozzuoli o principal porto de comércio com as Hispânicas. Nesta tabuleta, constam: 1) a redacção por escrito duma *conuentio nautica*, a que foram apostos selos, e que não chegou até nós; 2) a *numeratio pecuniae*; 3) redacção do *chirographum* da obrigação principal e da obrigação de garantia (*fideiussio*). Falta-lhe a menção aos juros e a *stipulatio*. A *numeratio pecuniae* era de 1000 denários (dracmas argênteos), a par de 4000 sestércios ou 320 gramas de ouro. Cf. GIANFRANCO PURPURA, “*Tabulae Pompeiane 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*”, *Atti della Accademia di Scienze, Lettere e Arti di Palermo V, II*, 1981-1982, pp. 449-474 = *Atti del XVII Congresso Internazionale di Papirologia*, Nápoles, 1984, pp. 1245-1266, também disponível em www.archeogate.it/iura.

⁽⁷⁰⁾ Na tabuleta 13, há ainda uma divergência interpretativa quanto ao seu âmbito no que respeita à garantia: ao passo que ANKUM, *ult. loc. cit.*, crê que a garantia englobaria capital e juros e que haveria aqui uma *datio* fictícia. PURPURA, *ult. loc. cit.*, considera o contrato real *quoad constitutionem*, e crê que a garantia apenas abrangia o capital.

⁽⁷¹⁾ Na tabuleta 34, consta Caio Márcio Saturnino, possível mercador ou capitão de navio.

⁽⁷²⁾ Neste sentido, advogando tratar-se de documentos relativos a empréstimos marítimos, ANKUM, “*Tabula pompeiana 13: ein Seefrachtvertrag oder ein Seedarlehen?*”, *Iura* XXIX (1978), pp. 156 e ss., e GIANFRANCO PURPURA, “*Tabulae Pompeiane 13 e 34: due documenti relativi al*

considera as duas tabuletas, com o nome do mesmo *iudex*, como referidas ao mesmo contrato, e não a contratos diversos ⁽⁷³⁾: uma referir-se-ia aos juros (6000) e a outra ao capital (18000 ⁽⁷⁴⁾), o que significaria que os juros teriam sido fixados em 1/3, ou seja, 33%, como era *praxis* negocial mediterrânica à altura. Quanto à tabuleta 34, sucede o mesmo que na tabuleta 13, dando-se a determinação à parte do capital e da fixação de juros a 1/3 do capital (=33%). Tal circunstância contraria a tese de BISCARDI de que os juros seriam fixados em função do tempo, do *periculum* — apenas nessa medida e atento este facto sendo possível ultrapassar a taxa máxima de juros permitida no Direito romano (12%) — e não por taxa fixa, mas PURPURA defende que a taxa era fixa, e não em função do tempo, suportando-se em D.22,2,3, alusiva a *periculum*, não a tempo, como critério de cômputo dos juros, e em C.4,33,5, alusivo a um termo máximo para a navegação, como era prática helenística, e não a juros em função do tempo. Significa isto que a regra era de que os juros eram fixados em 1/3 do capital, em desatenção do tempo de viagem (sendo certo que era determinado um tempo máximo, coincidente com a época propícia à navegação, até meados de Setembro), e que, apenas na falta de tal termo máximo de viagem, se parte para a regra geral, ínsita em P.S. 2,14,3, ou em C.4,33,2, de juros calculados em função do *periculum*, ou seja, segundo alguns, em função do tempo. Fora do caso de determinação de juros a 33%, e fora do caso supletivo de juros em função do *periculum*, os juros ficavam sujeitos à taxa máxima legal ⁽⁷⁵⁾. Em suma, para o Autor, contrariando a tese de BISCARDI, e aderindo e corroborando a de DE MARTINO, os Romanos adaptaram o contrato mediterrânico oriental usando um normal *mutuum* e uma *stipulatio* para conseguir os resultados normais do comércio marítimo difuso ao seu tempo.

Quanto a nós. Como resulta das características do tipo contratual, ele diverge do mútuo nos seguintes pontos: 1) a onerosidade do contrato; 2) o

prestito marittimo”, *Atti della Accademia di Scienze, Lettere e Arti di Palermo V, II*, 1981-1982, pp. 449-474 = *Atti del XVII Congresso Internazionale di Papirologia*, Nápoles. 1984, pp. 1245-1266, também disponível em www.archeogate.it/iura. Em sentido divergente, divisando aí um mero contrato de transporte marítimo, vd. WOLF, “Aus dem neuen pompeianischen Urkundenfund: der Seefrachtvertrag des Menelaos”, *Freiburger Universitätsblätter* LXV (1979). pp. 23 e ss.

⁽⁷³⁾ Contra, WOLF, *ult. loc. cit.*

⁽⁷⁴⁾ Estes 18000 parecem, *ictu oculi*, 8000, mas já WOLF, *ult. loc. cit.*, corrigiu o valor para 18000.

⁽⁷⁵⁾ Para PURPURA, *ult. loc. cit.*, “[i]n realtà, sembra possibile ammettere anche per il mondo romano in conformità alle esigenze commerciali ed ai dati testuali la preventiva determinazione di usure marittime, giustificate sì dal rischio, ma svincolate dal tempo, tanto più che di solito era apposto un termine massimo e che al di fuori del *periculum* era prevista la regola della corresponsione di interessi legittimi”.

pagamento de juros podia ser acordado *ex nudo pacto*, conforme resulta das fontes; 2) os juros do *foenus nauticum* não eram, no Direito Romano clássico, sujeitos a taxas limite, ao contrário do regime regra, mas só para o caso em que o navio sofresse os riscos de viagem, pois, quando tal não sucedesse, corriam os juros legais máximos; 3) o risco corre por conta do mutuante, ao contrário do que acontece com o *mutuum* ordinário ⁽⁷⁶⁾; 4) na *praxis* negocial marítima, as partes costumavam fixar *à forfait* e em conjunto a soma a restituir, cumulando capital e juros ⁽⁷⁷⁾, ao contrário da situação típica de mútuo, em que os juros requeriam uma *sponsio*, ou então estipulava-se uma *sponsio* para o total do capital e juros; 5) a obrigação de restituição do capital (e dos juros) é meramente eventual no *foenus nauticum*, subordinada à condição de a viagem chegar a bom porto, ao contrário do que se passa no *mutuum*; 6) aponta-se ser significativo chamar-se *foeneratores* àqueles que emprestavam dinheiro para transporte marítimo, e não mutuantes, o que indica uma especialização daqueles que se dedicam ao *foenus nauticum* ⁽⁷⁸⁾; 7) não despidendo é também que um autor romano da monta de Catão-o-velho, que rechaçava a *usura*, considerando-a de *furtum*, praticasse contratos de *foenus nauticum*, o que só pode significar que Catão não considerava o *foenus nauticum* um *mutuum*, nem sujeito a *usurae* ⁽⁷⁹⁾. Do exposto parece resultar, à luz da dogmática moderna, a diversidade dos tipos contratuais do *mutuum* e do *foenus nauticum*, uma vez que, ao contrário daquele, este tem como elementos do tipo o seu carácter oneroso, o mutuante suportar o risco de perda ou deterioração da *pecunia* ou dos bens adquiridos, e os juros poderem ser convencionados por *nuda pacta*, sem necessidade de *stipulatio* verbal a acrescer ao contrato real. Com efeito, atenta a necessária gratuidade do *mutuum*

⁽⁷⁶⁾ D.44.7.1.4: “(Ulpianus libro septimo disputationum) Serui ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem ciuilitur quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si seruo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso soluam, liberor”.

⁽⁷⁷⁾ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², Nicola Jovene & C. Ed., Nápoles, 1927, pp. 280-281.

⁽⁷⁸⁾ IMPALLOMENI, “Profilo storico comparativo dell’evoluzione del contratto di assicurazione”, *Scritti di Diritto Romano e tradizione romanistica*, Pádua, 1996, p.438, e, na sua esteira, GIRGADO PERANDONES, *op. cit.*, p. 13⁽⁶⁾.

⁽⁷⁹⁾ Plutarco, *Cato maior* 21. CARLO FADDA, *Istituzioni commerciali del Diritto romano — Introduzione*, prefácio de Lucio Bove. Jovene Ed. — Antiqua 47, Nápoles, 1987 (reimpr.1903), pp. 36-37, que escreve, quanto a Catão, que: “[e]ppure è ben lui che dichiara senz’ambagi essere il primo dovere guadagnare denari, e che non consiglia la speculazione commerciale solo perché troppo aleatoria. Dice bensì che l’usura, la *foeneratio*, gode troppo cattiva fama, ma egli non se astiene ed è del resto uno dei più costanti speculatori a mezzo del *foenus nauticum* nonché del commercio di schiavi”; tb. assim, DE MARTINO, “*Foenus nauticum* (diritto romano)”, *NssDI VII*, p. 422, ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, p. 458, e GIRGADO PERANDONES, *op. cit.*, pp. 16-17⁽⁶⁾.

no *Ius civile* romano, basta a circunstância de o *foenus nauticum* ter como elemento essencial o pagamento de juros, que não precisavam de ser convencioneados *ex stipulatione*, bem como a consideração de que a obrigação de restituição não era elemento essencial do contrato, antes poderia não se verificar, para não se tratar do mesmo contrato. Todavia, esta discussão é estéril: e isto pelo simples motivo de que, ao entrar no debate, estamos a transpor os cânones da dogmática jurídica moderna para a realidade romana (p.e., o mero facto de nos referirmos a elementos do contrato, qualificação, tipos contratuais). Do nosso ponto de vista, o que importa reter é que se tratava duma figura que gozava duma certa autonomia na *praxis* negocial marítima perante o clássico *mutuum* romano e que, não obstante tenha sido adaptada pela *iurisprudencia*, manteve traços originais perante aquele tipo contratual. Todavia, atento o facto de o *mutuum*, o câmbio marítimo e o moderno contrato de seguro andarem (ainda hoje) muitas vezes de “mãos dadas”, sobretudo em zonas cinzentas (pense-se nas operações de capitalização, no *loan receipt* ou no contrato de risco ou câmbio marítimo, directo descendente do *foenus nauticum*), atento o facto de a *iurisprudencia* romana ter procedido a consideráveis adaptações do esquema helenístico, atentas as especificidades não despreciadas do Direito contratual romano, e atentos ainda os dados arqueológicos (não obstante a investigação e interpretação de PURPURA levantar não poucas dúvidas), não pode negar-se que o Direito romano concebeu o *foenus nauticum* como uma espécie de *mutuum*, com características especiais, ainda que talvez não autónomas.

IV. Outra questão, colocada com não menos premência, respeita às formas pelas quais a situação jurídica resultante do *foenus nauticum*, *uidelicet* o direito à restituição do capital e dos juros por parte do *foenerator*, era tutelada, sabido que, no Direito Romano, o conceito de direito subjectivo não fora ainda formulado — atento o espírito pragmático da *iurisprudencia romana*, virado para a casuística, e a partir da resolução dos casos concretos, gradualmente, para a formação de *regulae* decisórias —, tendo sido precedido pelo de *actio*. Podemos divisar aqui três teses sobre a tutela judicial da relação de *pecunia traiectica*: (1) uns advogam que era concedida ao credor a *actio ex stipulatu incerti* ⁽⁸⁰⁾, (2) ou uma *actio ex stipulatu* e/ou uma *condicio ex lege* ⁽⁸¹⁾, (3) outros a *condictio certae pecuniae* ou talvez a *actio certae creditae pecuniae* ⁽⁸²⁾, (4) outros, supondo

⁽⁸⁰⁾ DE MARTINO, “Sul *foenus nauticum*”. RDN(1935), 1, pp. 217 e ss., ID., “Ancora sul *foenus nauticum*”, RDN2 (1936), pp. 433 e ss., ID., “Sull’*actio pecuniae traiecticae*”, RDN15 (1949), pp. 19 e ss., para quem a relação estaria tutelada com a *actio ex stipulatu*.

⁽⁸¹⁾ MATTHIAS, *Das foenus nauticum*, 1881, pp. 52 e ss.

⁽⁸²⁾ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*², pp. 280-281, que refere que a situação era tutelada com uma *condictio*. “almeno normalmente”.

que os mais antigos litígios se deram entre romanos e *peregrini*, e que portanto foram levados ao *praetor peregrinus*, insinuam poder ter sido uma *actio in factum* ⁽⁸³⁾, (5) e, por fim, houve quem considerasse que a situação era tutelada por uma *actio ex poena pecuniae traiectionis* ⁽⁸⁴⁾, (6) e quem considerasse que, no caso de as partes terem recorrido ao *mutuum cum stipulatione*, se recorria à *actio ex stipulatu*, que absorvia a *mutui datio*, porque era a única forma de pedir juros e capital em simultâneo, e, no caso de haver uma pena convencional, recorria-se à *actio poenae ex pecunia traiectionis*, e responde afirmativamente ao facto de os juros poderem ser pedidos no caso de *pactum*, por via duma *actio in factum*, dado noutros casos o Direito romano ter reconhecido juros sem *stipulatio* ⁽⁸⁵⁾. Um texto de Ulpiano menciona uma *actio pecuniae traiectionis*, cujo objecto e fórmula não é possível conhecer com segurança ⁽⁸⁶⁾. Quanto a nós, se bem que, dada a autonomia do *foenus nauticum* ante o *mutuum*, tal circunstância, em princípio, levasse a excluir a *actio ex stipulatu incerti*, uma vez que, não havendo limite de juros e podendo estes ser estipulados *ex nudis pactis*, era desnecessário o recurso à *stipulatio*, a verdade é que este expediente, não obstante, parece ter sido utilizado, pelo que importa distinguir: se se recorreu à *stipulatio*, a acção correspondente será a *actio ex stipulatu incerti*, se se não recorreu, basta o recurso à *condictio certae pecuniae*.

⁽⁸³⁾ KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II*, 1901, p. 1309.

⁽⁸⁴⁾ Assim, BISCARDI, *Studi Senesi*, 1946-1947, pp. 567 e ss., alterando a sua anterior posição, de que a situação era tutelada por uma *condictio certae pecuniae creditae* e pela *actio ex stipulatu* (ID., *Studi Albertoni II*, pp. 366 e ss.).

⁽⁸⁵⁾ HENRYK KUPISZEWSKI, "Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali", *Index 3* (1972) — *Omaggio a Max Kaser*, pp. 375-376.

⁽⁸⁶⁾ D.15,1,3,8: "(Ulpianus libro 29 ad edictum) Si seruus, cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur, an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiectionis pecuniae datur. Sed hoc et Neruae filio et mihi uidetur uerius ex compromisso serui non dandam de peculio actionem, quia nec si iudicio condemnatur seruus, datur in eum actio".

