

A MORA CONDUCTORIS NO DIREITO ROMANO E OS SEUS EFEITOS: O DIFERIMENTO DA EXPULSÃO DO LOCATÁRIO (por falta de pagamento da *pensio*)

ANTÓNIO A. VIEIRA CURA
Universidade de Coimbra

INTRODUÇÃO

Como resulta da referência feita no título à expulsão do locatário, o tema que nos propomos tratar enquadra-se na *locatio conductio rei*¹. E apenas versaremos a que tinha como objecto coisas imóveis (*fundi, aedes, insulae, caenacula*), por ser aquela a respeito da qual as fontes nos fornecem mais elementos. Esta restrição do âmbito da nossa comunicação encontra igualmente tradução no título, quer porque a expulsão do locatário pressupõe a sua detenção de um prédio quer porque é na *locatio conductio* de prédios urbanos e de prédios rústicos que a contrapartida do *uti* ou do *uti frui*

¹ A alusão a esta modalidade da *locatio conductio* não significa a nossa adesão à tese da existência, no direito romano, de três distintos contratos de locação, a *locatio conductio rei*, a *locatio conductio operarum* e a *locatio conductio operis*, pois não se ignora que essa tripartição não procede dos juristas romanos. Representa somente o reconhecimento de que, não obstante as fontes jurídicas – *maxime*, as *Institutiones* de Gaio (3,142), as *Institutiones* de Justiniano (3,24), o *Digesto* (19,2) e o *Codex* (4,65) – não conterem uma disciplina autónoma de cada uma dessas modalidades, este contrato consensual era indubitavelmente utilizado com diversas finalidades e que havia, inclusivamente, aspectos dessa disciplina (nomeadamente na casuística do *Digesto*) que valiam apenas a uma delas (como sucede, precisamente, com a *expulsio* do locatário). A respeito do desconhecimento da referida tripartição pelos juristas romanos, da discussão doutrinal em torno da unidade ou pluralidade contratual da *locatio conductio* e da origem da «teoria das três locações», vide JUSTO, António dos Santos, *A locação de coisa (locatio-conductio rei) no direito romano. Alguns reflexos no direito português*, in «Lusíada. Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito. Universidade Lusíada-Porto», n.ºs 1 e 2 (Coimbra Editora, 2001), pp. 611-613; OLIVIER-MARTIN, Félix, *Des divisions du louage en Droit Romain*, in RHDFE, 15 (1936), pp. 463-474; MAYER-MALY, Theo, «*Locatio conductio*». *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien/München, Verlag Herold, 1956, pp. 17-19; ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996, pp. 338-340; FIORI, Roberto, *La definizione della «locatio conductio»*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene Editore, 1999, pp. 1-10; e DU PLESSIS, Paul J., *Letting and hiring in Roman legal thought: 27 BCE – 284 CE*, Leiden/Boston, Brill, 2012, pp. 12-14.

concedido pelo *locator* ao *conductor* (*inquilinus* ou *colonus*²) tomava a designação de *pensio*³.

Principiaremos com uma referência aos requisitos de que dependia a existência da *mora* do *conductor*, quanto à sua obrigação fundamental de pagar a *pensio*, tomando em consideração as fontes respeitantes à *mora debitoris* (por ser a condição de devedor aquela em que o *conductor* se encontrava relativamente ao cumprimento dessa obrigação), que procuraremos articular com as que se referem ao prazo de duração do contrato de locação (variável, como veremos) e, em especial, ao momento em que o *conductor* devia efectuar o pagamento da *pensio*.

Passaremos depois aos efeitos da *mora conductoris*, em que aludiremos aos juros de mora e à sua natureza, para nos determos de seguida na apreciação da relação que intercedia entre a mora no cumprimento da obrigação de pagar a *pensio* e a expulsão do locatário pelo locador. Neste ponto seremos confrontados com o problema de saber se os passos do Digesto que exigem o decurso de um biénio (ou de um «biénio contínuo») para que o locador possa exercer o *ius expellendi* podem ser considerados clássicos ou se, pelo contrário, a referência ao mesmo se deve a alteração pós-clássica ou compilatória; e, no caso de se concluir que esse prazo de tolerância já era concedido ao *conductor* moroso no direito clássico, importa ainda determinar se ele tinha aplicação tanto na locação de prédios urbanos como na locação de *fundi* e se essa aplicação era independente da duração dos contratos.

Por fim, veremos em que medida poderemos falar de uma filiação no Direito Romano do actual regime jurídico da resolução fundada na falta de pagamento da renda por parte do arrendatário, no arrendamento urbano (no Código Civil português).

1. A MORA DO LOCATÁRIO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR A PENSIO

Os fragmentos do Digesto respeitantes à *locatio conductio*, inseridos no título do Digesto que lhe é dedicado (D.19,2 – «*Locati conducti*»), não contêm quaisquer elementos que nos permitam apurar, directamente, em que consistia a *mora* do *conductor*⁴; e o

² Nas palavras de CUJACIUS (1522-1590), «[i]nquilinus est conductor praedii urbani, colonus conductor praedii rustici». Cfr. CUJACIUS, Jacobus, *In librum IV Codicis recitationes solemnes. Ad titulum LXV. De locato, et conducto. Ad LL. V. VI. VII. VIII. IX. XIII. & XIV.*, in Jacobi Cujacii J. C. Praestantissimi Tomus Nonus vel Quintus Operum Postumorum (Neapoli, Michaelis Aloysii Mutio, 1722), col. 408. E nas de DONELLUS (1527-1591), que têm o mesmo alcance, «conductor generaliter in rebus omnibus. Quod si res soli est, in agro quidem colonus, in aedibus inquilinus dicitur. (...) Inter conductores autem rerum soli, colonus specialiter dictos ab agro colendo: Inquilinus quasi incolinos, ut qui aedes incolat, id est, inhabitet». Cfr. DONELLUS, Hugo, *Commentaria de Iure Civili, Liber XIII. Caput VI*, in *Opera Omnia*, tomo III, Lucae, Typis Joannis Riccomini, 1763, col. 814 e 815.

³ *Mercēs* era a designação genérica da contrapartida que o locatário estava obrigado a dar ao locador pelo uso (ou pelo uso e fruição) da coisa. *Pensio* designava especialmente a contrapartida devida quando se tratava de coisas imóveis (*res soli*). Cfr. DONELLUS, Hugo, *Commentaria de Iure Civili, Liber XIII. Caput VI*, cit., col. 814 e 815.

⁴ O termo «*mora*» apenas nos aparece em dois fragmentos, D.19,2,24,4 e D.19,2,54pr.; e, ao que parece, no primeiro deles a palavra nem sequer é usada no «sentido técnico» que adiante precisaremos. A parte desse passo em que o termo aparece é do seguinte teor: «() Quod si paucis diebus prohibuit, deinde

mesmo acontece com as constituições imperiais incluídas no título correspondente do Código (C.4,65 – «*De locato et conducto*»)⁵. Assim, para determinarmos quando o locatário ficava constituído em mora, no pagamento da *pensio*, temos de recorrer, fundamentalmente, aos fragmentos do Digesto referentes à *mora debitoris*, em virtude de aquele ser devedor no que tange à respectiva *obligatio*, sem prejuízo do indispensável recurso aos fragmentos do Digesto (integrados no mencionado título ou em quaisquer outros) que nos fornecem informações sobre a duração do contrato e, em particular, quanto ao momento em que a *pensio* devia ser paga.

Os passos do Digesto atinentes à *mora debitoris* que aqui nos interessam não são, porém, somente os contidos no título do Digesto dedicado (também) a esse instituto, (D.22,1 – «*De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*»); há muitos outros, em diversos títulos e livros dessa colectânea justinianeia, que igualmente contribuem para apurar «*quid sit [erat] mora*», com destaque para os respeitantes à *stipulatio*⁶. Também estes podem ajudar a determinar em que consistia a mora do locatário, pois a *stipulatio* (uma das criações mais originais e mais geniais do Direito Romano⁷) – tinha uma importância tal no sistema contratual romano que, segundo BIONDI, «*constituisce quasi il paradigma della dottrina generale del contratto e della obbligazione, come risulta*

paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. (...)». Apesar de MAYER-MALY ver aí uma das especialidades da mora na *locatio conductio* [cfr. MAYER-MALY, Theo, «*Locatio conductio*», cit., p. 148], parece-nos que a palavra significa «impedimento, estorvo» (à fruição do *fundus* pelo colono, a que o mesmo se refere), tal como em muitas passagens das fontes literárias. A este respeito, vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 99.

⁵ Neste título não existe qualquer constituição imperial em que apareça o termo «*mora*».

Dado o carácter elementar de que se revestem, também não se encontra qualquer referência à mora no título das *Institutiones* de Justiniano que trata da *locatio conductio* (I.3,24 – «*De locatione et conductione*»), nem no parágrafo das *Institutiones* Gai que se refere a esse contrato (GAIUS III,142).

⁶ A respeito da noção, das características e do efeito da *stipulatio*, vide BIONDI, Biondo, *Contratto e «stipulatio»*. Corso di lezioni, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, pp. 267-270, 293-301 e 345-359 – onde o A. afirma que não se dever falar de forma, «*giacchè i verba non erano forma ma elemento generatore della obligatio*», julgando preferível «*parlare di struttura piuttosto che di forma*»; CRUZ, Sebastião, *Da «solutio»*, I – *Épocas arcaica e clássica*, Coimbra, ed. do aut., 1962, pp. 132 e 217-219, e *Direito Romano*, I – *Introdução*. Fontes, 4.^a ed., Coimbra, ed. do aut., 1984, pp. 303-307; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 10.^a ed., Pamplona, Euns, 2004, pp. 511-515 e 521-525; PASTORI, Franco, *Appunti in tema di «sponsio» e «stipulatio»*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961, pp. 207-208, 225-228 e 231-238; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, «*Sponsio» e «stipulatio» nella terminologia romana*, in *BIDR* 65 (1962), 198-200 e 213-221; GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3.^a ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1963, pp. 127-131; WOLF, Joseph Georg, «*Causa stipulationis*», Köln/Wien, Böhlau, pp. 1-2; KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I – *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, Beck, 1971, pp. 538-542; CASTRESANA, Amelia, *La estipulación*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 439 e segs.; ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations*, cit., pp. 68-75 e 91-93; SÁNCHEZ COLLADO, Elena, «*In ambiguis contra stipulatorem*». El «*favor debitoris*» en los negocios jurídicos, in *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho moderno*. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, pp. 765-766; e CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., nota 259.

⁷ Cfr., por ex., BIONDI, Biondo, *Contratto e «stipulatio»*, cit., p. 269 – que qualifica a *stipulatio* como «*una delle più geniali creazioni, forse il capolavoro dello spirito giuridico latino*» («uma das criações mais geniais, talvez a obra-prima do espírito jurídico latino»); e KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 538 – que a considera como «*eine der wichtigsten und originellsten Schöpfungen des römischen Rechts*» («uma das criações mais importantes e mais originais do direito romano»).

dall'ampia trattazione di Gaio (3,97-127) e dal nutrito titolo delle *Pandette* de verborum obligationibus (D.45,1)»; e a circunstância de, nos textos jurídicos, se falar de *stipulatio* e de *stipulari* «con la stessa frequenza con cui noi moderni parliamo di contratto e di contrattare» faz com que BIONDI afirme, inclusivamente, que «il giurista quando parla di stipulari forse allude non alla obligatio verbis ma a qualunque contratto»⁸.

O grande interesse doutrinal desse contrato verbal⁹ e a referência frequente que lhe é feita nas fontes jurídicas constituem, seguramente, o reflexo da enorme importância prática de que o instituto se revestia, em virtude da sua «vastissima (...) sfera di applicazione» (para utilizarmos, uma vez mais, as palavras de BIONDI¹⁰)¹¹, consentida pela sua natureza abstracta (que tornava possível a realização de finalidades muito diversas) e pela amplitude do seu objecto, que podia consistir em qualquer prestação, positiva (*dare, facere* ou *praestare*) ou negativa (*non facere*)¹².

Essa grande importância prática justifica plenamente a particular atenção que lhe era dispensada pelos jurisconsultos clássicos, o que é comprovado pela parte dos seus *libri* acolhida no *Digesto* (que sabemos ser ínfima). E este especial interesse explica, por sua vez, que muitos dos aspectos do regime jurídico dos contratos e das obrigações que deles nascem apareçam regulados, precisamente, a propósito da *stipulatio*: é o que acontece, designadamente, com os requisitos da *mora debitoris*. A esse facto não deve, aliás, ser alheio o carácter unilateral desse contrato, por dele resultar uma *obligatio* somente para uma das partes (o *promissor*)¹³ – enquanto para a outra (o *stipulator*) nascia uma *actio* –, pois permitia encarar as vicissitudes próprias da vida da obrigação (e as

⁸ Cfr. BIONDI, Biondo, *Contratto e «stipulatio»*, cit., p. 270.

⁹ Sobre a qualificação da *stipulatio* como «contrato verbal», que assenta no facto de a obrigação ser contraída «*verbis*», isto é, mediante palavras proferidas oralmente (cfr. GAIUS III,89, que Justiniano seguiu, em I.3,13,2, GAIUS III,92, D.44,7,1,1, D.44,7,1,7 e D.45,1,5,1), ainda que a *iurisprudentia* clássica não deixasse de tomar em consideração o consenso das partes, a *voluntas*, que os *verba* exteriorizavam (cfr. D.2,14,1,3, D.45,1,83,1 e D.45,1,137,1), vide CURA, António Alberto Vieira, «*Fiducia cum creditore*». Aspectos gerais, in *BFDUC*, Suplemento XXXIV (1991), p. 91, e «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., nota 264.

¹⁰ Cfr. BIONDI, Biondo, *Contratto e «stipulatio»*, cit., p. 270.

¹¹ No sentido de que a *stipulatio* era um contrato largamente aplicado, ou mesmo o mais utilizado pelos Romanos, vide (além de BIONDI) RICCOBONO, Salvatore, *Corso di Diritto Romano. Formazione e sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole a Giustiniano*, II, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1933, p. 181; ARIAS RAMOS, José/ARIAS BONET, Juan Antonio, *Derecho Romano*, II, 17.^a ed., Madrid, Edersa, 1984, p. 584; e KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 538.

¹² A circunstância de a *stipulatio* ser um contrato abstracto (em virtude de o *promissor* ficar vinculado com a resposta afirmativa e congruente à *interrogatio* feita pelo *stipulator* – cfr. GAIUS III,92, e III,102, D.44,7,1,7, D.44,2,52,2, D.45,1,1,1-4 e D.45,1,5,1 –, sem que fosse mencionada a causa, a relação substancial que as partes pretendiam efectivar por meio desse contrato) não significa que não exista uma causa determinante da vinculação do promitente, pois, como afirma BIONDI, «nessuno dice spondeo senza una ragione»; no entanto, ela não é requisito de existência ou de validade do negócio, que produz sempre os mesmos efeitos «*indipendentemente dalla causa e qualunque sia la causa*».

Cfr. BIONDI, Biondo, *Contratto e «stipulatio»*, cit., pp. 22, 248, 270-276, 324-335 e 341-345; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, cit., p. 307; GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 10.^a ed., Napoli, Editore Jovene, 1994, pp. 847-849 e 853-857; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 513; FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado Romano*, Madrid, ed. do aut., 1978, pp. 228 e 230-232; e SACCONI, Giuseppina, *Ricerche sulla «stipulatio»*, Torino, Editore Jovene, 1989, pp. 32-37, 71-100 e 101-138.

¹³ No sentido de que *stipulatio* tinha natureza unilateral, vide, por ex., BIONDI, Biondo, *Contratto e «stipulatio»*, cit., p. 251; e FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 228.

suas anomalias) sem dependência de qualquer outro vínculo, de sinal contrário, entre o credor e o devedor (como, inevitavelmente, sucedia nos contratos bilaterais, *maxime* naqueles de que brotavam obrigações recíprocas para as partes desde início, como era o caso da *locatio conductio*).

1.1. A existência de uma obrigação civil vencida como pressuposto da *mora conductoris*

Para haver mora do devedor era preciso, antes de mais, que ele estivesse vinculado por uma *obligatio civilis*. Não bastava uma obrigação natural, por não ser judicialmente exigível o seu cumprimento, como resulta de dois fragmentos do Digesto provenientes do *libro quinto quaestionum* de SCAEVOLA¹⁴:

D.45,1,127 – «*Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. (...)*».

D.50,17,88 – «*Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*».

O primeiro destes textos refere a promessa de *dare* o escravo *Stichus* feita por um pupilo, mediante *stipulatio*, sem a competente *auctoritas* do tutor (e acompanhada da prestação de uma *fideiussio*). Como o pupilo não podia obrigar-se mediante qualquer contrato «*sine tutoris auctoritate*»¹⁵, a falta dessa «autorização», que devia ser prestada no próprio acto, impedia o *stipulator* de exigir judicialmente a *datio* do referido *servus* ao promissor, não passando a obrigação do *pupillus* devedor, segundo diversos textos, de uma *obligatio naturalis*¹⁶.

Assim, diz o fragmento, morrendo o escravo que o pupilo se obrigara a dar numa altura em que já havia atraso da parte deste («*post moram a pupillo factam*») na realização

¹⁴ Trata-se de QUINTUS CERVIDIUS SCAEVOLA, jurista que viveu no séc. II d.C., o único dos jurisconsultos com esse *nomen* (muito frequente) de cujas obras foram extraídos fragmentos utilizados pelos compiladores na elaboração do Digesto. A respeito dos vários juristas com o *nomen* SCAEVOLA, vide CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, cit., pp. 376, 383-385, 397 e 458; e KUNKEL, Wolfgang, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952, pp. 10, 12, 14, 18 e 217-219.

¹⁵ Cfr. D.26,8,9pr.: «*Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: ()*»; D.29,2,8pr.: «*More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt ()*»; GAIUS II,83: «*At ex contrario omnes res tam Mancipi quam nec Mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solvi possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est*»; e GAIUS III,107: «*Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur <tutor>, veluti si ipse obligetur ()*».

¹⁶ Cfr., em particular, D.12,6,13, pr.-1: «*Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine solvat (...) repeti non poterit (...). Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit [et locupletior factus est], si pubes factus solvat, non repetit*»; D.36,1,66(64),pr.: «*Si eius pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo senatus consulto, mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam (...): non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata intellegitur. Et si eius mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderit, si solverit mihi pupillus, non repetet ()*»; D.44,7,43: «*() pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili*»; e D.46,2,1,1: «*Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis (...): qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit*».

da *datio*, o pupilo não se encontrava verdadeiramente em *mora*, pois «*não há mora quando não há acção para demandar o devedor*» («*nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*»)¹⁷, ou seja, quando o devedor é, simplesmente, um *naturaliter obligatus*. E facilmente se entende que assim seja, pois este devedor apenas cumpre a obrigação se e quando quiser, o que exclui toda e qualquer possibilidade de configurar a existência do atraso que a mora técnica pressupõe¹⁸.

Aquela afirmação é repetida no segundo fragmento, que, contrariamente ao que pretendeu a doutrina do direito comum, não se refere à exigência de interpelação. A sua proveniência do mesmo livro (das *quaestiones*) de *SCAEVOLA* de que procede o primeiro legitima a conclusão de que «*nulla petitio est*» significava originariamente (antes de Justiniano conferir sentido geral à frase em questão, ao inserí-la de forma isolada no título do Digesto «*de diversis regulis iuris antiqui*») «*não haver actio*» e, portanto, *ius* (direito), para demandar o devedor que não cumprisse a obrigação; o que acontecia, exactamente, no caso a respeito do qual esse jurisconsulto se pronunciava no passo contido em D.45,1,127 – o de a obrigação ser natural, e não *civilis*¹⁹.

Em face do exposto, parece legítimo afirmar que também o inquilino ou colono que apenas tivesse uma obrigação natural de pagar a *pensio* (nomeadamente, no caso de ter sido um pupilo a realizar o contrato de locação e não ter sido interposta a *auctoritas tutoris*²⁰) não podia incorrer em mora, uma vez que o *locator* não tinha contra ele a *actio locati*, para o responsabilizar pelo atraso no cumprimento da obrigação.

Além de se tratar de uma obrigação civil (e não natural), para haver mora do devedor era indispensável que se tivesse verificado o respectivo vencimento, isto é, que a obrigação fosse exigível. Isso vale, como é evidente, para a obrigação de pagar a *pensio*, a que estava adstrito o inquilino ou o colono.

Em relação a essa obrigação, como parece difícil conceber que não fosse conveniado um prazo para o cumprimento ou (o que vale o mesmo) fixado um certo dia para esse efeito, era aplicável a *regula* própria das obrigações a termo²¹, enunciada, por exemplo, na parte final de um fragmento do Digesto que, segundo a respectiva *inscriptio*, procede do *libro duodecimo digestorum* de *CELSUS*²²:

¹⁷ Apesar de a parte final do fragmento ter levantado suspeitas de interpolação, cremos que não existem razões para duvidar do seu carácter substancialmente clássico na parte que aqui nos interessa (da ausência de responsabilidade do pupilo). Neste sentido, *vide* THOMAS, J. A. C., «*Naturalis obligatio pupilli*», in «*Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*», Berlin, Duncker & Humblot, 1970, p. 459.

¹⁸ Sobre os diferentes significados que a palavra «mora» assume nesse fragmento, *vide* CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 185-187.

¹⁹ Cfr. MONTEL, Alberto, *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Padova, Cedam, 1930, pp. 16-17 – para quem a palavra «*petitio*» não tem o significado de «*richiesta*», mas, antes, o de acção.

²⁰ Tenha-se presente o teor das fontes mencionadas *supra*, nota 15 (em especial o de D.26,8,9pr.).

²¹ Se, porventura, se tratasse de obrigação «pura e simples», o locador, como qualquer outro credor podia, em princípio, exigir imediatamente o seu cumprimento. A *regula iuris* do vencimento imediato dessas obrigações encontra-se enunciada em D.50,17,14 : «*In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*». Havia, porém, obrigações puras não sujeitas a essa *regula*. Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 193 e segs.

²² A respeito das razões pelas quais entendemos que esse fragmento provém, antes, do *libro tertio*

D.50,17,186 – «(...) *et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest*».

O princípio geral a respeito das obrigações para cujo cumprimento se estabelecia um prazo («*dies certus an certus quando*» – termo certo quanto à sua verificação e quanto ao momento em que ocorrerá)²³ era o de que a realização da *solutio* não podia ser exigida antes de haver decorrido esse prazo; ou seja, o de que a obrigação se vencia (isto é, podia ser exigida) somente no *dies* contratualmente fixado²⁴⁻²⁵.

1.1.1. A duração dos contratos de locação de coisa e o tempo do pagamento da pensio

Os contratos de locação de coisa podiam ser celebrados a termo (o que devia ser o mais frequente²⁶) ou por tempo indeterminado²⁷. cremos, no entanto, que mesmo nes-

digestorum, vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 236 e segs.

²³ Sobre as outras espécies de *dies* (segundo a quadripartição escolástica) – «*dies certus an incertus quando*», «*dies incertus an certus quando*» e «*dies incertus an incertus quando*» – e a qualificação das duas últimas como hipóteses de *condicio*, vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 332-338.

²⁴ A recusa do devedor em cumprir a obrigação antes desse momento era, portanto, perfeitamente legítima, o que equivalia a reconhecer que o prazo se considerava estabelecido a seu favor, como se diz, expressamente, em D.50,17,17 («...*in stipulationibus promissoris gratia tempus adicitur*») e em D.45,1,41,1, *in fine* («*ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore*). Mas isso decorre ainda de outros passos do Digesto (D.46,3,70, D.45,1,38,16 e D.46,3,98,4). Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., p. 340.

²⁵ Isso resulta de muitos outros passos do Digesto (em especial de D.12,1,9pr., D.45,1,137,2, D.45,1,49,3, D.50,16,213pr., D.45,1,59, D.45,1,41,1, D.45,1,46pr., D.46,2,5, D.12,6,10, D.16,2,7pr., D.44,7,44,1, D.35,1,1,1, D.36,2,21pr. e de D.36,3,9), assim como de dois parágrafos das Instituições de Gaio (GAIUS III,124 e GAIUS IV,131). Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 339-361.

²⁶ Cfr., por ex., ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations*, cit., p. 355.

²⁷ Neste sentido, vide KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 568, nota 47; ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations*, cit., pp. 355-357; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário. O direito à permanência nas dependências locadas, desde o direito romano clássico*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 83 e 88-89.

GALLO considera erróneo supor que na denominada «locação por tempo indeterminado» faltasse a determinação da duração. Nesse caso o contrato seria nulo, por não ser respeitado o requisito da *merces certa*, a que alude GAIUS III,142 («*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*»). Na sua opinião, os contratos em que não fosse expressamente acordado o prazo consideravam-se celebrados pelo prazo a que se referia a *merces* (assim, por ex., um pagamento mensal da *merces* significava um prazo de locação de um mês); o acordo sobre a *merces*, sem o qual não havia locação, continha uma referência temporal. Cfr. GALLO, Filippo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in «*Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*», vol. II (Napoli, Editore Jovene, 1964), pp. 1201 e segs.

FRIER discorda desse entendimento e a sua doutrina é seguida entre nós por DAVID MAGALHÃES, designadamente porque no referido parágrafo das *Institutiones Gai* apenas se exige uma *merces certa*, e não, também, a determinação de prazo, «não sendo minimamente incompatível a determinação de uma renda certa (por exemplo, renda anual de *x*) enquanto o contrato durasse (embora não se soubesse por quanto tempo)», nas palavras de DAVID MAGALHÃES. Cfr. FRIER, Bruce W., *Landlords and Tenants*, cit., pp. 167-168; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., p. 89.

Saliente-se que a exigência de *merces certa* era igualmente formulada por PAPINIANUS – cfr. D.24,1,52pr.:

tes últimos não deixaria de ser convencionado prazo para o pagamento da *pensio* (ou das *pensiones*).

E, tratando-se de contrato a termo, a sua duração tinha manifesta influência na fixação do momento em que a *pensio* (ou as *pensiones*) devia(m) ser paga(s).

Vejamos o que resulta das fontes quanto à duração dos contratos a termo e a respeito dos diferentes modos como era fixado o tempo de pagamento das *pensiones*.

1.1.1.1. A duração dos contratos de locação a termo

A duração do contrato de locação a termo cujo objecto fosse um prédio urbano ou um prédio rústico, a que se reportam os testemunhos contidos nas fontes jurídicas (e de que aqui nos ocupamos), podia ser de um ano, de vários anos ou de cinco anos.

A um contrato de locação celebrado pelo prazo de um ano aludem dois passos do Digesto, ambos respeitantes a *locatio conductio* de uma habitação:

D.19,2,19,6 – «*Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit (...)*» [«Se alguém que tivesse tomado de arrendamento uma habitação por um ano houvesse dado a pensão correspondente a todo o ano, (...)»];

D.43,32,1,4 – «*(...) si semenstrem solvit, sexmenstris debeatur, inutiliter interdicet, nisi solverit et sequentis sexmenstris.(...)*» [«(...) se <o inquilino> pagou um semestre mas é devido o outro semestre não pode exercitar o interdito <para retirar os móveis da casa>, a não ser que pague o semestre seguinte. (...)»]²⁸.

Neste último parágrafo é igualmente mencionada, a seguir, uma duração de vários anos; e o mesmo se verifica, também com referência à locação de uma casa, em outro passo do Digesto:

D.43,32,1,4 – «*(...) Idem est et si quis in plures annos conduxerit et nondum praeterierit tempus. (...)*» [«(...) Do mesmo modo, se alguém tiver tomado de arrendamento <a habitação> por vários anos e ainda não houver transcorrido esse prazo. (...)»];

D.19,2,60pr. – «*Cum in plures annos domus locata est, (...)*» [«Quando uma casa é locada por vários anos, (...)»].

Existe ainda outro fragmento do Digesto no qual está implícita essa duração por vários anos, quanto à locação de uma *insula*:

D.20,4,13 – «*Insulam tibi vendidi et dixi prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi (...)*» [«Vendi-te um edifício destinado a arrendamento e declarei que a pensão do primeiro ano seria para mim e as pensões dos anos seguintes para ti (...)»]²⁹.

«*(...) quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest, (...)*».

²⁸ Estes dois parágrafos são citados por FRIER, mas sem indicação da parte dos mesmos em que se baseia. Cfr. FRIER, Bruce, *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 37.

O período de um ano a que D.43,32,1,4 se refere imediatamente após a parte transcrita parece não ser o prazo de duração do contrato, mas aquele durante o qual, por força de «convenção especial» (e não da *conventio* que constituía elemento essencial do contrato), não era permitido ao *inquilinus* abandonar a casa (que, aliás, podia ser outro prazo determinado, como aí se diz).

²⁹ Estes três parágrafos são igualmente referidos por FRIER (sem distinguir os dois primeiros deste

E em três outros passos da referida colectânea a duração por vários anos é mencionada ou pode deduzir-se para a locação de *fundus*:

D.19,2,24,5 – «*Qui in plures annos fundum locaverat, (...)»* [«Uma pessoa que tinha locado um fundo por vários anos, (...)»];

D.19,2,32 – «*Qui fundum colendum in plures annos locaverat, (...)»* [«Uma pessoa que tinha locado um terreno para cultivar por vários anos, (...)»];

D.19,2,15,4 – «*Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. (...)»* [«Papiniano, no livro quarto das respostas, diz que se alguém tiver concedido ao colono a remissão <da pensão> por um ano, por causa da esterilidade, e depois, nos anos seguintes, houver uma colheita abundante, o proprietário em nada é prejudicado pela remissão, pois também pode exigir por inteiro a pensão do ano em que a remitiu (...)»].

Por fim, noutros textos do Digesto menciona-se o prazo de cinco anos (um quinquénio ou lustrum – que era o prazo das *locationes censoriae* do *ager publicus*³⁰), no primeiro tanto para a locação de um *fundus* como de uma *domus* e nos restantes apenas para a de *fundus*:

D.19,2,24,2 – «*Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, (...)»* [«Se uma casa ou um fundo foi locado pelas pensões de um quinquénio, (...)»];

D.19,2,24,4 – «*Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, (...)»* [«O colono, se não lhe for permitido fruir <do fundo>, pode demandar imediatamente por todo o quinquénio, (...)»];

D.19,2,9,1 – «*(...) si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit (...)»* [«(...) Se o usufrutuário tiver locado o fundo por um quinquénio e houver falecido (...)»];

D.19,2,13,11 – «*(...) etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. (...)»* [«(...) ainda que no início se tivesse fixado um lustrum para a locação. (...)»];

D.45,1,89 – «*Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: 'quidquid te dare facere oportet?' (...)»* [«Se de um colono a quem tinha locado um fundo por um quinquénio eu tivesse estipulado, decorridos três anos, 'tudo o que tu deves dar ou fazer' (...)»];

D.12,1,4,1 – «*(...) si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, (...)»* [«(...) se o colono tiver percebido os frutos depois de terminar o lustrum <da locação>, é claro que se reclama somente pela condição, (...)»];

D.24,3,7,8 – «*Item si locatio agri talis sit, ut super annuam mercedem quinquennio quoque aliquid amplius praestaretur (...)»* [«Quando a locação de um terreno de cultivo se faz de modo a que, além da renda anual, se pague algo mais pelo quinquénio (...)»];

D.24,3,25,4 – «*Si vir in quinquennio locaverit fundum (...)»* [«Se o marido tiver locado um fundo <total> (...)»];

quanto ao modo como a duração do contrato por vários anos deles resulta). Cfr. FRIER, Bruce, *Landlords and tenants*, cit., p. 37.

³⁰ Cfr., por ex., KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, cit. p. 568, nota 47; e D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 59 e 593.

D. 34,3,16 – «*Ei cui fundum in quinquennium locaveram (...)*» [«Àquele a quem tinha locado um fundo por um quinquênio, (...)»];

D.47,2,68(67),5 – «*Si colonus post lustrum conductionis anno amplius fructus invito domino perceperit, (...)*» [«Se um colono, depois de terminado o lustro da locação, tiver percebido os frutos contra a vontade do proprietário por mais de um ano, (...)»].

Atendendo, certamente, ao número muito significativo de fragmentos do Digesto nos quais o prazo do contrato de locação é de cinco anos, vem de há séculos a afirmação de que «os Romanos, normalmente, costumavam locar os prédios por um quinquênio», tanto no caso de prédios rústicos como urbanos³¹. E, na actualidade, continua a haver romanistas que sustentam ser frequente ou usual a celebração de contratos de locação de prédios urbanos por cinco anos³². Parece-nos, no entanto, preferível restringir a afirmação da duração quinquenal normal à *locatio conductio de fundi*³³, a que se referem todos os textos citados (enquanto apenas um deles, D.19,2,24,2, alude igualmente à locação de prédio urbano³⁴), na qual, aliás, não devia ser possível estabelecer uma duração inferior ao ano agrícola³⁵ – o que justifica a *relocatio tacita* por um ano, referida em D.19,2,13,11³⁶.

³¹ Cfr., por ex., LYNCKER, Nicolaus Christophorus, *De expulsionem conductoris, si pensionibus non paruerit* (Jenae, Literis Nisianis, 1687), p. 20 – «() Firmatur autem ista explicatio antiqua locationis conductionis contractum apud Romanos celebrandi ratione, qua in quinquennium solebant locari praedia, ()»; e ITTIGIUS, Gothofredus Nicolaus, *Disputatio Juridica de expulsionem conductoris ante tempus* (Lippiae, Christian Scholviem, 1680), cap. III, § 12 – «() Ita olim apud Romanos tam Urbanorum, quam Rusticorum praediorum locationes publicae & privatae in quinquennium fiebant, ()».

³² Cfr. FRIER, Bruce W., *Tenant remedies for unsuitable conditions arising after entry. A Roman Law perspective on modern american common law*, in «Studies in Roman Law in memory of Arthur Schiller», Leiden, E. J. Brill, 1986, p. 73; e DU PLESSIS, Paul, *Theory and practice in the Roman Law of contracts*, in «Thomas A. J. McGinn (ed.), *Obligations in Roman Law: past, presente and future*» Michigan, The University of Michigan Press, 2012, p. 147 – em que o A. diz saber-se, com referência ao arrendamento urbano, por exemplo, que «os contratos eram usualmente celebrados por um período de cinco anos (o *lustrum*)».

³³ Neste sentido, vide FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*, 3.^a ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1904, p. 701; KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 568; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 59 e 593; MAYER-MALY, Theo, «*Locatio conductio*», cit., pp. 46 e 139; ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations*, cit., pp. 355-356; PICHONNAZ, Pascal, *Quelques remarques sur la «relocatio tacita»*, in RIDA³ 49 (2002), p. 150; SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore per mancato pagamento del canone nella locatio di aedes e di fundi*, in AUPA, 51 (2006), p. 275; DAZA MARTINEZ, Jesús/RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 389; e FERNÁNDEZ BARREIRO, A./PARICIO, Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 8.^a ed., Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, p. 301.

³⁴ A referência desse texto à locação de uma casa (além da locação de um *fundus*) foi considerada interpolada no período do radicalismo crítico; mas parece não haver razão para tal. Cfr., por ex., FRIER, Bruce, *Landlords and tenants*, cit., pp. 92-93 e nota 92 – que considera esse passo «provavelmente não interpolado»; e LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete (vor oder nach ablauf der mietzeit) im römischen Recht*, in TvR, 70 (2002), p. 237 – que afirma ser arbitrária essa tese (da interpolação).

³⁵ Cfr. GALLO, Filippo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione*, cit., p. 1202; e SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., p. 275.

³⁶ D.19,2,13,11: «() Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. ()».

Relativamente à locação de *domi*, *insulae* ou *caenacula*, também parece não haver base suficiente para sustentar que o prazo era em regra de um ano³⁷, por haver muitos passos do Digesto que aludem a uma duração por vários anos.

A falta de referência das fontes a contratos de locação de prédios urbanos celebrados por prazos inferiores a um ano parece não constituir prova de que as partes não os convencionavam. Sem esquecer que nem sempre é mencionado nas fontes o prazo dos contratos de que emergem as questões a respeito dos quais os jurisconsultos se pronunciam, essa ausência talvez se deva, fundamentalmente, ao facto de nos contratos com prazos mais curtos não surgirem questões do tipo das que concitavam a atenção da *iurisprudencia romana*³⁸.

1.1.1.2. A periodicidade e o tempo do pagamento da *pensio*

Uma coisa era a duração do contrato (que, como dissemos, até podia nem ser estabelecida) – particularmente relevante, ainda assim, no que se refere à questão do biénio de tolerância na expulsão do locatário, de que nos ocuparemos adiante –, outra o pagamento da *pensio*, que tanto podia ser efectuado de uma só vez como periodicamente (o que acontecia, sobretudo, nos contratos a termo de mais longa duração e nos de duração indeterminada).

Quanto a este aspecto, que particularmente nos interessa para a determinação do vencimento da obrigação fundamental do *inquilinus* ou *colonus* e da existência de *mora conductoris*, as fontes não são muito pródigas.

A possibilidade de, na locação de prédio urbano, o pagamento da *pensio* ser feito de seis em seis meses, o da primeira decorridos seis meses sobre o início do contrato e o da segunda no fim do semestre seguinte, é comprovada por um passo do Digesto extraído do *libro septuagensimo tertio ad edictum* de *ULPIANUS*:

D.43,32,1,4: «*Si pensio nondum debeatur, ait Labeo interdictum hoc cessare, nisi paratus sit eam pensionem solvere. Proinde si semenstrem solvit, sexmenstris debeatur, inutiliter interdicet, nisi solverit et sequentis sexmenstris, (...)*».

Aí se alude, com efeito, ao pagamento já realizado da *pensio* de um semestre, num contrato com a duração de um ano, e à necessidade de o inquilino proceder ao paga-

Sobre a *relocatio tacita* (na locação de *fundi*) e a sua justificação, vide GALLO, Filippo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione*, cit., pp. 1202-1204; FRIER, Bruce, *Landlords and tenants in imperial Rome*, cit., pp. 165-167; ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations*, cit., pp. 356-357; e PICHONNAZ, Pascal, *Quelques remarques sur la «relocatio tacita»*, cit., pp. 148-158.

³⁷ Isso é defendido, v.g., por LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit., pp. 237 e 248. Este A. cita FRIER (*Landlords and tenants*, p. 34, nota 45) como partidário dessa tese, mas parece-nos que isso não resulta da obra e nota citados; e tanto assim que, logo na página seguinte (p. 35), afirma, com referência aos contratos de locação celebrados por arrendatários da classe alta, que «o prazo da locação variava, sem dúvida», podendo ser de «um ano», de «vários anos», de «cinco anos» e acrescenta até não haver razão para duvidar de que o prazo de vários anos, a que há um número de referências que pode parecer surpreendente, era «tão comum em Roma como nas locações egípcias de casas» [*The term of lease no doubt varied: one year (...), several years (...) five years (...). What may seem surprising is the number of references to multiple-year lease of dwellings; but there is little reason to doubt that this was as common in Rome as in Egyptian house leases*].

³⁸ GALLO admite a possibilidade de uma locação diária de quartos e de apartamentos. Cfr. GALLO, Filippo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione*, cit., p. 1206.

mento da correspondente ao outro semestre para poder exercitar o *interdictum de migrando*, em virtude de, como dizia LABEO (cuja opinião é convocada por ULPIANUS), tal interdito não ter aplicação no caso de a *pensio* estar em dívida, a menos que o inquilino estivesse disposto a efectuar o seu pagamento (integral).

E o pagamento anual é directamente testemunhado, quanto à locação de prédio rústico, por D.24,3,7,8, já mencionado a propósito da duração do contrato, e por uma constituição imperial de Alexandre Severo, do ano 231, conservada no *Codex*:

C.4,65,8 – «*Licet certis annuis quantitativibus fundum conduxeris, (...)»* [«Ainda que tenhas tomado de arrendamento um fundo por certas quantidades anuais <de géneros> (...)].

Essa periodicidade do pagamento da *merces* parece resultar igualmente de um passo do Digesto extraído do *libro trigesimo primus ad Sabinum* de ULPIANUS:

D.24,3,7,2 – «*E contrario quoque idem observandum est: nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit et vir ex calendis martiis eundem locaverit et calendis aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensum, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debetur portionem retinebit.*»

Este texto refere-se à locação de um *fundus* que havia sido dado em dote pela mulher ao marido após a vindima do ano que antecedeu o casamento de ambos; essa *locatio conductio*, realizada pelo marido, teve início nas calendas do mês de Março do ano seguinte. Tendo-se verificado a dissolução do casamento, por divórcio, logo nas calendas do mês de Abril desse ano, o jurisconsulto diz (no que aqui nos importa) que o marido (que estava obrigado a restituir o dote à mulher, sendo ela *sui iuris*³⁹) poderá reter a duodécima parte da renda devida pelo locatário. Essa fracção da *merces* corresponde ao mês que havia decorrido sobre o início do contrato de locação, o que permite concluir que a *merces* era anual.

A circunstância de o pagamento anual da *pensio* não ser igualmente testemunhado, nas fontes jurídicas, para a locação de casas, de ilhas ou de cenáculos com longa duração (locação por um quinquénio ou qualquer outra por vários anos)⁴⁰ não deve ser vista como indício de que o pagamento apenas seria efectuado no fim do prazo contratualmente estabelecido. Seria, na verdade, altamente improvável que o locador estivesse disposto a esperar até ao termo do contrato para receber a contrapartida da concessão do uso do imóvel nele acordada⁴¹. Talvez essa falta se deva à menor frequência dos contratos de longa duração tendo como objecto prédios urbanos.

As fontes não mencionam qualquer outro período de pagamento da *pensio*; não há, designadamente, testemunhos de pagamentos mensais ou trimestrais⁴². Todavia, a possibilidade (que não podemos excluir) de ser acordado um prazo de duração do contrato

³⁹ Cfr. D.24,3,2pr.: «*Soluta matrimonio solvi mulieri dos debet (...). haec si sui iuris mulier est.*»

⁴⁰ Não nos parece que o pagamento anual (para mais usual) resulte de D.36,2,12,5, de D.43,32,1,4 e de SUETONIUS, *Vita Neronis*, 44,2, como sustenta FRIER, Bruce W., *Lords and tenants*, cit., p. 37.

⁴¹ Neste sentido, vide LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit., p. 247.

⁴² Cfr. FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., p. 37.

inferior a um ano leva-nos a admitir que pudesse ser igualmente convencionada uma periodicidade mais curta para o pagamento da respectiva *merces*⁴³.

Quanto ao momento em que a *pensio* devia ser paga, dispomos de um fragmento do Digesto, proveniente do *libro tertio responsorum* de SCAEVOLA, referente à locação de um terreno de cultivo, no qual se acha indicado o dia exacto em que isso devia acontecer – as calendas do mês de Março⁴⁴:

D.7,1,58pr. – «*Defuncta fructuaria mense decembri iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense octobri per colonos sublatis quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante kalendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rem publicam, cui proprietates legata est. Respondi rem publicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die secundum ea quae proponerentur integram pensionem percepturum*».

O contrato havia sido celebrado pela usufrutuária⁴⁵ do prédio, que veio a falecer no mês de Dezembro, decorridos já dois meses sobre a colheita dos frutos produzidos no terreno de cultivo pelo colono (em Outubro). Perguntava-se se a *pensio* devia ser paga ao herdeiro da usufrutuária⁴⁶, em virtude de ela ter falecido antes das calendas do mês de Março, dia em que as *pensiones* deviam ser dadas, ou divididas entre o referido herdeiro e a *res publica*, a que a nua propriedade tinha sido legada⁴⁷. O jurisconsulto a quem o passo pertence responde que a legatária não tinha qualquer acção contra o colono, em virtude de não ser parte no contrato, devendo o herdeiro da usufrutuária receber a *pensio* integral naquele dia⁴⁸. A circunstância de, na parte em que é apresentada a

⁴³ Sem qualquer restrição relativa à duração do contrato, FERNÁNDEZ BARREIRO / JAVIER PARICIO admitem o «vencimiento mensual» da renda, que consideram normal (tal como o anual). E DU PLESSIS, sustenta que «the rent could be paid weekly, monthly or annually». Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, A. / PARICIO, Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, cit., p. 302; e DU PLESSIS, Paul, *Theory and practice in the Roman Law of contracts*, cit., p. 147.

⁴⁴ Tratava-se do primeiro dia do ano, segundo o calendário romano primitivo; e era assim denominado em honra do deus Marte. Cfr., por ex., MACROBIUS, *Saturnalia*, 1,12,3 [«Non igitur mirum in hac varietate Romanos quoque olim auctore Romulo annum suum decem habuisse mensibus ordinatum, qui annus incipiebat a Martio ()»] e 1,12,5 [«Haec fuit Romuli ordinatio, qui primum anni mensem genitori suo Marti dicavit: ()»]; e OVIDIUS, *Fasti*, 1,39 [«Martis erat primus mensis, ()»] e 3,88 [«() mensis in his etiam nomine Martis erit.»].

⁴⁵ À legitimidade do usufrutuarius para dar em locação a *res* de que tinha o usufruto refere-se D.7,1,12,2: «*Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: ()*». Mas um passo do Digesto inserido no título 2.º do livro 19 (D.19,2,9,1, já citado) alude igualmente à locação de um *fundus* (por um quinquénio) efectuada pelo usufrutuário.

⁴⁶ Apesar de o usufruto se extinguir com a morte dela. Cfr. D.7,4,3,3: «*Morte quoque amitti usum fructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret*»; e D.32,3,3: «*() usus fructus solet morte extinguere ()*».

⁴⁷ À possibilidade de ser legada a propriedade de uma *res* com *deductio* do usufruto a favor do herdeiro (ficando o legatário com a nua propriedade), que se verificara na situação prevista neste passo do Digesto, refere-se D.7,1,6pr.: «*Sed et proprietates deducto usu fructu legari potest, ut apud heredem maneat usus fructus*».

⁴⁸ As *pensiones* dos prédios urbanos eram consideradas como se fossem frutos do *fundus* e, por isso, pertenciam ao usufrutuário. Cfr. D.22,1,36: «*Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*»; e D.7,1,7,2: «*(...) omnis fructus rei ad eum [i.e. fructuarius] pertinet ()*».

Como no momento em que a *pensio* devia ser paga a usufrutuária já tinha falecido e, por isso, o usufruto estava extinto, a solução contida em D.7,1,58pr. explica-se pelo facto de o colono ter percebido

situação submetida à apreciação do jurisconsulto, o texto se referir ao pagamento das *pensiones* (no plural) no primeiro dia do mês de Março, quando na resposta se alude à *pensio* a pagar ao herdeiro da usufrutuária, parece dever-se ao facto de aqui se tratar somente do período (certamente anual) que estava em curso quando a usufrutuária faleceu, enquanto na *quaestio* se fazia referência ao dia em que deviam ser pagas todas as pensões devidas por força do contrato.

A alusão às calendas do mês de Março como «dia em que as pensões deviam ser dadas» talvez possa, ainda, ser vista como expressão do carácter usual do estabelecimento dessa data para o pagamento das *pensiones*, nos contratos de locação referentes a *fundi*⁴⁹. Sempre se trataria, porém, de um *dies* fixado por convenção das partes, como qualquer outro.

Ainda com referência à *locatio conductio* de prédios rústicos, dispomos de passos do Digesto que pressupõem o pagamento da *merces* no termo da duração do contrato ou do período a que a mesma respeita (o que devia ser a regra⁵⁰). É o que acontece, por exemplo, em D.19,2,9,1 e em D.19,2,24,2 (já referidos para ilustrar a duração quinquenal da locação):

D.19,2,9,1 – «*Hic subiungi potest, quod Marcellus libro sexto digestorum scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, (...). Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fructus est pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem? Et magis admittit teneri eum: et est aequissimum. (...)*».

Este texto, cujo carácter genuíno parece indubitável, atendendo a que *ULPIANUS* cita a opinião de *MARCELLUS* e dois *rescripta* de *SEPTIMIUS SEVERUS* e de *CARACALA*⁵¹, na parte inicial, começa por reproduzir um parecer de Marcelo no sentido de que no caso de falecimento do usufrutuário que havia locado um *fundus* o seu herdeiro não ficava obrigado a permitir que o *conductor* continuasse a usar e fruir o prédio⁵². Na parte a seguir transcrita, que aqui nos interessa, diz-se que esse mesmo jurista se interrogava se o colono respondia, na *actio locati*, pelo pagamento da *pensio* na proporção do tempo em

os frutos do *fundus* em vida da usufrutuária e de se considerar que houve percepção dos frutos por parte dela quando aquele os separou da terra. A *pensio* era devida pelo colono «*pro fructibus fundi perceptis*», o que justificava o pagamento integral da *pensio* ao herdeiro.

A *ratio* da solução dada em D.7,1,58pr. é fornecida, com notável proficiência, pelo grande jurisconsulto humanista HUGO DONELLUS, versão latina do nome francês Hugues Doneau. Cfr. DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de Iure Civili, Liber X, Caput. IX, § 11*, in *Opera Omnia*, tomo III, Lucae, Joannis Riccomini, 1763, cols. 81-82: «*Ratio manifesta: nam si fructuarius ipse percepisset, facti essent eius; nunc autem videtur percepisse, cum conductor percepit. Sed et illud spectandum est, pro qua re colonus debeat mercedem. Debet vero pro fructibus fundi perceptis. Horum enim percipiendorum causa conducitur fundus. Quare si integros percepit, etiam solidam mercedem debet ei, a quo causam habuit percipiendi. Habuit autem a fructuario, qui locavit, et qui nisi locasset, percepisset ipse, et suos fecisset. Quapropter et huic perceptis a colono fructibus integra pensio debetur; et si nondum finito tempore locationis decesserit, integram ad heredem transmittit*».

⁴⁹ O pagamento da *merces* nas calendas do mês de Março parece ser igualmente testemunhado por D.24,3,7,2 (acima mencionado): essa contrapartida (como vimos) era anual e o contrato teve início nessa data, ocorrendo o seu vencimento no dia correspondente do ano seguinte.

⁵⁰ Cfr. LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit., p. 246.

⁵¹ Neste sentido, vide LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit., p. 235.

⁵² Como vimos (*supra*, nota 46), com a morte do usufrutuário extinguiu-se o usufruto.

que teve a fruição do *fundus* e que Marcelo admitia que aquele estava obrigado, o que Ulpiano considerava muito justo. Tendo o locador de recorrer à *actio locati* para obter a condenação do locatário a pagar essa parte da pensão, isso significa que esta ainda não tinha sido paga e que o pagamento apenas era exigível no termo do período (anual, seguramente⁵³) a que a mesma respeitava⁵⁴.

D.19,2,24,2 – «*Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere*».

Este parágrafo, procedente do *libro trigesimo quarto ad edictum* de PAULUS, seguramente genuíno na parte em que se refere ao *fundus*⁵⁵, que aqui está em causa, permite-nos chegar à mesma conclusão. Na verdade, ao reconhecer ao locador a faculdade de intentar imediatamente a *actio locati*, para obter a condenação do colono ao pagamento integral das *pensiones* referentes a todo o tempo convencionado, no caso de o colono deixar de cultivar o prédio, abandonando-o (sem possibilidade de obter qualquer redução)⁵⁶, pressupõe que elas não haviam sido pagas (pelo menos, as correspondentes aos períodos, certamente anuais, que ainda não tinham decorrido) e só teriam de o ser finidos os períodos de tempo a que respeitavam⁵⁷.

Mas possuímos igualmente um fragmento do Digesto, extraído do *libro octavo quaestionum* de AFRICANUS, no qual se acha pressuposto, pelo contrário, um pagamento antecipado da *merces* em relação à fruição do locado pelo *conductor* (o que devia ser pouco frequente):

D.19,2,33 – «*Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: (...) Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris.(...)*».

Este fragmento refere-se à hipótese de ter sido expropriado⁵⁸ um *fundus* locado. E, na parte que aqui mais nos interessa («*Similiter igitur–cogaris*»), diz que – à semelhança do que acontecia no caso de o *fundus* objecto de compra e venda ter sido expropriado antes de o vendedor ter realizado a sua entrega, quando o comprador houvesse pago o preço,

⁵³ Sendo o prazo contratualmente estabelecido de cinco anos, não é crível que o pagamento devesse ser efectuado somente no fim do mesmo; como dissemos, o pagamento devia ser efectuado periodicamente (*maxime*, anualmente). No sentido de que sendo o prazo longo se deviam considerar pagamentos periódicos, em especial anuais, *vide* LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. p. 245-246.

⁵⁴ Neste sentido, *vide* LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. pp. 234-236.

⁵⁵ E o mesmo deve entender-se, como vimos, relativamente à referência feita à locação de uma *domus*.

⁵⁶ Cfr. COSTA, Emilio, *La locazione di cose nel Diritto Romano*, reimp., Roma, «L'Erma» di Bretschneider, 1966, p. 46; e FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, «*Deductio mercedis*», *forma alternativa de 'garantia' del «conductor»*, in RIDA³, 53 (2006), pp. 156-157.

⁵⁷ Neste sentido, *vide* LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. pp. 236-238.

⁵⁸ Cfr. MAYER-MALY, Theo, «*Locatio conductio*», cit., p. 164; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations*, cit., p. 363; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía, *Las obligaciones indemnizatorias en el derecho público romano*, Almería, Universidad de Almería, 1996, pp. 102-103.

em que o *emptor* podia exigir a restituição do *pretium*, com a *actio empti* – o *conductor* podia exigir do *locator*, com a *actio conducti*, a restituição da parte da *merces* que pagara com referência ao período de tempo em que não pôde tirar proveito do prédio (e nada mais). Isso pressupõe, como é evidente, que a *pensio* tinha sido previamente paga, em relação ao início do uso e fruição do *fundus*⁵⁹.

Menos esclarecedoras, quanto ao momento em que a *pensio* devia ser paga, são as fontes jurídicas respeitantes à locação de prédio urbano. Ainda assim, talvez possa encontrar-se algum apoio para a tese de que o pagamento devia ser efectuado nas calendas do mês de Julho em dois fragmentos do Digesto.

D.19,2,60pr. – «*Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. Itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis Iuliis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare*».

Este texto, extraído do *libro quinto posteriorum* de LABEO, no epítome de IAVOLENUS, refere-se expressamente à locação de uma casa por vários anos. Começa por dizer que o locador deve não só pôr a casa à disposição do locatário, para que a habite «desde aquelas calendas de cada ano» (sem especificar o mês), mas também para que possa sublocá-la nesse dia, se quiser; e acrescenta que se a casa tivesse permanecido escorada (para não ruir) desde as calendas de Janeiro até às de Junho, de tal modo que ninguém a pudesse habitar nem pudesse ser mostrada, nada tinha de ser prestado ao locador pelo locatário (por não ter tido tempo para mostrar a casa aos potenciais interessados na sua sublocação), de tal modo que nem sequer podia ser obrigado a habitar a casa já reparada a partir das calendas de Julho, salvo se o locador lhe tivesse disponibilizado uma casa cómoda para nela habitar. A relação locatícia devia ter início nas *kalendas Iulias* e, se houvesse obrigação de pagar as *pensiones*, tratando-se de uma casa locada por vários anos, esse pagamento seria efectuado no mesmo dia dos anos seguintes⁶⁰.

D.20,4,9pr. – «*Qui balneum ex calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante kalendas iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiore eius causam habendam*».

Este passo do Digesto, proveniente do *libro octavo quaestionum* de AFRICANUS, na parte inicial (que aqui nos interessa) refere-se a alguém que havia celebrado um contrato de

⁵⁹ A respeito da interpretação da parte deste fragmento que mencionamos em texto, vide LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. pp. 230 e 232-234.

⁶⁰ A respeito deste passo, vide FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., p. 36 e 71-72; LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. pp. 240-241; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., p. 81.

locação de uma casa de banhos com início «a partir das próximas calendas» (também sem dizer de que mês), constituindo uma hipoteca (*pignus conventum*)⁶¹ sobre o seu escravo *Eros* a favor do locador, para garantia do pagamento das *mercedes*. Mas logo a seguir fica esclarecida qual era a data de início da locação, quando se diz que o *conductor* ainda «antes das calendas de Julho» voltou a hipotecar o mencionado escravo a outro credor que lhe fez um empréstimo de dinheiro: era às *kalendas Iulias* que o jurisconsulto se reportava. Ora, como devia tratar-se de uma locação por vários anos, em virtude de o passo aludir ao pagamento das «*mercedes*» (e não de uma única *merces*), correspondendo cada uma das pensões a um período anual, findo o qual deveria ser paga, o vencimento da obrigação de pagar a respectiva *merces* ocorria nas calendas de Julho dos anos seguintes.

Que, para além de ser a data em que se iniciava o ano de locação de prédios urbanos (pelo menos, na locação de longo prazo) e o dia da mudança dos inquilinos⁶², era esse o dia em que se vencia a obrigação de pagar a *pensio*, na locação de prédios urbanos, resulta com toda a clareza de um epigrama de *MARTIALIS* que analisaremos a propósito do diferimento da expulsão do *inquilinus*. As calendas de Julho aparecem aí como o dia da ignomínia para o locatário *Vacerra*, expulso do locado por falta de pagamento da pensão durante dois anos.

Para a locação urbana dispomos também de fontes jurídicas que se limitam a pressupor o pagamento no fim do prazo do contrato ou do período a que o mesmo respeitava (que também devia constituir a regra⁶³). A título de exemplo, atentemos nos seguintes passos do Digesto (que acrescem a D.19,2,60pr., já mencionado):

D.19,2,9,6 – «*Si alienam domum mihi locaveris eaque mihi legata [vel donata] sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem: sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur: et puto solvendum*»;

⁶¹ Cfr. FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, II. Le garanzie reali*, Padova, Cedam, 1963, pp. 157 e 167; e JUSTO, António Santos, *Hipoteca (Direito Romano)*, in BFDUC, 89, tomo I (2013), pp. 30-31.

⁶² Cfr. FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., p. 34; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., p. 81.

À tomada de uma casa em locação nessa data (melhor, nas calendas de *Quinctilis*, como era designado esse mês antes da aplicação do calendário juliano, em 45 a.C.) pelo irmão de Marco Túlio Cícero (*Quintus*) refere-se o próprio arpinate (em carta dirigida àquele) – cfr. CÍCERO, *Ad Quintum fratrem*, 2,3,7: «() *Domus tibi ad lucum Pisonis Liciniana conducta est; sed, ut spero, paucis mensibus post K. Quinctiles in tuam commigrabis. ()*». Noutra epístola, Cícero faz referência à saída do liberto C. *Avianius Evander* da casa em que estava alojado, precisamente, nas calendas de *Quinctilis*, pedindo ao proprietário da mesma para lhe assegurar alguma acomodação (ainda que não se aluda à habitação desse imóvel por contrato de locação) – cfr. CÍCERO, *Epistulae ad Familiares*, 13,2: «*C. Avianio Evandro, qui habitat in tuo sacrario, (...). peto igitur a te in maiorem modum, quod sine tua molestia fiat, ut ei de habitatione accommodes. nam propter opera instituta multa multorum subitum est ei remigrare K. Quinctilibus. ()*».

Ao início da locação de um cenáculo e de uma casa nas calendas de Julho referem-se também, respectivamente, Petrónio e Suetónio. Cfr. PETRONIUS, *Satiricon*, 38,10: «*Itaque proxime cum hoc titulo proscriptis: C. POMPEIVS DIOGENES EX KALENDIS IVLIIS CENACVLVM LOCAT; IPSE ENIM DOMVM EMIT. Quid ille qui libertini loco iacet?*»; e SUETONIUS, *Vita Tiberii*, 35,2: «*Senatori latum clavum ademit, cum cognosset sub Kal. Iul. demigrasse in hortos, quo vilius post diem aedes in urbe conduceret. Alium e quaestura removit, quod uxorem pridie sortitionem ductam postridie repudiasset*».

⁶³ Cfr. FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., p. 37; e LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. p. 248.

D.19,2,27pr. – «*Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet (...)»*⁶⁴.

O primeiro destes textos, extraído do *libro trigesimo secundo ad edictum* de *ULPIANUS*, diz que o inquilino a quem foi dada em locação uma casa alheia, que depois lhe foi legada⁶⁵, não está obrigado a pagar ao locador a *pensio* convencionada, mas que, em relação ao período anterior à aquisição da coisa legada, deve ser paga <ao proprietário> a parte correspondente da *pensio*. Refere-se, por conseguinte, a uma situação em que o pagamento da pensão não tinha sido efectuado (a um pagamento futuro); só teria lugar no termo do contrato ou do período convencionado (consoante a duração do contrato, que não é mencionada)⁶⁶.

E o segundo, proveniente do *libro secundo digestorum* de *ALFENUS VARUS*, pressupõe também que assim era, na medida em que exclui a possibilidade de os inquilinos fazerem uma redução imediata da *merces*, com fundamento em não terem podido usar com toda a comodidade de alguma parte do *caenaculum* que haviam tomado em locação. E essa redução não era possível porque ainda não havia cegado o momento em que devia ser paga⁶⁷.

Na locação de prédio urbano, tal como na de prédio rústico, devia ser essa a regra⁶⁸, só afastada quando fosse convencionado o pagamento antecipado, relativamente ao uso ou ao uso e fruição pelo locatário, como é expressamente referido num passo do Digesto também proveniente do *libro trigesimo secundo ad edictum* de *ULPIANUS* e se acha pressuposto em outros fragmentos dessa colectânea:

D.19,2,19,6 – «*Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dedit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret. (...)»*.

O texto refere-se à hipótese de alguém ter tomado de arrendamento uma *habitatio* pelo prazo de um ano, procedendo de imediato ao pagamento da *pensio* respeitante a todo o período de duração do contrato, e de, entretanto, decorridos seis meses, o prédio ter ruído ou ter sido consumido por um incêndio. *ULPIANUS* convocava a opinião de *MELA*, jurista que tinha escrito, «muito rectamente», que a devolução da *pensio* correspondente ao período restante (os outros seis meses) podia ser exigida com a *actio*

⁶⁴ Depõem no mesmo sentido (entre outros) dois passos do Digesto já referidos: D.43,32,1,4 (analisado a propósito do pagamento semestral da *pensio*) e D.19,2,24,2 (que mencionámos a propósito da locação de um prédio rústico, mas versa igualmente a locação de uma *domus*).

A respeito deste último texto e de outros fragmentos do Digesto (assim como de uma fonte literária) convocados para sustentar a mesma conclusão, vide *LITEWSKI*, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. pp. 236-238, 240-241 e 244.

⁶⁵ «*Vel donata*» é tida como interpolada até por *LITEWSKI*, que adopta uma posição moderada na crítica dos textos. Cfr. *LITEWSKI*, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. p. 241.

⁶⁶ Cfr. *LITEWSKI*, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. pp. 241-242.

⁶⁷ Cfr. *LITEWSKI*, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. pp. 243-244.

⁶⁸ Cfr. *LITEWSKI*, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. p. 248.

conducti, e não com a *condictio (indebiti)*, uma vez que o inquilino não tinha dado mais por erro, mas para poder tomar a casa de arrendamento⁶⁹.

Tanto na *locatio conductio de fundi* como na de *domi, insulae e caenacula* (ou em qualquer outra de prédio urbano), o momento da realização do pagamento da *pensio* ou das *pensiones* devia ser sempre fixado por acordo das partes (sem prejuízo do que se disse quanto ao pagamento nas calendas do mês de Março, na locação de *fundi*, ou nas calendas do mês de Julho, na locação de prédios urbanos)⁷⁰. As fontes jurídicas que pressupõem o pagamento no fim do prazo contratualmente estabelecido ou de cada um dos períodos temporais em que o mesmo devia ocorrer, assim como os que testemunham o pagamento antecipado, em nada infirmam essa conclusão. Na verdade, em nenhuma delas se encontra qualquer vestígio de uma discussão a respeito da realização do pagamento da *merces* no fim de qualquer dos prazos indicados ou antecipadamente, na hipótese de, quanto a ele, não ter sido alcançado acordo entre as partes; e o mesmo se diga em relação a outras fontes⁷¹.

Os passos do Digesto que pressupõem o pagamento no fim do prazo ou do período a que a *pensio* respeita, assim como os que permitem concluir pelo pagamento antecipado, versam questões alheias à fixação do momento do pagamento da *pensio*, que, como dissemos, devia resultar de convenção das partes. Assim, parece-nos não ser possível, nomeadamente, extrair deles a conclusão de que «no caso de dúvida» o pagamento devia, em regra, ser efectuado após o decurso do prazo do contrato ou no fim do período definido para esse efeito⁷²; ou que, admitindo-se a possibilidade de faltar o acordo expresso das partes, o pagamento seria *postnummerando* na locação de *fundi*, de casas ou habitações normais e seria *praenummerando* na de apartamentos de arrendamento^{73 74}.

⁶⁹ Segundo FRIER, o pormenor com que essa prática é descrita parece sugerir que devia ser uma raridade. Cfr. FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., p. 37.

⁷⁰ Neste sentido, vide MAYER-MALY, Theo, «*Locatio conductio*», cit., p. 139; FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., p. 61.

⁷¹ Cfr. FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., p. 61 – que menciona entre as cláusulas incluídas no contrato de locação o «*agreement on payment periods and conditions of payment*», acrescentando que «*these provisions seem to taken for granted*» e que (como dizemos em texto) «*no source discusses whether, when no agreement on the matter had been reached, the tenant had to pay in advance or at the end of the payment period*».

Não nos parece que esse *silentio* possa ser atribuído à supressão efectuada nos textos clássicos pelos compiladores justinianeus (em obediência à necessidade de reduzir o manancial jurídico contido nas obras dos jurisconsultos aos limites impostos pelo imperador (em especial, na constituição *Tanta*, como adiante veremos), pois, admitindo-se que podia faltar o acordo das partes, a definição do momento do pagamento da *merces* continuava a ser imprescindível.

⁷² Isso é sustentado, v.g., por ZIMMERMANN. Cfr. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations*, cit., pp. 374-375 e nota 230. Este ilustre romanista cita FREIER (*Landlords and tenants*, p. 37) como um dos AA. que extraem essa conclusão das fontes (a par de GROTIUS, POTHIER e WINDSCHEID), mas, segundo cremos, FRIER, na p. 37, não defende isso (referindo-se, antes, aos acordos sobre a renda).

⁷³ Como sustenta LITEWSKI. Cfr. LITEWSKI, Wieslaw, *Die Zahlung bei der Sachmiete*, cit. p. 249 – que afirma não haver qualquer razão para excluir completamente a possibilidade de faltar um acordo expresso das partes a respeito do momento em que o pagamento da *merces* devia ser realizado, apesar de reconhecer que não há qualquer testemunho disso nas fontes.

⁷⁴ Admitindo-se a possibilidade de o prazo de pagamento da *pensio* não ser estabelecido por acordo das partes (como fazem os AA. citados nas duas notas imediatamente anteriores a esta), parece-nos que estaríamos perante uma obrigação pura, cujo cumprimento teria de ser exigido pelo *locator*, mediante *interpellatio*. Sem isso não seria possível configurar a existência de um atraso no cumprimento da

1.2. O atraso no cumprimento da obrigação imputável ao locatário

A *mora debitoris* consistia no atraso verificado no cumprimento da *obligatio*, o qual era determinado em termos que variavam segundo a natureza do vínculo obrigacional, sem que houvesse, designadamente, qualquer regra geral a exigir a interpelação, contrariamente ao que defendia a «doutrina tradicional»⁷⁵.

Todavia, nem todo o retardamento na realização da prestação (na realização da *solutio* ou da *satisfactio*) constituía *mora* em sentido técnico; só o atraso que fosse imputável ao devedor. Verificando-se um atraso no pagamento da *pensio* (ou *merces*) seria preciso, pois, averiguar se ele era imputável ao *conductor*, a fim de se poder considerar este constituído em *mora* (como devedor que era, relativamente a essa obrigação)⁷⁶.

Isso resulta, desde logo, do célebre fragmento do Digesto atribuído a MARCIANUS em que a «doutrina tradicional» (do direito comum e da pandectística, retomada por alguns AA. recentes⁷⁷) se baseou para estabelecer a contraposição entre a (normal) «*mora ex persona*», identificada com a «*mora ex interpellatione*», e a (excepcional) «*mora ex re*», enquanto «*mora sine interpellatione*» (ou, melhor, como *mora* em que se incorre sem necessidade de interpelação expressa, que é substituída pela vontade contrária das partes ou pela lei⁷⁸), e para considerar a interpelação como requisito geral da *mora* do devedor:

D.22,1,32pr.: «*Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona [id est, si interpellatus oportuno loco non solverit]* (gl.): *quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi potest, cum sit magis facti quam iuris*».

A versão genuína do texto não continha, segundo cremos, a expressão «*id est si interpellatus oportuno loco non solverit*», o que constitui doutrina largamente maioritária após o triunfo da crítica interpolacionista⁷⁹. Nesse sentido aponta, sobretudo, o facto de uma

obrigação imputável ao locatário (devedor). Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 588-590.

⁷⁵ A respeito dessa doutrina, que se fundava sobretudo na interpretação de D.22,1,32pr. (a que nos referiremos adiante), vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 391-398.

⁷⁶ No sentido de que só o incumprimento da obrigação de pagar o cânone que fosse imputável ao locatário conferia ao locador tanto a faculdade de exigir (com a *actio locati*) o ressarcimento do prejuízo sofrido como a de expulsar o locatário da casa ou do fundo locado, vide SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., p. 271.

⁷⁷ É o caso de ELEFANTE. Cfr. ELEFANTE, Agostino, «*Interpellatio*» e «*mora*», in LABEO 6 (1960), pp. 34-49.

⁷⁸ Cfr. ELEFANTE, A., «*Interpellatio*» e «*mora*», cit., p. 31 e nota 10 da mesma.

⁷⁹ Neste sentido, vide SIBER, Heinrich, «*Interpellatio*» und *Mora*, in SZ rom. Abt., 29 (1908), pp. 49 e 52, e *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Privatrecht*, Berlin, H. Sack Verlag, 1928, p. 254, nota 6; GENZMER, Erich, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, in SZ, rom. Abt., 44 (1924), p. 117 e notas 3-4 da mesma; PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano*, II, 2.^a ed., Roma, Athenaeum, 1928, pp. 435-436; MONTEL, Alberto, *La mora del debitore*, cit., pp. 27-28; KASER, Max, *Mora*, in RE, vol. 16, Stuttgart, J. B. Metzler, 1935, p. 255, e «*Perpetuari obligationem*», in SDHI 46 (1980), pp. 111-112; BETTI, Emilio, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in Diritto Romano*,

definição da *mora*, como a que a mesma consubstancia para a doutrina tradicional⁸⁰, se revelar desajustada de quanto é dito seguidamente no passo, como salientam, em especial, SIBER, MONTEL, RICCOBONO JR., JAKOBS e KASER⁸¹ – ainda que não mereçam a nossa concordância todos os argumentos aduzidos por esses AA., com o objectivo de dar consistência ao referido desajustamento⁸². Ela deve ter sido acrescentada posteriormente à época clássica, talvez com o mero intuito de esclarecer o sentido da referência à circunstância de a *mora* ocorrer «*ex persona*» (e não «*ex re*») – ainda que o escoliasta a quem se deve esse aditamento o tenha feito de modo infeliz, por não ter entendido o alcance dessa alusão – devendo constituir, por isso, um glosema pós-clássico, como defendem

Roma, Edizioni Ricerche, 1958, pp. 15-16; RICCOBONO JR., Salvatore, *Profilo storico della dottrina della mora nel Diritto Romano*, in AUPA 29 (1962), p. 351; JAKOBS, Horst Heinrich, «*Culpa*» und «*interpellatio*» bei der «*mora debitoris*» nach klassischem Recht, in *TvR* 42 (1974), pp. 46-47; e CANNATA, Carlo Augusto, *Mora (Storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, pp., 922 e 929-930, e *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, cit., p. 169; e CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 479 e 485-494.

⁸⁰ Não assim para DONELLUS e, na linha dele, para SIBER e CANNATA, AA. para quem «*id est*» serve para introduzir um exemplo. Cfr. DONELLUS, Hugo, «*Commentarii de iure civili*», «*Liber XVI*», cap. II. «*De Mora*», § VII, in «*Opera Omnia*», tomo IV, Lucae, Typis Joannis Riccomini, 1764, col. 615 [§ VII. «(...) Nec metuamus, ne hic falsum sit, quod Marcianus definit, moram non ex re fieri, id est, ex ipsa sola dilatione, sed ex persona, id est, culpa & vitio personae. d. L. mora, D. de usur. Nam & hic manifesta culpa est debitoris, si sua die non solvat, qui iam statim a principio obligationis contractae intellexit velle creditorem sibi eo die solvi: quod cum intellexerit, supervacua omnis alia interpellatio est ad eum monendum. Et quod ibidem adiicit, moram fieri ex persona, id est, si interpellatus debitor non solvit: nihilomagus huic parti adversatur. Primum quia dies adiectus satis quotidie admonet & interpellat debitorem, (...). Deinde quod illa verba, id est, ita accipienda sunt, quasi dictum esset, utputa, seu veluti, ut est usus frequens Iurisconsultorum. Exemplum in L. iuris gentium, §. pactorum, D. de pact. quod pluribus ostendi ad L. quod te, D. si cert. pet. ()»]; SIBER, Heinrich, «*Interpellatio*» und *Mora*, cit., pp. 50-51, 66 e 103-104; e CANNATA, Carlo Augusto, *Mora*, cit., pp. 922 e 929-930, e *La responsabilità contrattuale*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, cit., p. 169.

⁸¹ Cfr. SIBER, Heinrich, «*Interpellatio*» und *Mora*, cit., pp. 49 e 52; MONTEL, Alberto, *La mora del debitore*, cit., pp. 27-28; RICCOBONO JR., Salvatore, *Profilo storico della dottrina della mora nel Diritto Romano*, cit., pp. 350-351; JAKOBS, Horst Heinrich, «*Culpa*» und «*interpellatio*» bei der «*mora debitoris*» nach klassischem Recht, cit., pp. 46-47; KASER, Max, «*Perpetuari obligationem*», cit., pp. 111-112; e CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 479 e 485-494.

⁸² A impossibilidade de conciliar a expressão «*id est-solverit*» com a referência à «*definição difícil*» («*difficilis est huius rei definitio*»), que se segue no texto, assenta, em nossa opinião, na circunstância de, segundo o ensinamento retórico de Cícero (inspirado na teoria dos *status causae* de Hermágoras), a *definitio* (*constitutio definitiva* ou *status definitivus*) responder à interrogação (*quaestio*) «*quid sit*» ou, também, «*quid intellegat*» – como resulta, em especial, de *Topica*, 26,4-5 – e não à pergunta «*an sit*» (que constitui a essência da *coniectura* ou *status coniecturalis*). Ora, saber se a *interpellatio* se verificou e, apesar disso, o devedor não cumpriu a obrigação não responde à questão «*quid sit*», mas, antes, a «*an sit*»; por isso, não podia ser a questão de «*difícil definição*» a que a seguir se alude.

Suprimida essa expressão, porque estranha ao teor genuíno do texto desse jurista clássico, a «*res*» cuja *definitio* já Pompónio – acolhendo, seguramente, o entendimento comum da *iurisprudentia* clássica que o antecedeu – reputava «*difficilis*» devia ser a própria *mora* (que ocorre sempre *ex persona*), como bem salienta KASER (Cfr. KASER, Max, «*Perpetuari obligationem*», cit., p. 111). Na verdade, a *mora* é o único *nomen definiendum* presente no texto, uma vez expurgado da frase «*id est-solverit*»: trata-se, como é evidente, de um *nomen iuris* (que designa um instituto jurídico), posto que derivado da linguagem comum.

Para mais desenvolvimentos a este respeito, vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 486-497.

os romanistas mais recentes (no seguimento da hipótese já aventada por SIBER⁸³)⁸⁴, e não uma interpolação⁸⁵.

Quanto ao resto parece não haver motivo para pôr em causa a sua proveniência da obra de MARCIANUS indicada na *inscriptio*, sobretudo por aí serem mencionados a opinião de POMPONIUS e um *rescriptum* do imperador Antonino Pio.

Em face da asserção com que se inicia este passo – «*Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona*» –, parece-nos de salientar que (como foi sustentado por DONELLUS, no séc. XVI, em face da sua versão compilatória) dele não resulta qualquer bipartição da *mora debitoris*⁸⁶, mas, antes, o esclarecimento de que a mora do devedor nasce «*por causa da pessoa*» («*ex persona*») e não «*por causa do simples atraso*» («*ex re*») – isto é, «*ex dilatione rei sola*» ou «*ex ipso tempore tardae solutionis*», para utilizarmos as palavras do notável juriconsulto humanista acima referido, que se afastou da interpretação tradicional⁸⁷ –

⁸³ Cfr. SIBER, Heinrich, *Römisches Recht*, II, cit., p. 254, nota 6.

⁸⁴ Neste sentido, vide JAKOBS, Horst Heinrich, «*Culpa*» und «*interpellatio*» bei der «*mora debitoris*» nach klassischem Recht, cit., p. 47; CANNATA, Carlo Augusto, *Mora*, cit., pp. 922 e 929-930, e *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 169; e KASER, Max, «*Perpetuari obligationem*», cit., p. 111.

⁸⁵ Seguimos, como é patente, a distinção entre interpolação e glosema perfilhada pelo nosso Mestre, SEBASTIÃO CRUZ. Cfr. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, cit., pp. 509-510 e 520-521, e *Da «solutio»*, I, cit., p. 67, nota 46.

⁸⁶ A versão compilatória de tal passo refere-se, inequivocamente, à *mora debitoris*; e devia ser também o tema sobre o qual se pronunciava Marciano, na obra que os compiladores mencionam como fonte do fragmento em causa. Que assim é, quanto àquela versão, resulta de a expressão «*id est si interpellatus oportuno loco non solverit*» (que consideramos não genuína) pôr, claramente, em destaque a figura do interpelado («*interpellatus*») – que é, precisamente, o devedor, enquanto destinatário da interpelação – e de conferir relevo decisivo à falta de realização da *solutio* por parte dele («*non solverit*»).

⁸⁷ HUGO DONELLUS interpreta D.22,1,32pr. no sentido de que a mora do devedor não se verifica «*somente em virtude da circunstância do atraso*» («*ex dilatione rei sola*»), «*devido, apenas, ao próprio atraso*» («*ex ipsa sola dilatione*») ou «*em virtude do próprio momento tardio do cumprimento*» («*ex ipso tempore tardae solutionis*»), mas «*em virtude de falta da pessoa*» («*ex vitio personae*») ou «*quando na pessoa daquele que difere o cumprimento*» (ou seja, do devedor) «*tenha sobrevindo alguma culpa, a fim de que possa ser dito que, se não cumprir, o atraso lhe é imputável*» («*si qua culpa in persona eius qui differt, accesserit, ut dici possit esse quod ei imputetur, si non solverit*»); em suma, «*por causa de falta e culpa da pessoa*» («*ex vitio et culpa personae*»), em virtude de «*depender da pessoa do devedor o facto de não dar ou não fazer atempadamente o que deve*» («*per eum stare, aut fieri, quominus suo tempore det, aut faciat*»).

Cfr. DONELLUS, Hugo, «*Commentarii de iure civili*», «*Liber XVI*», cap. II. «*De mora*», §§ II, V, VII e IX, in «*Opera Omnia*», tomo IV, cit., cols. 612 e 615-616 [§ II. «*(...) Idque est omnino quod dicitur in L. mora, in prin. D. de usur. moram non ex re fieri, sed ex persona. Id enim valet, non fieri moram ex dilatione rei sola, aut ut hoc explicatur alibi, ex ipso tempore tardae solutionis, (...). Sed ex persona, id est, ex vitio personae, seu si qua culpa in persona eius qui differt, accesserit, ut dici possit esse quod ei imputetur, si non solverit*». § V. «*() Redeundum enim est semper ad definitionem illam superiorem, moram fieri non ex re, sed ex persona, id est, vitio & culpa personae*». § VII. «*() quod Marcius definit, moram non ex re fieri, id est, ex ipsa sola dilatione, sed ex persona, id est, culpa & vitio personae. d. L. Mora, D. de usur. ()*». § IX. «*() moram hic fieri non ex re, sed ex persona: (...) mora fit ex vitio & culpa personae, ()*»] e «*Commentarius ad titulum Digestorum de Usuris, & Mora*», §§ 2-3 (onde, certamente por lapso do impressor, D.22,1,32pr. é atribuído a PAPINIANUS, o que se verifica também nos §§ 15 e 45), 5, 6 e 15, in «*Opera Omnia*», Tomo X, Lucae, Typis Joannis Riccomini, 1766, cols. 1431 e 1435 [§§ 2-3. «*() quod Papinianus moram non ex re fieri, sed ex persona. L. mora, de usuris. Ut sit sensus, non statim qui non solvit, moram facere, quanquam verum sit, cum res ipsa differatur, in re moram inesse hoc ipso, quod non solvitur, cum debeat: sed ita, si sine caussa id faciat; si per eum fiet, stabitve, quominus solvat; si sit denique in eo aliquid, quod ipsi, qui non solvit, id est quod personae eius queat imputari. (...)*». § 5. «*(...) Et recte mora non in re ipsa, quae debetur, sed ex persona fieri dicitur. ()*». § 6. «*Neque vero in mora esse recte dicitur, per quem non stat, quominus suo tempore rem solvat, quam debet*». § 15. «*() Huc usque*

contrariamente ao que sucedeu com CUJACIUS, considerado como o principal expoente do humanismo jurídico, que se manteve fiel à doutrina da necessidade da *interpellatio* para que o devedor incorresse em mora⁸⁸.

A *mora debitoris* comportava, pois, um elemento pessoal; e era no devedor (e não no credor, como pretendia a «doutrina tradicional»⁸⁹) que residia esse aspecto pessoal, porquanto o retardamento em que a mesma se consubstanciava ocorria, exactamente, «por causa» dele, o que vale por dizer que dependia de um comportamento do obrigado⁹⁰ ou era, nas palavras de BETTI, de qualquer modo, «atribuível à esfera jurídica» deste (envolvendo, pois, uma valoração subjectiva do problema)⁹¹. Por esse motivo, cremos

igitur in his omnibus probe constat illa regula iuris, & Papiniani, nullam intelligi moram ex re, sed ex persona tantum. Ex persona autem hoc esse, cum per debitorem fit, quominus solvat, ()»].

⁸⁸ Este ilustre jurisconsulto humanista (Jacques Cujas em francês) afirma, na verdade, que «a mora existe, propriamente, quando o devedor não tenha obedecido à interpelação, isto é, se não cumpre», que «com propriedade, a interpelação produz a mora e não parece ter provocado, propriamente, mora aquele que não é interpelado» e que é por isso que dizemos que «a mora é produzida *in personam* e não *in rem*: que a mora é originada em virtude da interpelação e não por causa do próprio facto do atraso, não de pleno direito». Cujácio ressalva, porém, a possibilidade de, algumas vezes, o devedor incorrer em mora «*rei ipsa*» – o que, utilizando as suas palavras, equivale, precisamente, a ser constituído em mora sem interpelação («*sine interpellatione*»), «*ex solo tempore tardae solutionis*» («somente a partir do tempo do cumprimento retardado») ou «*ex procrastinatione sola, ex die solvendae pecuniae, vel ex tarditate solutionis*» («somente em virtude da demora, a partir do dia de pagar a quantia de dinheiro ou a partir do atraso no cumprimento») –, ainda que nesses casos nem sempre se trate de verdadeira mora. A interpelação é vista, pois, como o modo normal de constituição em mora.

Cfr. CUJACIUS, Jacobus, «*Commentarius in Lib. II Quaestionum Aemilii Papiniani*». «*Ad L. I de Usuris*», in «*Opera Omnia*», tomo IV, Neapoli, Michaelis Aloysii Mutio, 1722, col. 47 – «*Mora proprie est, si interpellationi debitor non obtemperavit, hoc est, si non solvat. Et moram proprie creat interpellatio, nec videtur proprie moram fecisse, qui non interpellatus est. Et hoc est, quod dicimus, moram fieri in personam, non in rem: moram contrahi ex interpellatione, non ex re ipsa, non ipso jure*» () «*Aliquando tamen fit mora re ipsa, quae tamen proprie non est mora, ut significat l. 87. §. usuras, ff. de leg. 2. l. 32 hoc t. mora fit re ipsa minoribus 25. annis beneficio Praetoris, hoc est, quidquid debetur minoribus 25 annis, in eo non praestando, moram facere videtur debitor, etsi non interpellatur, ex Constitutione D. Severi, quae in hoc § significatur illo verbo, Hodie*»; «*Recitatio ad Lib. II Codicis*». «*Ad titulum XL. In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est*», in «*Opera Omnia*», tomo X, Neapoli, Michaelis Aloysii Mutio, 1722, col. 904 – «() *ex mora, id est, ex interpellatione, cujus proprie contemptus est mora in personam*» () «*Minoribus 25. annis datum hoc est constitutione Severi, ut eis fiat mora ipso jure, id est, ex sola tarditate solutionis, (...): nam haec est improprie mora; quae non interveniente interpellatione, finitur tempore*»; «*Observationum et emendationum liber vigesimus secundus Pandectarum*», in «*Opera Omnia*», tomo III, Neapoli, Michaelis Aloysii Mutio, 1722, col. 657.

⁸⁹ Como tivemos oportunidade de salientar, mesmo admitindo a identificação da «*mora ex persona*» com a resultante da *interpellatio*, a *mora debitoris* não deixaria de ter o seu fundamento na conduta do devedor, que D.22,1,32pr. põe em evidência – ao referir-se ao facto de ele, apesar de interpelado («*interpellatus*»), não ter realizado a *solutio* –, pelo que a mora seria sempre «*ex persona debitoris*». Se assim não fosse, o teor do texto deveria ser diferente: em vez de «*id est si interpellatus oportuno loco non solverit*» deveria dizer, por exemplo, «*id est si interpellavit et oportuno loco solutus non esset*».

⁹⁰ Cfr. CANNATA, Carlo Augusto, *Mora*, cit., p. 922.

⁹¹ Cfr. BETTI, Emilio, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in Diritto Romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1958, p. 16 – onde o A. (que, como dizemos na nota seguinte, defende a integração do texto com a palavra «*debitoris*», por forma a que o mesmo corresponda à «*ordem de ideias própria dos clássicos*») sustenta que, segundo os juristas clássicos, «*perchè si abbia mora basta che il ritardo sia imputabile alla stessa stregua secondo la quale si valuta l'inadempimento in generale*» –, 3 e 4 – onde o A. (a propósito da «*impropriedade e inexactidão*» da expressão «*responsabilità contrattuale*») considera indispensável averiguar se o incumprimento ou a impossibilidade de cumprir a obrigação podem ser considerados «*imputáveis*» e esclarece o significado desta afirmação, dizendo que se torna «*indispensável valorar*

não haver necessidade de acrescentar «*debitoris*» a «*ex persona*», com vista a reconstituir o suposto teor genuíno do texto, como propõe BETTI⁹².

Na versão clássica do texto, a essa afirmação seguia-se imediatamente a alusão à circunstância de isso dever ser examinado *apud iudicem*. Como nessa fase do processo tinha lugar a apreciação dos factos e a produção da prova, seguindo-se a prolação da sentença (*iudicatio*)⁹³, do que se tratava, aí, era de saber se havia ou não mora do devedor («*an mora facta intellegatur*»), o que constituía uma questão «*mais de facto do que de direito*» (motivo pelo qual não podia ser decidida através de uma constituição imperial nem pela resposta dos jurisprudentes a um caso hipotético⁹⁴, como se diz na parte final) – para o que se tornava imprescindível averiguar se o atraso no cumprimento da obrigação era imputável ao devedor, em virtude de a mora nascer «*ex persona*» (*debitoris*) –, pois era a resposta a essa questão que condicionava a decisão a proferir pelo *iudex*.

Mas, se esse fragmento do Digesto representa já um testemunho muito importante de que só o atraso no cumprimento da obrigação dependente do próprio *debitor* era susceptível de fazer com que ele incorresse em mora, não é menos verdade que a exigência de um retardamento imputável ao devedor (para usarmos a linguagem jurídica actual) se encontra formulada, de maneira casuística, em diversos outros textos, que

(...) *também o aspecto subjectivo*» do problema, traduzido na «*atribuição de tal evento à esfera jurídica do obrigado*».

⁹² Cfr. BETTI, Emilio, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in Diritto Romano*, cit., 15-16 – onde, como vimos, este ilustre romanista salienta que a interpolação desse passo pelos compiladores, na parte em que exige a *interpellatio* para constituir em mora o devedor (a expressão «*id est...*»), «*levou os juristas do direito comum a entender como referida ao credor a indicação 'ex persona'*» e propõe a reconstituição do texto com a palavra «*debitoris*, de modo a fazer corresponder o passo à «*ordem de ideias própria dos clássicos*» –, e *Istituzioni di Diritto Romano*, II, 1.^a parte, cit., 440⁴ – onde o A. sustenta algo diverso, enquanto afirma que a expressão «*ex persona*», usada pelo jurista clássico, «*era da integrare 'ex persona debitoris'*», mas que «*i giustinianeî intendono la formula 'ex persona' siccome da integrare 'ex persona creditoris'*», na medida em que «*il creditore prende l'iniziativa di una interpellatio*» (o que, a nosso ver, é incorrecto, porque – como dizemos em texto – o passo não se refere à realização dessa intimação pelo credor, mas à circunstância de o devedor ter sido interpelado e de não haver cumprido a obrigação, e quem interpretou a expressão «*ex persona*» com referência ao credor foram os juristas do *ius commune*, como BETTI diz no primeiro estudo aqui citado).

⁹³ Tenha-se presente que o *iudex*, que presidia à segunda fase do processo (justamente denominada «*apud iudicem*»), tinha como função o apuramento da matéria de facto, em função das provas perante ele produzidas e não as questões jurídicas, o que competia (como sabemos) ao *praetor*, na primeira fase do processo («*in iure*»), em que era previamente definido o ordenamento jurídico aplicável ao caso. Cfr. ALVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 202 e 421-422; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, cit., p. 69; GUARINO, Antonio, *Profilo del Diritto Romano*, 7.^a ed., Napoli, Jovene Editore, 1989, pp. 120-122 e 124-125; e JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano*, I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos), 6.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2017, pp. 273 e 357-358.

⁹⁴ Traduzimos «*quaestio*» por «*resposta a um caso hipotético*» por nos parecer que esse termo se refere (nesta parte do texto) ao tipo de obras dos jurisconsultos designado precisamente por «*quaestiones*» – as quais, nas palavras de SEBASTIÃO CRUZ, «*são obras jurídicas que contêm respostas a casos hipotéticos*» – e que, portanto, não é utilizado no sentido corrente de «*questão, problema*». Que o passo se refere, aí, a uma situação não real, mas meramente hipotética ou eventual, resulta, aliás, da própria utilização do conjuntivo do verbo «*intellego, is, ere...*» («*intellegatur*»), pois, como é sabido, esse modo verbal traduz, precisamente, algo que não é real.

A respeito das «*quaestiones*», como tipo de literatura jurídica romana, bem como dos *iurisprudentes* e das respectivas funções, vide CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, cit., pp. 366-367.

constituem outros tantos meios de comprovação da exigência do mencionado elemento pessoal pela *iurisprudencia* clássica.

Referimo-nos, em especial, aos fragmentos do Digesto que, com referência a cada um dos diferentes casos concretos neles apreciados (como é próprio do método casuístico usado pelos juristas clássicos), restringem expressamente a demora juridicamente relevante, na realização da *solutio* ou da *satisfactio*, às situações em que depende do devedor o facto de ele não haver dado ou não ter feito atempadamente aquilo a que estava obrigado – empregando, para o efeito, as expressões «*per debitorem staret, quo minus daret*», «*per promissorem steterit, quo minus solveret*», «*per eum mora fuerit, quo minus traderet*» e outras semelhantes (que, aliás, tanto podem referir-se somente à mora como abranger, também, o próprio facto do devedor que tenha causado o perecimento da *res* devida⁹⁵, ainda que seja mais frequente a sua utilização para indicar o atraso em que aquela consiste⁹⁶) e aos que excluem a existência de *mora* quando não dependa do devedor, designadamente, a circunstância de ele não ter dado alguma coisa quando devia – através da expressão «*per debitorem non steterit, quo minus solvat*» ou de outra equivalente.

Esses textos são verdadeiramente decisivos quanto à necessidade de o atraso no cumprimento da obrigação depender de um comportamento do devedor (ainda que a determinação dessa conduta fosse feita casuisticamente⁹⁷), para haver *mora debitoris*. Como a sua análise não cabe no âmbito de um estudo com estas características, limitamo-nos a indicar os mais importantes e a transcrever a parte de cada um deles que releva para este efeito⁹⁸.

D.12,1,5 – «*Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. (...)*» [«Se aquilo que tu estás obrigado a dar-me tivesse perecido depois de, por facto teu, teres deixado de dar, é certo que a perda há-de ser tua. (...)»]⁹⁹;

D.17,1,37 – «*(...) nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, (...)*» [«*(...) a não ser que dependesse do promitente o facto de não ter dado a *res* prometida dentro do prazo (...)*»]¹⁰⁰;

D.22,1,13pr. – «*(...) cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat, (...) mora per debitorem non fuit (...)*» [«*(...) porque não dependeu do devedor o facto de ter pago juros inferiores aos devidos (...) a demora não é imputável ao devedor (...)*»];

⁹⁵ Assim acontece, designadamente, em D.12,1,5, D.17,1,37 e D.45,1,23. Cfr. CANNATA, Carlo Augusto, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la «culpa debitoris» nelle obbligazioni da «stipulatio in dando»*, in SDHI 32 (1966), p. 88.

⁹⁶ Cfr. CANNATA, Carlo Augusto, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la «culpa debitoris» nelle obbligazioni da «stipulatio in dando»*, cit., pp. 87-88.

⁹⁷ Cfr. CANNATA, Carlo Augusto, *Mora*, cit., p. 925.

⁹⁸ A análise de cada um desses fragmentos, assim como a de outros passos do Digesto que podem ser mobilizados para este efeito, pode ver-se em CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 605-669.

⁹⁹ No sentido de que este passo se refere à mora, vide, por ex., HEYMANN, Ernst, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Obligationenrechts*, Marburg, Elwert Verlag, 1913, p. 30.

¹⁰⁰ No sentido de que este fragmento, com a expressão «*per promissorem steterit, quo minus sua die solveret*», abrange tanto o caso da *mora debitoris* como o do *factum debitoris* causador do perecimento da *res* pronuncia-se, por ex., CANNATA, Carlo Augusto, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la «culpa debitoris» nelle obbligazioni da «stipulatio in dando»*, cit., p. 88.

D.23,3,56pr. – «(...) *cum neque per debitorem stetisset quo minus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset: periculo mulieris Stichus morietur* (...)» [«(...) quando não tenha dependido do devedor o facto de não ter dado o escravo, nem o marido haja incorrido em mora na reclamação do mesmo, o risco do perecimento da *res* < antes da realização da dação da mesma> cabe à mulher (...)»];

D.44,7,45 – «(...) *non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret*» [«(...) não era responsável <pela morte fortuita do escravo, ocorrida sem haver mora do devedor> porque não parecia que tivesse dependido do devedor a não realização da dação»];

D.45,1,23 – «(...) *non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares*: (...)» [«(...) não respondes perante mim pela morte do escravo senão se depender de ti o facto de não o teres dado quando estava vivo (...)»]¹⁰¹;

D.45,1,49pr. – «(...) *cum per eum staret, quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio* (...)» [«(...) era concedida a acção de pecúlio contra o *paterfamilias* <do devedor> quando o escravo Estico morresse estando o <*filiusfamilias*> devedor em mora (...)»];

D.45,1,49,3 – «*Si promissor hominis antem diem, in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse*» [«Se o promitente do escravo for interpelado antes do prazo em que prometera efectuar a dação e o escravo morrer <depois disso> não se considera que <a morte do escravo> tenha dependido dele»].

Fazendo aplicação do teor desses textos à *mora conductoris*, podemos reafirmar que não bastava que se registasse um atraso no pagamento da *pensio* por parte dele (que era devedor) para se poder concluir pela existência de *mora*; seria preciso indagar se essa demora tivera lugar *ex persona conductoris* (por aplicação de D.22,1,32pr.) ou por facto imputável ao *conductor* (como decorre dos restantes passos do Digesto acima indicados). O que, como já advertia DONELLUS (a respeito de D.22,1,32pr.), equivalia a ser devido a culpa do devedor¹⁰².

2. Os efeitos da *mora conductoris*. As *usurae ex mora* e a sua natureza

Um dos efeitos da *mora* do locatário era o de ele ter de pagar juros de *mora* (*usurae ex mora*), ainda que estes não estivessem «*in obligatione*», mas fossem devidos «*officio*

¹⁰¹ Um desses casos era o de haver *mora debitoris*; o outro era o de o escravo ser morto pelo próprio heres ou promissor.

¹⁰² Cfr. DONELLUS, Hugo, «*Commentarii de iure civili*», «*Liber XVI*», cap. II. «*De mora*», §§ II, V, VII e IX, in «*Opera Omnia*», tomo IV, cit., cols. 612 e 615-616 [§ II. «(...) *Idque est omnino quod dicitur in L. mora, in prin. D. de usur. moram non ex re fieri, sed ex persona. Id enim valet, non fieri moram ex dilatione rei sola, (...). Sed ex persona, id est, ex vitio personae, seu si qua culpa in persona eius qui differt, accesserit, ut dici possit esse quod ei imputetur, si non solverit*». § V. «() *moram fieri non ex re, sed ex persona, id est, vitio & culpa personae*». § VII. «() *quod Marcianus definit, moram non ex re fieri, id est, ex ipsa sola dilatione, sed ex persona, id est, culpa & vitio personae. d. L. Mora, D. de usur. ()*». § IX. «() *moram hic fieri non ex re, sed ex persona: (...) mora fit ex vitio & culpa personae, ()*»] «(...) *mora fit ex vitio & culpa personae, ()*»].

A respeito do sentido de que se reveste a exigência, pelas fontes, de um atraso imputável ao devedor, vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 670-689 – onde defendemos que o requisito subjectivo da *mora debitoris* é a culpa em sentido amplo, como conduta censurável ou reprovável do devedor.

iudicis». Outro era a licitude da expulsão do locatário moroso antes do termo do prazo contratualmente estabelecido; mas, parece que essa expulsão só seria efeito directo da mora na eventualidade de o locador a poder efectuar imediatamente, e não (também) na de só poder expulsar o *conductor* decorrido um biénio. Por esse motivo, a *expulsio* do locatário será versada em número autónomo.

Aos juros de mora devidos nos «contratos de boa fé» refere-se, em geral, um fragmento extraído do *libro quarto regularum* de MARCIANUS:

D.22,1,32,2 – «*In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*».

Não se ignora que a natureza clássica deste passo do Digesto foi posta em causa por muitos romanistas, para quem «*contractibus*» está interpolado, em vez de «*iudiciis*». Para além dos mencionados no *Index Interpolationum*¹⁰³, podemos referir, por exemplo, ALVAREZ SUÁREZ (que se limita a admitir ser possível essa interpolação)¹⁰⁴ e GARCIA GARRIDO (que afirma, perentoriamente, não ser clássica a redacção desse texto, «*ya que los juristas hablaban de juicios de buena fé y los compiladores de contratos de buena fé*», embora não deixe de sublinhar que «*el principio es clásico*»)¹⁰⁵. Para os sequazes dessa orientação, o jurisconsulto da época clássica tardia a quem pertence esse fragmento teria dito, antes, que as *usurae ex morae* eram devidas nos *bonae fidei iudicia*.

Essa tese parece ter por si o facto de as fontes romanas não conterem uma classificação clássica dos contratos que tenha como uma das categorias os «*bonae fidei*»¹⁰⁶. No mesmo sentido parece depor, ainda, a circunstância de GAIUS nos fornecer o elenco dos *bonae fidei iudicia* e não o dos «contratos de boa fé»¹⁰⁷.

Como tivemos oportunidade de sustentar, nada disso constitui elemento decisivo para afirmar tal interpolação e, menos ainda, para considerarmos como logica ou his-

¹⁰³ São eles: DI MARZZO, DE FRANCISCI, BETTI e SOLAZZI. Cfr. MITTEIS, Ludwig/LEVY, Ernst/RABEL, Ernst, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, tomo II (Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1931), col. 34.

¹⁰⁴ Cfr. ALVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho Romano*, cit., p. 408, nota 389.

¹⁰⁵ Cfr. GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano*, I. *Instituciones*, 17.^a ed., Madrid, Ediciones Academicas, 2010, p. 354, nota 5.

¹⁰⁶ Aliás, em bom rigor, as referidas fontes nem sequer conservam qualquer classificação dos contratos (típicos) conhecidos e utilizados pelos romanos na época clássica, pois a discutida quadripartição que a romanística tradicionalmente refere aos contratos – aludindo a contratos reais, verbais, literais e consensuais – é exposta por Gaio [que D'ORS considera o seu inventor – cfr. D'ORS, ALVARO, *Observaciones sobre el «edictum de rebus creditis»*, in SDHI 19 (1953), 135, e «*Creditum*» y «*contractus*», in AHDE 26 (1956), 184] com referência aos modos como as *obligationes ex contractu* (que nas suas *Instituciones* contrapõe às *obligationes ex delicto*) podem ser criadas ou contraídas, afirmando esse enigmático jurista que tais obrigações podem nascer *re, verbis, litteris* e *consensu* (cfr. GAIUS III,88: «*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*»).

¹⁰⁷ Cfr. GAIUS IV,62. «*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*».

Sobre a responsabilidade pela parte deste texto que na edição das FIRA se encontra entre parêntesis angulosos (<*commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo*>), que não pertence a GAIUS (nem tem qualquer apoio no elenco desses *iudicia* contido em CICERO, *De Officiis* 3,17,70), e a duvidosa natureza de boa fé de todas essas outras acções, vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., nota 2120.

toricamente necessária a pretendida alteração¹⁰⁸. No entanto, a discussão a respeito do carácter genuíno (que defendemos¹⁰⁹) ou não genuíno desse passo não tem qualquer importância prática para a questão de que aqui tratamos, uma vez que as *usurae ex morae* eram prestadas segundo o *officium iudicis*, exercitado no *iudicium bonae fidei* que correspondia a cada um dos «contratos de boa fé», no sistema processual típico da época clássica (ou, no caso dos fideicomissos, na *cognitio extraordinaria*).

Entre os «contratos de boa fé»¹¹⁰, nos quais o atraso no cumprimento da obrigação imputável ao devedor (*mora debitoris*) fazia com que fossem devidos juros de mora estava, seguramente, a *locatio conductio*, uma vez que o *locator* e o *conductor*, que estavam vinculados à observância dos ditames da *bona fides*, eram tutelados por *iudicia bonae fidei*¹¹¹.

Relativamente à obrigação de pagamento da *merces* ou *pensio* – que na *locatio conductio* com a finalidade de que nos ocupamos recaía sobre o *conductor* (representando a contrapartida do uso ou do uso e fruição da coisa, que lhe era concedido pelo *locator*), devia ser *certa* (ou seja, devia consistir numa contraprestação determinada no momento da conclusão do contrato)¹¹² e, no direito clássico, embora não consistisse necessariamente numa certa quantia de dinheiro («*in numerata pecunia*»¹¹³), tinha normalmente natureza pecuniária¹¹⁴ – podiam surgir situações de responsabilidade do devedor pelo atraso

¹⁰⁸ Cfr. CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 754-756.

¹⁰⁹ Saliente-se algumas constituições imperiais se referem igualmente a «*bonae fidei contractibus*»: pelo menos, uma de Maximino (ano 236), contida em C.2,3,13 – «*In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit*» –, e duas de Diocleciano e Maximiano (uma do ano 285 e outra do ano 290), uma conservada em C.2,53,3 – «*In contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subveniunt*» – e outra em C.2,40,3 – «*In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato*».

¹¹⁰ A respeito do conceito romano (clássico) de contrato, vide GROSSO, Giuseppe, *Contratto. Storia (Diritto Romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 752-753, e *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 29-66; SANTORO, Raimondo, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37 (1983), pp. 5 e segs.; SARGENTI, Manlio, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA* 38 (1987), pp. 25 e segs., e *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA* 39 (1988), pp. 24 e segs.; BURDESE, Alberto, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in Diritto Romano*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (1993), V, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 41-43 e 54-65, e *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *LABEO* 38 (1992), pp. 200-220; e CURA, António A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pp. 78-88 (com outras indicações bibliográficas).

¹¹¹ Cfr. GAIUS IV,62 e CICERO, *De officiis*, 3,17,70.

¹¹² Cfr. GAIUS III,142: «() nisi (...) *merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*»; D.19,2,21: «() *certa mercede emptor fundum conductum haberet* ()»; e D.19,2,61,1: «() *et frumenti modiis octo milibus certa mercede* (...)».

¹¹³ Na expressão utilizada por Gaio com referência ao problema idêntico que se punha para o *pretium*, na compra e venda. Cfr. GAIUS III,141: «*Item pretium in numerata pecunia consistere debet*. ()».

¹¹⁴ A questão de saber se o direito romano clássico exigia que a retribuição consistisse em dinheiro para que a *locatio conductio* fosse válida é discutida na doutrina romanista (não havendo dúvidas sobre a natureza necessariamente pecuniária da *merces* no direito justinianeus). O reconhecimento generalizado (referido por MAYER-MALY) do carácter locatício da chamada «*colonia partiaria*» – na qual a contraprestação a cargo do *colonus* consistia numa determinada quota dos frutos produzidos pelo *fundus* objecto do contrato, «*pars quota*» (cfr. D.19,2,25,6, in fine: «*apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*») –, bem como a possibilidade de a *merces* consistir numa quantidade determinada

culposo no seu cumprimento (*mora*). Quando tal acontecesse, o juiz (no competente *iudicium*) podia condenar o *conductor* ao pagamento dos juros moratórios, contanto que a *merces* houvesse sido fixada numa determinada quantia de dinheiro. Isso mesmo é comprovado por um fragmento extraído do *libro singulari de usuris* de PAULUS:

D.22,1,17,4: «*Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet*».

Esse jurisconsulto da época clássica tardia diz, com efeito, que o demandado com a *actio ex locato*, em princípio, apenas devia pagar os juros moratórios (fixados, a final, pelo *iudex*); só não era assim se houvessem sido convencionados juros para toda e qualquer hipótese de pagamento tardio da dívida (juros compensatórios).

O passo em análise mostra, claramente, que (como já tivemos oportunidade de afirmar¹¹⁵) a *mora debitoris* (neste caso, *mora* do *conductor*) não se identificava com o simples atraso no cumprimento de uma *obligatio* (exigindo-se, ainda, que este fosse imputável ao devedor). Na locação de coisa, o *conductor* devia ser condenado a pagar *usurae ex mora* quando incorresse em *mora* no pagamento da *merces* ou *pensio* fixada como contrapartida do uso ou do uso e fruição da *res*, móvel ou imóvel, de que o *locator* lhe fizera entrega.

Aos juros de *mora* na *locatio conductio* refere-se, igualmente, um fragmento extraído do *libro quinto responsorum* de PAULUS:

D.19,2,54pr.: «*Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: 'in quantum illum condemnari ex fide bona oportebit, tantum fide tua esse iubes?' vel ita: 'indemnem me praestabis?'*».

e invariável dos frutos (que deve ser prestada qualquer que fosse a colheita efectuada), «*pars quanta*», permite-nos afirmar que a *merces* não tinha que ser constituída por uma certa quantia de *pecunia*. Todavia, a circunstância de aquela ser uma modalidade especial da *locatio conductio rei* (com certa afinidade em relação à *societas*) e a analogia entre este contrato e a *emptio venditio*, sublinhada por Gaio [cfr. GAIUS III,142: «*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur* » (=D.19,2,2pr.); e III,145: «*Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio* »], legitimam a conclusão de que a fixação da *merces* numa certa quantia de dinheiro devia ser a regra na *locatio conductio*.

A respeito da natureza (normalmente pecuniária) da *merces*, na época clássica, vide MAYER-MALY, Theo, «*Locatio conductio*», cit., pp. 134-138; ALZON, C., *Réflexions sur l'histoire de la «locatio-conductio»*, in RHDFE 41 (1963), pp. 559-561, 580 e 582¹²³; MASI, Antonio, *Locazione in generale (Storia)*, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 911; FUENTESECA, Pablo, *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 271 e 273; GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano*, I, cit., p. 413; e JUSTO, A. dos Santos, *A locação de coisa (locatio conductio rei) no direito romano*, cit., p. 617.

¹¹⁵ Cfr. *supra*, n.º 1.2.

Através deste fragmento ficamos a conhecer o *responsum* dado por esse jurisconsulto a respeito da questão de saber se, na *locatio conductio rei*, o *fideiussor*¹¹⁶ que garantira o cumprimento da obrigação do locatário, além de responder pelo pagamento das *pensiones* devidas por aquele, estava ainda obrigado a pagar os respectivos juros.

O parecer desse jurista é no sentido de que o *fideiussor* devia responder pelos juros correspondentes às rendas pagas com atraso, em virtude da mora do *conductor*, mas só no caso de se haver obrigado (do mesmo modo que o devedor principal) por toda a dívida derivada do contrato, tudo se passando como se («*ac si*») o garante tivesse dado o seu *iussum* com referência ao pagamento de quanto o devedor viesse a ser condenado, segundo a boa fé, ou (o que vale o mesmo) com o sentido de o credor ficar indemne (o que representa uma assimilação daquela forma de o garante se obrigar a qualquer destas duas¹¹⁷).

E bem se compreende que a responsabilidade do garante pelos juros moratórios fosse posta na dependência dessa forma de se obrigar, pois de outro modo apenas responderia pelas *mercedes* em dívida, por só estas – e não também as *usurae* – estarem *in obligatione*, enquanto os juros, como veremos, apenas eram devidos *officio iudicis*¹¹⁸.

¹¹⁶ Nenhuma dúvida pode ser suscitada, neste caso, a respeito da referência originária do texto à *fideiussio* (que, como é sabido, foi a única forma de garantia pessoal das obrigações existentes na época clássica que sobreviveu no direito justiniano), uma vez que só esta podia garantir obrigações consensuais (*obligationes consensu contractae*), restringindo-se o âmbito de aplicação da *sponsio* e da *fidepromissio* às obrigações verbais (*obligationes verbis contractae*).

Cfr. GAIUS III,119, onde, na sequência do parágrafo anterior (que alude à semelhança entre a condição do *sponsor* e a do *fidepromissor*, considerada muito diferente da do *fideiussor* – «*Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis*»), é dito que o *sponsor* e o *fidepromissor* não podem aceder senão às obrigações verbais («*Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*») e GAIUS III,119^a, que alude à possibilidade de o *fideiussor* garantir qualquer das espécies de obrigações civis, bem como as obrigações naturais («*Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur*»).

A respeito das obrigações cujo cumprimento podia ser reforçado pelas diferentes formas de garantia pessoal, vide DE MARTINO, Francesco, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, pp. 57-70; FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano*, I. *Le garanzie personali*, Padova, Cedam, 1962, pp. 11-12, 14 e 35-43; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, cit., pp. 241-242; e CURA, António A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., pp. 129 e 135-136.

¹¹⁷ A respeito da assimilação (aqui evidenciada pela locução «*ac si*»), vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 731-734.

¹¹⁸ Quando o *fideiussor*, por não se ter obrigado nesses termos, houvesse de responder somente pelo capital em dívida (*sors*), a sua responsabilidade acabava por ser menos gravosa do que a do arrendatário (sujeito ao pagamento das *usurae ex mora*, por imposição do juiz, na sentença), o que se harmonizava plenamente com a natureza acessória da sua obrigação em face da que recaía sobre devedor principal, que apenas obstava a que aquela fosse maior ou mais gravosa do que esta.

A acessoriedade da obrigação do garante pessoal em face da obrigação do devedor principal é expressamente referida em GAIUS III,126: «*In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum fidepromissorum fideiussorum (...). Nam (...) ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis*». Traduz-se na dependência daquela em face desta (contrapondo-se, portanto, à autonomia da obrigação do garante, típica das formas arcaicas de garantia pessoal e que na época clássica apenas se mantém no caso referido em GAIUS III,119 – a subsistência da obrigação do *sponsor* ou do *fidepromissor* quando a mulher ou o pupilo celebravam uma *stipulatio* sem a *auctoritas* do tutor e quando alguém prometia dar alguma coisa depois da sua morte) e manifesta-se no seguinte: em primeiro lugar, no facto de a obrigação do garante nascer sempre em função da obrigação principal, ainda que esta viesse a

Mas, se a responsabilidade do *fideiussor* apenas compreendia as *usurae ex mora* (além das *pensiones* devidas pelo locatário) quando o seu *iussum* se reportasse, inequivocamente, a quanto este (segundo a boa fé) devesse pagar ao *locator*, já em relação ao *conductor* não subsistia qualquer motivo para que deixasse de pagar, em qualquer caso, os juros de mora que viessem a ser fixados pelo *iudex*, o que sucederia sempre que o locador optasse por o demandar a ele (mediante a *actio locati*)¹¹⁹.

2.1. Os juros de mora como «*usurae quae officio iudicis praestantur*»

As fontes jurídicas romanas não formulam a moderna distinção entre «juros convencionais» ou «voluntários» (que se reconduzem à vontade das partes) e «juros legais» (que são directamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico, independentemente de qualquer acordo das partes nesse sentido), em que se integram, no direito actual, os juros moratórios.

O que nelas se encontra é uma outra (e única) distinção, muito importante, entre «*usurae quae sunt in obligatione*» e «*usurae quae officio iudicis praestantur*», que se funda no diferente modo como aquele a quem eram devidos juros podia fazer valer a sua pretensão e não coincide com a distinção primeiramente referida – designadamente, porque na segunda dessas categorias de *usurae* estão incluídos verdadeiros juros convencionais, os estabelecidos pelas partes mediante um pacto junto a um dos contratos de boa fé (*pactum usurarum*)¹²⁰.

nascer posteriormente (como sucedia, na *fideiussio*, quando visava assegurar o cumprimento de uma obrigação futura); em segundo lugar, na circunstância de o adpromitente não poder obrigar-se «*in duriolem causam*», isto é, por um valor superior ao da obrigação garantida, por um prazo mais curto ou pura e simplesmente com referência a uma *obligatio* sujeita a condição suspensiva – como resulta, entre outros textos, de GAIUS III,126 [«*In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum fidepromissorum fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt (...) nec plus in acessione esse potest quam in principali re*»], de D.46,1,8,7 [«*Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriolem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviolem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure ipse ex die vel sub condicione accipi potest: enimvero si reus sub condicione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur*»] e de D.46,1,34 [«*Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviolem causam accipi possunt, in deteriolem non possunt*»]; em terceiro lugar, no facto de a validade (ou invalidade) da obrigação do garante depender, em geral, da validade (ou invalidade) da obrigação principal.

Cfr. DE MARTINO, Francesco, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, cit., pp. 71, 109-111 e 155-161; FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni*. I. *Le garanzie personali*, cit., pp. 4 e 62-70; CRUZ, Sebastião, *Direito Romano*, cit, 240, nota 288; e CURA, António A. Vieira, «*Fiducia cum creditore*», cit., 149-153.

¹¹⁹ No *Codex* encontramos também duas constituições imperiais que se referem às *usurae ex mora*, uma de Gordiano (ano 238) e outra de Diocleciano e Maximiano (ano 290): C.4,34,2 – «*Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent*»; e C.4,65,17 – «*Praeses provinciae ea quae ex locatione debentur exsolvi sine mora curabit, non ignarus ex locato et conducto actionem, cum sit bonae fidei, post moram usuras legitimas admittere*».

¹²⁰ Cfr. FADDA, Carlo, *Le «usurae quae officio iudicis praestantur»*. A proposito di una nuova spiegazione del fr. 49 § 1 «*de a. e. et v.*» 19,1, in RISG 2 (1886), pp. 356-357; BRASIELLO, Ugo, *Usura (Diritto Romano)*, in NNDI, vol. XX, Torino, Utet, 1975, p. 369; CERVENCA, Giuliano, *Usura (Diritto Romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLV, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 1125 e 1130; e ROSET, Jaime, «*Mutui datio*» y otros supuestos de «*condictio*», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, cit., p. 239.

Esta distinção quanto aos juros de mora na locação, aparece-nos no passo do Digesto que acabámos de citar¹²¹:

D.19,2,54pr.: «(...) *usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, (...)*».

Neste parágrafo, que já apreciámos, ficamos a conhecer o *responsum* dado por PAULUS a respeito da questão de saber se o fiador do locatário, além de responder pelo pagamento das *pensiones* não pagas por aquele, estava igualmente obrigado a pagar os respectivos juros de mora. A resposta afirmativa, nos limitados termos aí referidos (só no caso de o garante se ter obrigado por toda a dívida derivada da *locatio conductio rei*) é justificada por esse jurisconsulto, exactamente, com base na natureza «judicial» das *usurae ex mora*: nos *iudicia bonae fidei*, os juros de mora não nascem da própria obrigação; emanam, antes, do «ofício» do juiz.

A diferença entre as «*usurae quae sunt in obligatione*» e as «*usurae quae officio iudicis praestantur*» reside no seguinte: as primeiras constituem o objecto de uma obrigação autónoma, relativamente àquela (principal) que tem como conteúdo o capital, e, por isso, podem ser exigidas através de uma acção apropriada (diversa da que pode ser intentada para exigir a *sors*)¹²²; as segundas não fazem parte do objecto de uma obrigação, ainda que venham a ser (processualmente) relacionadas com uma *obligatio* e reconhecidas, *officio iudicis*, na acção concedida para exigir o capital¹²³.

Em face do exposto, as *usurae* devidas «*officio iudicis*» eram, pois, material e formalmente acessórias em relação ao capital (enquanto os juros «*in obligatione*» eram apenas materialmente acessórios, porque formalmente independentes da obrigação principal¹²⁴): para além de não decorrerem se não existisse a obrigação principal, só podiam

¹²¹ Ela encontra-se igualmente em dois outros fragmentos, um referente aos juros *ex mora* na compra e venda e outro ao fideicomisso: D.19,1,49,1: «*Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur*»; e D.36,1,60(58)pr.: «*Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, prius quam restitueret, hereditario debitori heres extitit. quoniam actio eo confusa per Trebellianum reintegrari non potest, pecuniae quoque debita dodrans ex causa fideicommissi petetur. sed in eum diem, quo actio confusa est, usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt, computabuntur: posterioris ita demum, si mora fideicommisso facta sit*».

¹²² Na época clássica, são «*usurae in obligatione*», por ex., os juros prometidos através de uma *stipulatio* com esse específico objecto (*stipulatio usurarum*) – cfr., por ex., D.13,7,23: «*() si stipulatio usurarum fuerat ()*»; D.45,1,75,9: «*Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur ()*»; e D.45,1,126,2: «*() sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, (...) ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur cum patrono valere ()*» –, os impostos num legado *per damnationem* – cfr. D.33,1,3,6: «*Si cui certa quantitas legetur et, quad praestetur, in singulos annos certum aliquid velut usuras iusserit testator praestari, legatum valet: sed in usuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit*» – e os estabelecidos mediante promessa unilateral vinculativa (*pollicitatio*) – cfr. D.50,12,10: «*Septicia certamen patriae suae pollicendo sub hac condicione pollicita est, uti sors apud eam remaneat et ipsa usuras semissales ad praemia certantium resolvat ()*».

¹²³ Sobre esta distinção, vide FADDA, Carlo, *Le «usurae quae officio iudicis praestantur»*, cit., pp. 361-370; e CERVENCA, Giuliano, *Usura (Diritto Romano)*, cit., pp. 1125-1126.

¹²⁴ A acessoriedade material dessas *usurae* traduz-se em só ser possível o seu decurso quando existe uma obrigação principal (de que, portanto, depende). A sua independência formal resulta da possibilidade de exigir separadamente o capital e os juros (podendo estes, desde que vencidos, ser reclamados mesmo depois da extinção da obrigação principal).

ser obtidas na acção correspondente a essa *obligatio* e somente enquanto ela subsistir (não podendo ser exigidas depois da sua extinção)¹²⁵.

Assim, o credor não podia exigir autonomamente esses juros, numa acção intencional expressamente para o efeito, uma vez que não tinha, propriamente, um direito aos mesmos. Se, porventura, aceitasse o pagamento da dívida principal, voluntariamente efectuado pelo devedor, deixava de ter a *actio* nascida do contrato (de boa fé); só exigindo judicialmente o seu crédito pecuniário poderia obter as *usurae ex mora*, porque esse resultado pressupunha o exercício do *officium iudicis*¹²⁶.

2.2. A taxa de juros e o limite legal da mesma

A fixação das *usurae ex mora* pelo juiz estava sujeita a um duplo limite, como resulta de um passo do Digesto, proveniente do *libro secundo quaestionum* de PAPINIANUS:

D.22,1,1pr.: «Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendat».

Este fragmento, que parece abranger todas as espécies de juros fixados pelo *iudex* em qualquer *bonae fidei iudicium* (incluindo, pois, os juros moratórios), determina que esses juros deviam ser fixados, antes de mais, de acordo com o costume da região onde fora realizado o contrato (não podendo, pois ser superiores aos juros correntes na mesma); mas nunca podia ser ultrapassado o limite legalmente estabelecido¹²⁷.

A taxa máxima de juro foi fixada em um por cento ao mês (*usurae centesimae*), ou seja, em doze por cento ao ano, através de um senatusconsulto de finais da época republicana, provavelmente do ano 51 a.C. (segundo refere CICERO)¹²⁸; e permaneceu inalterada durante toda a época clássica.

Como a estipulação de uma *poena* podia servir para eludir essa limitação da taxa de juros (o que aconteceria sempre que a pena excedesse a soma do capital devido e das *usurae*, calculadas de acordo com a taxa máxima legalmente fixada)¹²⁹, o limite da *centesima*

Cfr. FADDA, Carlo, *Le «usurae quae officio iudicis praestantur»*, cit., pp. 376-377.

¹²⁵ Cfr. FADDA, Carlo, *Le «usurae quae officio iudicis praestantur»*, cit., pp. 377-378.

¹²⁶ Neste sentido, vide VOCI, Pasquale, *Le obbligazioni romane* (Corso di Pandette). Il contenuto dell'«obligatio», I-1, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, pp. 17-18.

¹²⁷ Contra o que sustenta BRASIELLO, não vemos qualquer razão para considerar a expressão final, «ita tamen ut legi non offendat», como «una aggiunta dei compilatori».

No sentido de que o limite legal da taxa de juro valia também para os juros de mora, vide CERVENCA, Giuliano, *Usura (Diritto Romano)*, cit., pp. 1131 e 1133; e VERBOVEN, Koenraad, *The Sulpicii from «Puteoli» and usury in the early Roman Empire*, in TvR 71 (2003), p. 14 – onde o A. afirma que as *usurae ex mora* «nunca ultrapassavam a usura legitima».

Não era provável que o devedor se achasse em mora durante tanto tempo que as *usurae ex mora* viessem a ultrapassar o valor da *sors*. Se, porventura, tal acontecesse, não deixaria de ser aplicada a proibição das «*usurae supra duplum*» (ou «*ultra sortis summam*»), que foi estabelecida no final da época clássica.

A respeito das «*usurae ultra sortis summam*», vide SOLIDORO, Laura, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», in LABEO 28 (1982), pp. 164-179; e CERVENCA, Giuliano, *Usura (Diritto Romano)*, cit., p. 1128.

¹²⁸ Cfr. CICERO, *ad Att.*, 5,21,13: «() sed avunculo eius certe probabitur, praesertim cum senatus consultum modo factum sit (...) in creditorum causa ut centesimae faenore ducerentur ()».

¹²⁹ Cfr. VISKY, Károly, *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*, in IURA 19, 1.^a parte (1968), pp. 76-78; e CERVENCA, Giuliano, *Usura (Diritto Romano)*, cit., p. 1131.

veio a ser aplicado, ainda durante a época clássica, à pena convencional: um fragmento do Digesto, pertencente a *MODESTINUS* (D.22,1,44), diz não ser lícita a celebração de uma *stipulatio* pela qual seja prometida uma *poena* de montante superior àquele limite legal; mas, caso fosse celebrada, tal *stipulatio* não padeceria de invalidade total, pois um outro passo dessa colectânea, proveniente de uma obra de *PAPINIANUS* (D.22,1,9pr.), admite a produção de efeitos desse contrato até ao referido limite (consagrando uma validade parcial, no que constitui uma aplicação da redução dos negócios jurídicos¹³⁰)¹³¹ ¹³².

3. O DIFERIMENTO DA EXPULSÃO DO LOCATÁRIO MOROSO

A falta de pagamento da renda era um dos fundamentos pelos quais o *locator* podia expulsar licitamente o *conductor* antes do termo do prazo contratualmente estabelecido e, assim, fazer cessar o contrato sem que este pudesse intentar a *actio conducti* para obter uma indemnização (o *id quod interest*) ou os juros (se entendermos que apenas estes podiam ser obtidos)¹³³.

Na verdade, num *rescriptum* do Imperador Antonino Caracala, do ano 214, contido em C.4,65,3, consagrava-se a possibilidade de expulsão do locatário (na locação de uma

¹³⁰ Cfr. SOLIDORO, Laura, «*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*», cit., pp. 173-174.

¹³¹ Cfr. D.22,1,44: «*Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*»; e D.22,1,9pr.: «*Pecuniae fenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit*».

A este respeito, vide VISKY, K., *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*, cit., pp. 72-76 – onde o A. menciona ainda outro passo do Digesto, referente à *emptio venditio* (D.19,1,47), e um texto do *Codex*, que, de acordo com a periodização que seguimos, já não pertence à época clássica (C.4,32,15).

¹³² Para o contrato de sociedade – quanto à obrigação de o sócio que ficou com o lucro obtido (usando-o em seu proveito) e incorreu em mora na entrega ao outro sócio da parte que a este cabia – e para o contrato de compra e venda – quanto à mora no pagamento do *pretium* por parte do comprador – estava consagrada a limitação da indemnização devida ao montante dos juros moratórios. Cfr. D.17,2,60pr.: «*Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas*»; e D.18,6,20(19): «*Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit*».

O mesmo não se verifica, de forma expressa, em relação às *usurae ex mora* a que o *conductor* podia ser condenado, na *actio locati*, o que torna difícil a resposta à questão de saber se o *locator* podia pedir uma indemnização que fosse além desses juros ou se, pelo contrário, o «*quod interest*» do locador (o seu «interesse» em que a mora não se tivesse verificado) correspondia ao montante dos juros. A circunstância de GAIUS considerar a locação semelhante à compra e venda e dizer que se regia pelas mesmas regras jurídicas – cfr. GAIUS III, 142: «*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; ()*»; e D.19,2,2pr.: «*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: ()*» – parece apontar para a mesma solução que se achava prevista em D.18,6,20(19); mas é duvidoso que assim fosse. É um tema que carece de ulterior indagação.

¹³³ No sentido de que a extinção da locação, em regra, se verificava através de comportamentos materiais e unilaterais do *locator* ou do *conductor* (sem necessidade de invocação de qualquer fundamento ou de aviso prévio, embora com as eventuais consequências daí derivadas), e não por força de um acto jurídico, vide MAYER-MALY, Theo, «*Locatio conductio*», cit. p. 215; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., 80-82 (e a bibliografia aí indicada).

insula) antes de decorrido o prazo do contrato, tendo ele procedido ao pagamento da *pensio* acordada, somente em três situações: quando o proprietário demonstrasse que as dependências locadas eram necessárias para o seu uso próprio, se o proprietário pretendesse proceder a reparações no locado e se o *conductor* fizesse mau uso da *res* locada¹³⁴.

C.4,65,3 – «*Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es*».

A falta de pagamento da *pensio* constituía igualmente fundamento da expulsão do locatário. E é esse que aqui nos interessa.

Com efeito, por sobre poder considerar-se que o seu reconhecimento como causa justificativa da expulsão está implícito nessa constituição imperial, o direito do locador de expulsar o locatário que não tivesse efectuado o pagamento da renda no prazo estabelecido (ou quando interpelado para o fazer, na eventualidade de se tratar de uma obrigação pura e simples) é testemunhado por dois fragmentos do Digesto, que passamos a analisar.

D.19,2,54,1: «*Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequè decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. Quaero, cum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem*».

Este parágrafo, atribuído ao jurista da época clássica tardia *PAULUS*, na redacção que nos chegou, refere-se à seguinte hipótese: entre o locador de um prédio rústico e o locatário convencionou-se (*lex locationis*), que o *conductor*, Seio, não fosse afastado do *fundus* contra a sua vontade durante o tempo de duração do contrato; e, por meio de *stipulationes* recíprocas celebradas entre as partes naquele contrato, estabeleceu-se que se o locatário fosse expulso o locador Tício teria de pagar ao locatário Seio a pena de dez mil sestércios, e que o locatário Seio pagaria igualmente a pena de dez mil sestércios a Tício se quisesse abandonar o *fundus* locado dentro do tempo da locação (*stipulationes poenae*). Perguntava-se se o locatário Seio, no caso de não pagar a *pensio* durante um biénio contínuo¹³⁵, podia ser expulso sem temor da pena estipulada. E *PAULUS* respondeu que, embora na estipulação nada se tivesse dito expressamente sobre o pagamento das pensões, contudo, o mais provável era que se houvesse convencionado (no contrato de

¹³⁴ A respeito destas causas justificativas da cessação da *locatio conductio rei*, vide COSTA, Emilio, *La locazione di cose nel Diritto Romano*, cit., pp.100 e 102-104; FRIER, Bruce W., *Landlords and tenants*, cit., pp. 73-76; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, pp. 91-92 e 101-106.

¹³⁵ Neste ponto, o texto refere-se a «*pensio*» (com o acusativo singular «*pensionem*») e não a «*pensiones*» (contrariamente ao que sucede mais adiante).

locação) não expulsar o colono durante o prazo determinado se ele pagasse as pensões e cultivasse o prédio como devia; e que, por conseguinte, se aquele que não pagou as pensões intentasse a acção para exigir a pena, o locador podia valer-se da excepção de dolo.

Relativamente à questão da expulsão, resulta do texto que ela não tinha como consequência para o locador a *commissio poenae*, designadamente, quando o locatário não tivesse efectuado o pagamento da *pensio*. Nessa eventualidade, se o locatário instaurasse contra o locador a *actio* nascida da *stipulatio*, o pretor inseriria na fórmula dessa acção a *exceptio doli*, que conduziria à absolvição do demandado¹³⁶.

O que é discutido, na doutrina romanista, é se a exigência de que a mora do locatário no pagamento da *pensio* perdurasse durante um período contínuo de dois anos se achava já consagrada no direito clássico ou se, pelo contrário, foi introduzida em época posterior, designadamente, pelos compiladores justinianeus (constituindo uma interpolação), e, por conseguinte, não havia um diferimento da expulsão do *conductor* em caso de incorrer em mora no pagamento das *pensiones*¹³⁷.

Não cabe nos objectivos deste estudo uma tomada de posição «definitiva» (tanto quanto isso é possível) sobre a questão. Importa, porém, recordar a postura que defendemos quanto à utilização do método crítico na investigação do *Ius Romanum*.

A análise crítica desses textos continua a ser absolutamente imprescindível em qualquer investigação que tenha como objecto o direito romano clássico. Todavia, ela deve ser feita com prudência, com cautela, evitando posições extremadas: tanto o radicalismo crítico, que marcou a última década do séc. XIX e as três primeiras décadas do séc. XX, como uma postura anti-crítica, que tenda a considerar as alterações da compilação justinianeia (ou de outras fontes jurídicas romanas) de natureza puramente formal, como simples actualizações da redacção dos textos, que não importam qualquer inovação substancial. Esta é, aliás, a postura assumida pela generalidade dos romanistas actuais, mesmo por alguns que durante bastante tempo percorreram o caminho da crítica radical das fontes, mas acabaram por reconhecer a necessidade de adoptar uma posição mais moderada¹³⁸.

Nessa linha, propendemos para considerar genuína a exigência, feita nesse passo, de um «*biennium continuum*» sem pagamento das *pensiones* devidas pelo colono para que pudesse ser expulso¹³⁹.

¹³⁶ Cfr. ALVAREZ SUÁREZ, Ursicino, *Curso de Derecho Romano*, cit., pp. 341-343 e 347-348; e JUSTO, A. dos Santos, *Direito Privado Romano*, I. cit., pp. 321-325.

¹³⁷ A expressão «*biennii continuus*» é considerada interpolada, por ex., por FERRINI, KOSCHAKER, MAYER-MALY e GALLO. Cfr. FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*, cit., p. 703, nota 1 (por aparecer somente na descrição da situação de facto, e não também no raciocínio do jurista, onde se tem em conta somente o facto de não se pagar a *merces*); KOSCHAKER, Paul, *Bedingte Novation und Pactum im römischen Recht*, in «Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte. Festschrift für Gustav Hanausek zu seinem 70. Geburtstag», Graz, Ulrich Mosers Buchhandlung, 1925, p. 143; MAYER-MALY, Theo, *Das biennium von c. 3, X, 3, 18*, in SZ, kan. Abt., 72 (1955), 413, nota 8, e «*Locatio conductio*», cit., pp. 149-150 e 215; e GALLO, Filippo, *Sulla presunta estinzione*, cit., 1211, nota 41.

Saliente-se que BESELER, um dos mais célebres «caçadores de interpolações» não considera essa parte do texto interpolada, apesar de afirmar a interpolação de [*quamvis – et ideo*] e de [*coeperit*]. Cfr. BESELER, Gerhard, «*Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*», in SZ, rom. Abt., 45 (1925), p. 467.

¹³⁸ A respeito desta posição moderada e das suas implicações, vide CURA, António Alberto Vieira, «*Mora debitoris*» no *Direito Romano clássico*, cit., pp. 9-27.

¹³⁹ Nesse sentido pronunciam-se, por ex., EMILIO COSTA, PRINGSHEIM, SCIORTINO e DAVID MAGALHÃES. Cfr. COSTA, Emilio, *La locazione di cose nel Diritto Romano*, cit., pp. 101-102; PRINGSHEIM, Fritz, «*Id quod actum*

É certo que a expressão «*biennium continuum*» também foi empregada por Justiniano numa constituição imperial do ano 528, conservada em C.4,30,14, a qual, no *principium*, reduziu o prazo para opor a *exceptio non numeratae pecuniae* de cinco anos para «um biénio contínuo»:

C.4,30,14 – «(...) *non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui acceperit pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, (...)*».

E é igualmente verdade ela aparece numa constituição imperial de Constantino (do ano 319), que substituiu o prazo de um ano útil dentro do qual era concedida a *actio de dolo* pelo prazo de «um biénio contínuo»:

C.Th.2,15 (= C.2,20,8): «*Optimum duximus non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, neque intra anni utilis tempus, sed potius ex eo die, quo adseritur commissus dolus, intra continuum biennium de dolo actionem moveri, sive afuerit sive praesto est is, qui dolum se passum esse conqueratur. (...)*».

Todavia, além de se tratar de prazos que nada tinham a ver com o referido em D.19,2,54,1, por respeitarem à oposição de uma *exceptio* e à instauração de uma acção, vieram substituir os anteriormente estabelecidos, quando a admitir-se que tinham sido os compiladores a inserir a expressão «*biennii continui*» em D.19,2,54,1 isso representaria a sua introdução «*ex novo*» no texto¹⁴⁰. Sempre seria, pois, necessário fazer prova da razão de assim procederem.

Reconhecer que a expressão «*biennii continui*» se encontrava já na obra do jurista clássico a quem o fragmento pertence não significa, contudo, que o decurso de um biénio sem pagamento da *pensio*, por facto imputável ao colono, valesse para qualquer caso.

Mas também não nos parece aceitável a tese de SCIORTINO, que considera o atraso bienal no pagamento das rendas como «tolerado, mas apenas de facto», sem eliminar a «regra de direito», que seria afirmada no mesmo passo do Digesto, segundo a qual o incumprimento da obrigação de pagar as *pensiones* nos prazos pré-estabelecidos («*intra tempora prefinita*») legitimaria o locador para proceder à expulsão imediata do locatário¹⁴¹.

est», in SZ, rom. Abt., 78 (1961), nota 197 – onde o A. rejeita a hipótese de interpolação, referindo que o «*biennium continuum*» aparece num texto clássico (D.33,2,6); SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., pp. 295-298 – A. que, no entanto, como veremos, sustenta que o carácter genuíno do texto não justifica a conclusão de que o locatário só pudesse ser impunemente expulso depois do decurso de um biénio de tolerância no atraso do pagamento; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., pp. 93 e 99 – A. que afirma, designadamente, não ser metodologicamente correcto explicar eventuais interpolações num texto respeitante à locação com recurso a normas da enfiteuse e que D.33,2,6 («*Si usus fructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit*»), fragmento tido como insuspeito, «demonstra que *biennium continuum* é de origem clássica».

¹⁴⁰ Nem poderia invocar-se a existência de um erro cometido pelo facto de se aludir à *exceptio doli*, uma vez que esta era peremptória e perpétua. Cfr. GAIUS IV,8: «*Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae*»; GAIUS IV,9: «*Perpetuae et peremptoriae sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem de qua agitur peremunt: qualis est exceptio doli mali ()*»; e D.44,1,3: «*Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. Perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali ()*».

¹⁴¹ Cfr. SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., p. 300.

Esse ilustre romanista italiano sustenta que a referência ao *biennium* (posto que genuína) aparece só na primeira parte do parágrafo em causa, quando se apresenta o *casus* e se põe a questão de saber o que acontece se o *conductor* não pagar a *pensio* por um biénio contínuo; já na solução desaparece tal referência e o jurista especifica, segundo esse A., que o locatário pode ser expulso se «*intra tempora prae finita pensionibus non paruerit*», isto é, se nos prazos pré-estabelecidos não tiver pago as *pensiones*, hipótese em que pode ser expulso sem que o locador incorra na pena estipulada. Esta utilização do plural, na resposta, quando o *casus* se acha enunciado no singular, constituiria «*segno di una generalizzazione, di un mutamento di prospettiva che permette di tralasciare la considerazione del periodo di tolleranza biennale presente nella prima parte del discorso*»¹⁴².

Parece-nos que o romanista italiano cuja opinião analisamos valoriza excessivamente a circunstância de a solução (sintomaticamente iniciada com «*Paulus respondit*» – e não apenas com «*respondit*» –, apesar de o texto pertencer precisamente a este jurista) não repetir a indicação do período de dois anos, a que alude a parte inicial. Ora, convém ter presente que, por determinação do próprio Justiniano, os compiladores tiveram de reduzir a cinquenta livros (com «um total de cento e cinquenta mil linhas») o imenso material jurídico de que dispunham para elaborar o Digesto («quase dois mil livros», com «mais de três milhões de linhas»)¹⁴³; e que, por esse motivo, os textos originais foram necessariamente abreviados.

Cremos, por isso, ser perfeitamente legítima a interpretação do passo no sentido de só o não pagamento das *pensiones* relativas a um biénio contínuo autorizar a expulsão do locatário (não bastando, por conseguinte, a mora do *conductor* para que pudesse ser expulso); apenas desse modo a resposta de *PAULUS* corresponderia à solução do caso apresentado. Acircunstância de ser utilizado o singular «*pensio*» na enunciação do caso e o plural «*pensiones*» na solução parece explicar-se pelo que está em causa num caso e no outro: primeiro alude-se ao não pagamento atempado da *pensio* «durante um biénio

Sublinhe-se que esta interpretação não é nova. Corresponde a uma das várias opiniões dos doutores do direito comum (a de que se podia expulsar o locatário se não pagasse a pensão de um ano, mesmo que tivesse sido junto um «*pactum de non expellendo*», em virtude de este dever ser entendido no sentido de o *conductor* ter efectuado o pagamento das pensões em devido tempo) e assenta na ideia de que, em D.19,2,54,1, «o biénio contínuo não pertence à decisão, mas à narração de facto, onde é feita a menção do biénio». Cfr., por ex., MAULIUS, Thomas, *Tractatus absolutissimus de locatione conductione*, Francofurti ad Moenum, Iohannem Fiedericum V. Veissium, 1633, p. 64: «() *Tertia opinio est, Conductorem, si unius anii pensionem non solverit, posse expelli, etiamsi adiectum sit pactum de non expellendo (...). (...) & pactum de Conductore non expellendo intelligitur, si pensioni Conductor debito tempore paruerit, & quod dicitur, in l. quaero. §. Inter Locatorem. ff. locati, de biennio continuo non ad legis decisionem, sed ad facti narrationem pertinet, & ibi fit mentio biennii, non propter aliquod iuris mysterium, sed quia ita casus accidit, ()*».

¹⁴² Cfr. SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., pp. 298-299.

¹⁴³ Cfr., em especial, Const. Tanta, § 1: «() *Postea vero maximum opus adgredientes ipsa vetustatis studiosissima opera iam paene confusa et dissoluta eidem viro excelso permisimus tam colligere quam certo moderamini tradere. Sed cum omnia percontabamur, a praefato viro excelso suggestum est duo paene milia librorum esse conscripta et plus quam tricies centena milia versuum a veteribus effusa, quae necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere. Quod caelesti fulgore et summae trinitatis favore confectum est secundum nostra mandata, quae ab initio ad memoratum virum excelsum fecimus, et in quinquaginta libros omne quod utilissimum erat collectum est et omnes ambigua tes decisae nullo seditioso relicto. Nomenque libris imposuimus digestorum seu pandectarum, quia omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas et quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperunt, in centum quinquaginta paene milia versuum totum opus consummantes*».

contínuo», ou seja, em todos os períodos de pagamento compreendidos nesses dois anos, a cada um dos quais correspondia uma pensão; mais adiante, como se refere à não expulsão do colono, diz-se que ela dependia de ter pago todas as pensões vencidas durante o período de duração do contrato (e não, contrariamente ao que afirma SCIORTINO, que o locatário pode ser expulso se «*intra tempora praefinita pensionibus non paruerit*»); não se pode, contudo, extrair daí a conclusão de que a sua expulsão pudesse verificar-se em termos diversos dos que resultavam da questão formulada.

A crítica que DAVID MAGALHÃES faz à interpretação de SCIORTINO afigura-se, pois, certa, em particular quando afirma que «a solução do *casus* pressupõe o *biennium continuum* de incumprimento, uma vez não se entrevêem motivos para que esse lapso temporal fosse indiferente às *pensiones* não pagas referidas na última frase», que «se a solução da parte final do fragmento abstraísse de uma suposta exemplificação anterior, não faria sentido empregar a palavra '*pensionibus*', pois a falta de pagamento de qualquer *pensio* (inclusive uma só renda, relativa, *v.g.*, a um ano) permitiria o despejo imediato» e que «o uso do plural de *pensio* só é devidamente explicado pela pressuposição de vários períodos de mora», os quais «apenas podem ser os dois anos contínuos previamente mencionados»¹⁴⁴.

O texto pode, assim, consider-se como testemunho de que a expulsão do *conductor* na locação de prédio rústico apenas podia verificar-se no caso de ele estar em mora no cumprimento da obrigação de pagar a *pensio* durante dois anos (e, ao que parece, só na hipótese de ter sido convencionado que não seria expulso durante o tempo por que fora celebrado o contrato¹⁴⁵). Todavia, é preciso ter em conta que isso só podia valer para os contratos que tivessem uma duração de vários anos (pelo menos três), nomeadamente naqueles que fossem celebrados por um quinquénio, que (como vimos) devia ser o prazo normal, e com pagamento anual da *pensio*¹⁴⁶.

Se o contrato tivesse uma duração igual ou inferior a dois anos (por exemplo, um ano), como é evidente, não se punha o problema da expulsão antes do termo do prazo, por falta de atempado pagamento da *pensio* durante um biénio; decorrido esse período de tempo, o contrato extinguia-se¹⁴⁷.

Relativamente à locação de prédio urbano, o biénio de tolerância quanto ao atraso no pagamento das *pensiones* por parte do inquilino encontra-se afirmada D.19,2,56, para o caso de ausência do *conductor*.

¹⁴⁴ Cfr. MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., pp. 99-101 – onde o A. refuta também os restantes argumentos de SCIORTINO.

¹⁴⁵ Era essa a opinião de Bártolo. Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In II. Partem Digesti Veteris Commentaria*, Basileae, Officina Episcopiana, 1588, *Ad Liber XIX Digestorum*, Tit. II, *De locato & conducto*, p. 409: «() Aut loqueris in simplici colono: tunc aut est facta promissio de non expellendo: & tu(n)c non potest expelli, nisi cessatu(m) sit per bienniu(m): ut hic. Aut haec promissio non est facta: & tunc aut colonus vel inquilinus est praesens, & etiam cessat solvere, et tu(n)c statim potest expelli ()».

¹⁴⁶ Já no séc. XVII, NICOLAUS CHRISOSTOPHORUS LYNCKER defendia que a definição do biénio exigido para a expulsão do locatário devia ser entendida «em termos hábeis» e pressupondo uma «locação celebrada por vários anos». Cfr. LYNCKER, Nicolaus Christophorus, *Dissertatio*, cit., pp. 19-20.

¹⁴⁷ Cfr. LYNCKER, Nicolaus Christophorus, *Dissertatio*, cit., p. 20 – onde o A. diz que «*si ad brevius tempus, anni, verbi gratia, vel biennii, inita sit locatio, eo finito ipse quoque contractus finitur, ita de non expellendo conductore ante tempus, ob moram solutionis, inanis, immo absurda foret quaestio ()*».

D.19,2,56: «Cum domini horreorum insularumque desiderant diu non apparentibus nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus aperire et ea quae ibi sunt describere, a publicis personis quorum interest audiendi sunt. Tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari».

Este fragmento refere-se aos termos em que os proprietários de armazéns (*horrea*) e de edifícios de apartamentos habitacionais (*insulae*) podiam abrir os locados em caso de ausência «por um longo tempo» dos locatários, sem pagamento das *pensiones* respeitantes a esse período, e proceder ao inventário dos bens dos locatários neles existentes: no final diz que devem ser ouvidos pelos funcionários públicos competentes e que «em situações deste tipo deve ser observado um período de dois anos».

Também este fragmento foi objecto de múltiplas suspeitas de interpolação, às quais não escapou a frase final¹⁴⁸.

Como assente apenas pode considerar-se, no entanto, a locução «a publicis personis», que deve ter sido inserida pelos compiladores justinianeus em substituição da referência originária aos *praefecti vigilum*¹⁴⁹, que desapareceram na época justinianeia¹⁵⁰.

Relativamente à frase final, que aqui nos interessa, sustentou-se que a indicação temporal tão precisa aí contida («*biennium*») contrastaria com a mais genérica («*diu*») contida na parte inicial do fragmento e, por esse motivo, não poderia pertencer a PAULUS¹⁵¹. No entanto, não se vê como é que a concretização do espaço de tempo de falta de pagamento das *pensiones* correspondentes a uma «longa ausência» (absolutamente indispensável para se proceder ao inventário dos bens do locatário e, certamente, à sua remoção e venda) pode estar em contradição com o que fora dito antes sobre a duração do «não aparecimento» dos *conductores*; e também não se percebe por que razão haveria de concluir-se, nesse caso, pela não pertença da frase final ao jurisconsulto a quem pertence o fragmento, em vez de se negar a sua paternidade em relação ao emprego de «*diu*»¹⁵².

A circunstância de dispormos, igualmente, do testemunho de um epigrama de MARCIAL (invocado já no séc. XVI, por CUJACIUS¹⁵³), no qual é satirizado um inquilino (*Vacerra*)

¹⁴⁸ A interpolação da parte do texto em que se exige o decurso de dois anos sobre a constituição em mora para que o inquilino possa ser expulso foi defendida, nomeadamente, por EISELE, FERRINI, PRINGSHEIM (que concorda com EISELE) e MAYER-MALY. Cfr. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in SZ, rom. Abt., 18 (1897), p. 22; FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*, cit., p. 703, nota 1 – para quem a frase final «è, come forma e sostanza dimonstano ad evidenza, mero emblema»; PRINGSHEIM, Fritz, «*Id quod actum est*», cit., nota 197; e MAYER-MALY, «*Locatio conductio*», cit., pp. 149-150.

¹⁴⁹ Nos termos do que refere ainda D.1,15,3,1-2, o *praefectus vigilum* era competente, nomeadamente, em caso de arrombamento de vivendas e armazéns onde as pessoas guardavam a parte mais valiosa das fortunas [Cfr. D.1,15,2: «*Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt*, ()]. Daí a sua intervenção no caso a que se refere D.19,2,56, para apreciar a legitimidade do senhorio para abrir o armazém ou a *insula* arrendada.

¹⁵⁰ Cfr. SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., p. 279.

¹⁵¹ Cfr., por ex., EISELE, *Beiträge*, cit., p. 22; e MAYER-MALY, Theo, *Das «biennium» von c., 3, X, 3, 18*, cit., pp. 413-414.

¹⁵² Para uma crítica mais desenvolvida em relação aos argumentos utilizados por alguns dos AA. que afirmam a interpolação do texto (na parte respeitante à exigência do biénio), vide SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., pp. 280-285; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., pp. 94-98.

¹⁵³ Cfr., por ex., CUJACIUS, Jacobus, *Commentaria in Lib. IV. Responsorum Iulii Pauli*, in *Opera Omnia*, tomo 6, Neapoli, Michaelis Aloysii Mutio, 1722, col. 535.

expulso pelo senhorio nas calendas do mês de Julho e que, juntamente com a mulher, a mãe e a irmã, carregava, na via pública, as bagagens com os escassos e desvaliosos bens que o *locator* não tinha retido em sede de *perclusio* efectuada por falta de pagamento da *pensio* por dois anos («*pensione pro bima*»)¹⁵⁴ – que deve retratar a situação existente ao tempo em que foi escrito o livro de que faz parte (início do séc. II¹⁵⁵) e está, obviamente, a salvo de qualquer suspeita de alteração – parece ser decisiva para que a referência ao biénio contida em D.19,2,56 seja reconhecida como pertencente ao jurisconsulto da época clássica tardia a quem é atribuído o fragmento. E desse modo, para se reconhecer que só a mora do locatário que se mantivesse por um biénio constituía fundamento de expulsão do inquilino.

Vale, porém, aqui o que dissemos a respeito dos contratos cuja duração possibilitava o diferimento da expulsão: só os celebrados por vários anos, em particular por um quinquénio e com pagamento anual das *pensiones* – mas já não os celebrados por tempo igual ou inferior a dois anos.

4. A FILIAÇÃO NO DIREITO ROMANO DO REGIME DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO PELO SENHORIO, COM FUNDAMENTO NA FALTA DE PAGAMENTO DA RENDA, CONSAGRADO NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS.

Em determinados casos, o Direito Romano concedeu um prazo de tolerância ao locatário moroso, não admitindo a sua expulsão imediata.

No direito português actual, salvaguardada a diferença de a cessação do contrato por iniciativa do senhorio resultar da prática de actos jurídicos a que só depois se segue, se for caso disso o despejo, assim como os períodos mais curtos (mensais) de pagamento da renda, também não há coincidência temporal entre o momento em que o inquilino incorre em mora e aquele em que se verifica a extinção do contrato, por resolução.

E é assim por força da disciplina do direito de resolução do contrato de arrendamento urbano consagrada no art. 1083.º do Código Civil, na versão resultante da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o Novo Regime do Arrendamento Urbano, reintroduzindo nesse Código o regime dessa espécie de arrendamento.

¹⁵⁴ Cfr. MARTIALIS, *Epigrammaton Libri. De Spectaculis*, 12,32: «O Iuliarum dedecus Kalendarum | vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi; | quas non retentas pensione pro bima portabat uxor rufa crinibus septem | et cum sorore cana mater ingenti. (ll. 11-25): | Ibat tripes grabatus et bipes mensa | et cum lucerna corneoque cratere | matella curto rupta latere meiebat; | foco virenti suberat amphorae cervix; | fuisse gerres aut inutiles maenas | odor inpudicus urcei fatebatur, | qualis marinae vix sit aura piscinae. | Nec quadra derat casei Tolosatis, | quadrima nigri nec corona pulei | calvaeque restes alioque cepisque, | nec plena turpi matris olla resina, | Summemmianae qua pilantur uxores. | Quid quaeris aedes vilicosque derides, | habitare gratis, o Vacerra, cum possis? | Haec sarcinarum pompa convenit ponti».

A respeito do valor deste epigrama, quanto ao biénio de tolerância, vide SCIORTINO, Salvatore, *Il termine dell'expulsio del conduttore*, cit., 285-287; e MAGALHÃES, David, *A evolução da protecção do arrendatário*, cit., pp. 93-94.

¹⁵⁵ O livro XII foi entregue a Terentius Priscus aquando da sua chegada à *Hispania*, em Dezembro do ano 101 (dois anos antes da morte de Marcial), e enviado de imediato para Roma. Cfr. M. VALERII MARTIALIS, *Epigrammaton Libri*, Ludwig Friedlaender (ed.), vol II, Leipzig, Verlag Von S. Hirzel, 1886, pp. 218 e 236-238

Vejamos a disciplina do vencimento da obrigação de pagar a renda, da constituição do arrendatário em mora e da resolução do contrato.

No arrendamento urbano, «na falta de convenção em contrário, se as rendas estiverem em correspondência com os meses do calendário gregoriano, a primeira vencer-se-á no momento da celebração do contrato e cada uma das restantes no 1.º dia útil do mês imediatamente anterior àquele a que diga respeito» (art. 1075.º, n.º 2). Se não efectuar o pagamento nesse dia, o arrendatário fica constituído em mora, por se tratar de obrigação com prazo certo (art. 805.º, n.º 2, al. a)). A mora do arrendatário confere ao senhorio o direito de exigir, além das rendas em atraso, «uma indemnização igual a 50% do que for devido, salvo se o contrato por resolvido com base na falta de pagamento» (art. 1041.º, n.º 1); mas essa indemnização deixa de ser devida se o arrendatário «fizer cessar a mora no prazo de oito dias a contar do seu começo» (art. 1041.º, n.º 2); e pode ainda fazer cessar a mora após o decurso desse prazo, «oferecendo ao locador o pagamento das rendas (...) em atraso», mas acrescidas da referida indemnização (art. 1042.º, n.º 1).

Uma das causas de cessação do contrato é a resolução (art. 1079.º). Com a referida Lei n.º 6/2006 foi consagrada uma cláusula geral de resolução com justa causa¹⁵⁶, por parte do senhorio: «[é] fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento» (art. 1083.º, n.º 2, que nas suas alíneas enumera, a título meramente exemplificativo, quanto à resolução pelo senhorio, algumas situações em que o incumprimento do arrendatário se reconduz aos requisitos da cláusula geral).

Embora a falta de pagamento da renda (assim como de outros encargos ou despesas que corram por conta do arrendatário) possa constituir fundamento de resolução, não basta, para tanto, que o arrendatário esteja em mora. A falta de pagamento da renda só torna «inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento» desde que haja «mora igual ou superior a três meses», ainda que respeite somente à renda de um mês¹⁵⁷ (art. 1083.º, n.º 3¹⁵⁸), salvo quando se tratar da hipótese prevista no n.º 4 do art. 1083.º¹⁵⁹. A resolução pelo senhorio, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art. 1083.º, fica, porém, sem efeito se o arrendatário puser fim à mora no prazo de um mês (art. 1084.º, n.º 3¹⁶⁰).

¹⁵⁶ Cfr. MAGALHÃES, David, *A resolução do contrato de arrendamento urbano* (Coimbra, Coimbra Editora, 2009), 100-101, 134-135 e 139 e segs.

¹⁵⁷ Cfr. MAGALHÃES, David, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*, cit., 211.

¹⁵⁸ A redacção actual deste preceito resultou da Lei n.º 43/2017, de 14 de junho.

Na versão que havia sido introduzida pela Lei n.º 32/2012, de 14 de agosto, bastava a «mora igual ou superior a dois meses», enquanto na resultante da Lei n.º 6/2006 se exigia «mora superior a três meses».

¹⁵⁹ Esta norma, introduzida pela cit. Lei n.º 31/2012, é do seguinte teor: «É ainda inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento no caso de o arrendatário se constituir em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses, com referência a cada contrato, não sendo aplicável o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo seguinte».

¹⁶⁰ Na redacção resultou da cit. Lei n.º 31/2012. Na versão introduzida pela referida Lei n.º 6/2006, o o arrendatário podia pôr fim à mora no prazo de três meses.

O prazo referido em texto conta-se desde que o contrato foi resolvido. Cfr. MAGALHÃES, David, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*, cit., 211 (com referência ao prazo de três meses, então estabelecido).

Se o contrato vier a cessar, por resolução, com o referido fundamento, a desocupação do locado (nos termos do artigo 1081.º) só é exigível «após o decurso de um mês a contar da resolução, se outro prazo não for judicialmente fixado ou acordado pelas partes» (art. 1087.º)¹⁶¹.

Assim, no direito português actual, à semelhança do que acontecia no Direito Romano, em que, pelo menos para certos contratos de arrendamento, se concedia ao locatário constituído em mora um prazo de tolerância antes de o locador poder exercer o direito de expulsão (um biénio contínuo, como vimos), também se concede ao arrendatário um prazo da mesma natureza sem o decurso do qual a sua mora não confere ao senhorio o direito de resolver o contrato; e, se este acabar por ser resolvido com fundamento na falta de pagamento da renda, a lei ainda concede ao arrendatário o prazo de um mês para a desocupação do locado.

ABSTRACT: The focus of this study is the willful delay of a lessee in classical Roman Law and its effects. The main topic of discussion is the determination of whether expulsion of the lessee due to non-payment of rent, in the lease of real estate, could occur immediately after the lessee's delay or only after a two-year period. The requirements for willful delay, the term of the lease, the time for payment of rent and the interest on arrears are addressed here as well. Lastly, also assessed herein is the need of a certain period of *mora* to the rescission of an urban lease in the Portuguese Civil Code, with its legal roots in Roman Law.

KEYWORDS: *mora* (willful delay, delay, mora); *locatio conductio rei* (lease); *locator* (lessor, landlord); *conductor* (lessee, tenant); *inquilinus* (urban tenant); *colonus* (tenant-farmer); *pensio* (rent); requirements for mora; leasehold estates; leases for a fixed term; term of lease; payment of rent; failure to pay rent; *usurae ex mora* (interest on arrears); expulsion; delay of two years; Digest; Civil Code; rescission of lease contracts.

¹⁶¹ A actual redacção deste artigo resultou da cit. Lei n.º 31/2012. Na redacção que lhe havia sido conferida pela mencionada Lei n.º 6/2006, a desocupação do locado apenas era «exigível no final do 3.º mês seguinte à resolução» (se outro prazo não fosse judicialmente fixado ou acordado pelas partes).

