

O DEPÓSITO NO DIREITO ROMANO

ALGUMAS MARCAS ROMANAS NO DIREITO PORTUGUÊS

A. SANTOS JUSTO

Universidade de Coimbra e Universidade Luisiada-Norte

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Noção. Características. 3. Etimologia. 4. Contratos próximos: 4.1. Considerações preliminares; 4.2. *Mutuum*; 4.3. *Commodatum*; 4.4. *Locatio-conductio rei*; 4.5. *Mandatum*; 4.6. *Fiducia cum amico*. 5. Origem. Evolução: 5.1. Antes da criação da fórmula *in factum concepta*; 5.2. A criação da fórmula *in factum concepta*; 5.3. A criação da fórmula *in ius concepta*; 5.4. A afirmação do depósito como contrato. 6. Legitimidade: 6.1. Do depositante; 6.2. Do depositário. 7. Regime jurídico: 7.1. Posição do depositário: 7.1.1. Detenção da *res* depositada; 7.1.2. Obrigações: 7.1.2.1. Custódia; 7.1.2.2. Não uso; 7.1.2.3. Restituição; 7.1.3. Responsabilidade; 7.1.4. Direitos; 7.2. Do depositante. 8. Tutela: 8.1. Do depositante; 8.2. Do depositário. 9. Subdepósito. 10. Depósitos especiais: 10.1. Depósito necessário (ou miserável); 10.2. Depósito irregular; 10.3. Sequestro. 11. Marcas romanas no direito português: 11.1. Considerações preliminares; 11.2. As Ordenações Filipinas; 11.3. O Código Civil de 1867; 11.4. O Código Civil de 1966. 12. Conclusão

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Empenhados no afastamento da crise que atingiu a romanística e o direito romano, e depois de termos observado as suas causas ⁽¹⁾, optamos por seguir a via que privilegia o estudo do direito romano da época de Justiniano ⁽²⁾.

Evitamos, assim, incorrer nos excessos em que caiu a crítica interpolacionista, muitas vezes utilizada ora para a defesa ora para o afastamento de soluções consoante a conveniência das teses apresentadas ⁽³⁾. Excessos que levaram

⁽¹⁾ Vide A. SANTOS JUSTO, *A crise da romanística* no *BFD* LXXII (1996), 13-132.

⁽²⁾ À luz do critério jurídico-interno, esta época decorre entre os anos 530 e 565. Aquele assinala o início da elaboração do *Corpus Iuris Civilis*; este, a morte do Imperador Justiniano. Trata-se duma época dominada pela generalização e, como ensinava Sebastião CRUZ, pela “*atualização e compilação do Ius Romanum na forma tendente a seguir o clássico*”. Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano (Ius romanum)* I. *Introdução*. Fontes⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 51; e SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano* no volume comemorativo do 75.º Tomo do *BFD* (2003) 67-68.

⁽³⁾ Vide SANTOS JUSTO, *A crise da romanística*, cit., 42-44.

KOSCHAKER a propor a orientação duma “volta a SAVIGNY” (4); fizeram da ciência romanística “una especie de ciencia enigmática o cabalística”, nas palavras de Juan IGLESIAS (5); e, sobretudo, afastaram os juristas dos nossos trabalhos “que dan la impresión de una inmensa cantera donde solo hay ruinas y en que no se ve más que un grupo de ingenieros y obreros, siempre en continua riña sobre lo que hay que destruir o construir”, como observou Biondo BIONDI (6). E os diversos estudos sobre o depósito são a prova destes excessos (7).

Justifica-se, portanto, que centremos o nosso estudo no direito justinianeu, donde, aliás, partiu o direito e a ciência que, renascida nas Escolas Medievais (8) e desenvolvida ao longo dos séculos posteriores (9), foi-se impondo na prática e consolidando na legislação com particular realce para os Códigos Civis dos vários Países que acolheram a cultura romanista.

Não ignoramos, no entanto, que o direito é também cultura e tem a sua história. Embora com algo de específico que o individualiza, o direito romano de Justiniano vem de épocas anteriores e, por isso, não as devemos perder totalmente de vista, mas sem nos deixarmos enredar na teia das interpolações.

Em termos gerais, julgamos que uma orientação de equilíbrio poderá ser a que centre a nossa atenção na época justinianeia e, quando necessário, olhe para trás para, embora num juízo probabilístico, compreendermos a génese e as transformações que marcam a evolução das figuras jurídicas (10). Depois, com o

(4) Vide CRUZ, *ibidem* 107-108

(5) Vide Juan IGLESIAS, *Defensa de los estudios romanísticos em Estudios. Historia de Roma – Derecho romano. Derecho moderno* (Universidad Complutense. Seminario de derecho romano / Madrid, 1985) 113.

(6) Vide Biondo BIONDI, *Arte y ciencia del derecho*, trad. espanhola de Angel Latorre (Ediciones ARIEL / Barcelona, 1953), 134.

(7) Vide Giuseppe GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão, 1976), 5-8.

(8) Referimo-nos à Escola dos Glosadores e à Escola dos Comentadores. Vide Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do direito português*³, 2.ª reimpressão (Almedina / Coimbra, 2000), 210-218 e 236-241; Ruy de ALBUQUERQUE / Martim de ALBUQUERQUE, *História do direito português 1140-1415 I*¹⁰ (Ed. Pedro Ferreira / Rio de Mouro, 1999) 248-312; Nuno J. Espiona Gomes da SILVA, *História do direito português. Fontes de direito*⁴ (Fund. C. Gulbenkian / Lisboa, 2006) 211-239; e SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)* (Coimbra Editora / Coimbra, 2005), 26-31.

(9) Referimo-nos à Escola Culta, à Escola do Direito Natural Racionalista, à Escola do *Usus Modernus Pandectarum*, à Jurisprudência Elegante, à Escola Histórica Alemã e à Pandectística. Vide Sebastião CRUZ, *o.c.*, 99-101; ALMEIDA COSTA, *ibidem*, 319-324, 353-359 e 396-401; GOMES DA SILVA, *ibidem*, 350-364 e 455-461; e SANTOS JUSTO, *ibidem*, 37-39, 41-43, 53-54 e 57-62.

(10) Neste sentido, BURILLO observa que “la historia de las instituciones jurídicas tiene siempre un valor para explicar ciertas dificultades incluso en el derecho actual. Todas las instituciones nacen con un determinado sello que se transforma y se supera pero no desaparece del todo” Vide Jesús BURILLO, *Las formulas de la “actio depositi” em SDHI XXVIII* (1962) 234.

conhecimento do direito de Justiniano mais consolidado, avançaremos para a frente, para melhor compreendermos os direitos actuais.

É o que procuraremos fazer no estudo do depósito, confortados com a opinião de GANDOLFI, que transcrevemos: “*È indispensabile appurare in limine quale fosse lo stato ufficiale del diritto giustiniano: così da acquisire un elemento di sicuro orientamento*” (11).

Impõem-se, finalmente, dois esclarecimentos: para dar a necessária *vox* às fontes através de quem as lê, não dispensamos as suas transcrições; e para que este trabalho possa ser devidamente compreendido por não romanistas, traduzi-las-emos em notas de rodapé.

2. NOÇÃO. CARACTERÍSTICAS

Podemos definir o depósito como um contrato real, bilateral imperfeito, gratuito e de boa fé em que uma pessoa (depositante) entrega a outra (depositário) uma *res* móvel para que a guarde e restitua num prazo determinado ou quando o depositante pedir (12).

No entanto, esses elementos carecem de explicitação.

Quanto à natureza de contrato real, as *Institutiones* de Justiniano não suscitam dúvidas:

I. 3,14,3: “*Praeterae est is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur...*” (13).

A doutrina assinala que a *res* é ao mesmo tempo causa e objecto da obrigação que o depositário assume de restituir (14).

Porém, se recuarmos à época clássica (15), observamos que, nas suas *Ins-*

(11) Vide GANDOLFI, *ibidem*, 20.

(12) Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — II (Direito das obrigações)*², reimpressão em *Studia Iuridica* 76 (2006), 41. Vide igualmente: Franco BONIFACIO, *Deposito (diritto romano)* em *NNDI* V (1957) 495 e 497; Giovanni ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano* em *Scritti giuridici a cura de V. Arangio-Ruiz, E. Albertario, P. de Francisci* II. *Studi sul diritto romano della obbligazioni a cura di Emilio Albertario* II (Ulrico Hoepli. Editore Libraio della Real Casa / Milão, 1922), 1, 2, 59, 69, 70 e 86; e ASTUTI, *Deposito (diritto romano e intermedio)* em *ED* XII (1964), 213-214

(13) “Ademais, também aquele em que se deposita alguma coisa fica obrigado por um contrato real e pela acção de depósito, sendo obrigado a devolver a mesma coisa que recebeu”.

(14) Vide ROTONDI, *o.c.*, 59; e ASTUTI, *o.c.*, 214

(15) Continuando a seguir o critério jurídico-interno, localizamos esta época no arco temporal que vai do ano 130 a.C. ao ano 230. O primeiro coincide aproximadamente com a data da

titutiones, GAIUS omite o depósito na categoria dos contratos reais ⁽¹⁶⁾, quiçá por não transferir a propriedade como no *mutuum* e na *indebiti solutio* ⁽¹⁷⁾. A sua consagração como contrato real no direito justinianeu ter-se-á devido à caracterização clássica de *datio* e ao significado amplo e incolor que foi atribuído a *traditio* ⁽¹⁸⁾.

Depois, o depósito é um contrato bilateral imperfeito, porque as obrigações do depositante não surgem *ab initio*, mas podem resultar posteriormente ⁽¹⁹⁾.

A gratuidade é outro elemento essencial que o distingue, v. g., da *locatio-conductio*. Também aqui as *Institutiones* não suscitam dúvidas:

I. 3,26,13: “... *quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium. His casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur*” ⁽²⁰⁾.

Há, no entanto, alguns textos que admitem a validade de um *pretium depositionis*. Destacamos:

D. 13,6,5,2: “... *Et quidem in contractibus interdum dolus solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur...*” ⁽²¹⁾.

Urge, todavia, ter em atenção o princípio consagrado nas *Institutiones* e repetido com igual firmeza em diversos fragmentos do Digesto ⁽²²⁾, segundo o

lex Aebutia de formulis que legalizou o processo das fórmulas (*agere per formulas*) que contribuiu decisivamente para a transformação do direito romano; o segundo assinala o início da decadência da ciência jurídica (*iurisprudentia*). Trata-se duma época criativa marcada pelo apogeu da *iuris scientia* que transmitiu ao direito romano as suas marcas de precisão e rigor que o elevam a direito modelo. Vide CRUZ, o.c., 46; e SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., 53-61.

⁽¹⁶⁾ Cf. GAIUS 3,90-91. A referência ao depósito como contrato real já aparece em D. 44,7,1,5, texto atribuído a GAIUS, mas provavelmente interpolado.

⁽¹⁷⁾ Vide BONIFACIO, o.c., 495; e BURILLO, o.c., 233.

⁽¹⁸⁾ Vide ROTONDI, o.c., 59.

⁽¹⁹⁾ Vide BONIFACIO, o.c., 497; ASTUTI, o.c., 219; e ROTONDI, 69-70 e 86. Sobre os contratos bilaterais imperfeitos, vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*⁴ em *Studia Iuridica* 50 (2008), 228;

⁽²⁰⁾ “*Naqueles casos em que por ter aceitado o encargo sem remuneração se contrai o mandato ou depósito, nos mesmos, intervindo remuneração, se entende que se contraiu uma locação-condução*”.

⁽²¹⁾ “*E na verdade, nos contratos por vezes respondemos só por dolo e, por vezes, também por culpa; por dolo, no depósito, porque não se trata de utilidade alguma daquele em quem se deposita...*”.

⁽²²⁾ Cf. D. 4,9,3,1; -16,3,1,8-9.

qual a gratuidade é um elemento essencial do depósito. Mas importa ainda observar outro texto:

D. 47,8,2,23-24: “... *si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. Utilius dicendum est et si cesset actio furti ob rem depositam...*” (23).

Contrapondo *pretium depositionis* a *quasi merces*, este fragmento sugere que *pretium* pode corresponder a um prémio ou honorário. Com este entendimento, defendido por GANDOLFI (24), pode recusar-se a doutrina de ASTUTI para a qual “*nel diritto giustiniano l'elemento della gratuità cessa di essere considerato essenziale al deposito, in quanto si ammette la validità della convenzione in forza della quale il deponente si impegna a versare al depositario un modico compenso*” (25).

O depósito é, também, um contrato de boa fé. Transcrevemos um texto das *Institutiones*:

I. 4,6,28: “*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi ...*” (26).

A origem da acção de depósito de boa fé relaciona-se com a sua fórmula *in ius* e, portanto, reservaremos para momento oportuno uma breve referência. No que agora interessa, é ponto incontroverso a natureza *in bona fides* do contrato de depósito no direito de Justiniano (27).

O depósito tem por objecto uma *res* móvel com individualidade própria. Estas características estão presentes nos seguintes textos:

D. 12,1,2pr.: “*Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*” (28).

(23) “Se em relação à coisa depositada prometi também responder por culpa ou se recebi um preço do depósito, não como remuneração (*merces*), deve dizer-se com mais utilidade que, ainda que deixe de ter lugar a acção de furto pela coisa depositada ...”.

(24) Vide GANDOLFI, *o.c.*, 11, 28, 33, 112, 113, 130, 144, 145 e 146.

(25) Vide ASTUTI, *o.c.*, 216.

(26) “Ademais, as acções são ou de boa fé ou de direito estrito. São de boa fé as acções de compra e venda, de locação, de gestão de negócios, de mandato, de depósito ...”.

(27) Vide ROTONDI, *o.c.*, 31, 40, 41, 47 e 55; BONIFACIO, *o.c.*, 496; Pablo FUENTESECA, *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contractus* em AHDE XXIII (1953) 573; e Mercedes LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, *Observaciones sobre el depósito irregular romano* em RFDUC. Curso 1988-1989 (1989) 351.

(28) “Damos em mútuo para receber não a mesma espécie que demos, pois de outro modo será comodato ou depósito, mas o mesmo género; porque se recebemos outro género, por exemplo, vinho por trigo, não será mútuo”.

D. 16,3,1pr.: “*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*” ⁽²⁹⁾.

A necessidade de a *res* depositada ter individualidade própria afasta as *res* fungíveis e consumíveis, a menos que as partes as considerem como não fungíveis e não consumíveis ⁽³⁰⁾. A este propósito, convém ter presente um texto atribuído a PAULUS:

D. 16,3,29pr.: “*Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*” ⁽³¹⁾.

O jurisconsulto ocupa-se de moedas de prata que, sendo naturalmente fungíveis, adquiriram individualidade própria por terem sido colocadas numa bolsa (*sacculus*) ou devidamente assinalas. E a referência à *actio depositi* revela inequivocamente que foram depositadas ⁽³²⁾; doutro modo, seriam objecto do contrato de *mutum*, com a consequência de se tornarem propriedade do mutuário ⁽³³⁾.

Finalmente, a finalidade do depósito consiste na custódia da *res* depositada, como observamos na definição de ULPIANUS:

D. 16,3,1pr.: “*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est...*” ⁽³⁴⁾.

⁽²⁹⁾ “Depósito é o que se deu a alguém para guarda, chamado assim pelo que se põe, porque a preposição de aumenta o significado do depósito para mostrar que está encomendado à fidelidade daquele tudo o que pertence à custódia da coisa”. Vide ROTONDI, o.c., 69, para quem “la definizione di Ulpiano si riferisce evidentemente a cose mobili; e a ciò si aggiunga la considerazione d'ordine storico che il deposito si è sviluppato assai probabilmente per le *res nec mancipi*, poichè, quanto alle *res mancipi*, la fiducia cum amico ne adempieva forse più sicuramente le funzioni”.

⁽³⁰⁾ Vide ASTUTI, o.c., 214.

⁽³¹⁾ “se tiver depositado numa bolsa ou prata selada e aquele em cujo poder se depositou as tiver usado contra a minha vontade, compete-me contra ele tanto a acção de depósito como a de furto”.

⁽³²⁾ Vide Ugo BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali* em *Studi in onore di Pietro De Francisci IV* (Dott. Antonino Giuffrè — Editore / Milão, 1956) 480 e 482-484, para quem “il vero deposito (...) è quello di cosa infungibile” e “perchè le cose fungibili data ex causa depositi (...) devono essere date *obsignatae*, o *clausae*, o eventualmente essere identificabili in altro modo”.

⁽³³⁾ Vide BRASIELLO, *ibidem*, 480-481. Sobre o contrato de *mutum*, vide *infra*, n.º 4.3; e SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — II (direito das obrigações)*, cit. 34-38.

⁽³⁴⁾ “O depósito é o que se deu a alguém para guardar”. Cf. igualmente: D. 44,7,1,5; I. 3,14,3

Este elemento é particularmente importante, porque permite distinguir o depósito de outros contratos, como v. g., o mútuo e o mandato ⁽³⁵⁾.

3. ETIMOLOGIA

Segundo ULPIANUS, “*depositum (...) dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum*” ⁽³⁶⁾. Como Sebastião CRUZ ensina, a partícula *de* traduz a ideia de “intensidade”, “perfeição” ⁽³⁷⁾ e, por isso, transmite ao depósito o rigor conceitual de contrato perfeitamente individualizado.

Em consequência, os vocábulos *depositor* e *depositarius* indicam, respectivamente, o depositante e o depositário ⁽³⁸⁾.

Ao lado de *deponere* encontramos o verbo equivalente *commendare* que, ainda nas palavras de ULPIANUS, “*nihil aliud est quam deponere*” ⁽³⁹⁾. Surge também a expressão *servandum dare*, quicá mais antiga ⁽⁴⁰⁾, embora diferisse de *depositum*, porque enquanto este “*est quasi diu positum*”, aquela “*est, quod ad breve tempus custodiendum datur*” ⁽⁴¹⁾. No entanto, observa-se em “*servandum dare*” uma expressão de uso comum que não tem a determinação e a precisão do vocábulo *deponere* ⁽⁴²⁾.

4. CONTRATOS PRÓXIMOS

4.1. Considerações preliminares

Definido como contrato real, bilateral imperfeito, gratuito e de boa fé, cuja finalidade é a custódia da *res* depositada, importa distinguir o depósito de outros contratos com os quais tem alguma afinidade.

Referimo-nos ao *mutuum*, ao *commodatum*, à *locatio-conductio rei*, ao *mandatum* e à *fiducia cum amico*.

⁽³⁵⁾ Vide *infra*, n.ºs 4.2 e 4.5. E ainda: ROTONDI, *o.c.*, 60 e 70; ASTUTI, *o.c.*, 215; e GANDOLFI, *o.c.*, 12.

⁽³⁶⁾ D. 16,3,1pr.: “O depósito é chamado pelo que se põe: porque a preposição *de* aumenta o significado depósito”.

⁽³⁷⁾ Vide Sebastião CRUZ, *Ius. Directum (directum)* (Ed. do Autor / Coimbra, 1974), 43-44.

⁽³⁸⁾ Cf. D. 16,3,1,36-37. Vide ASTUTI, *o.c.*, 212

⁽³⁹⁾ D. 50,16,186: “*Commendare não é outra coisa do que depositar*”.

⁽⁴⁰⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 57.

⁽⁴¹⁾ COLL. X,7,2; “*Depositum é posto durante muito tempo*”; “*servandum é o que é dato para guardar durante breve tempo*”. Vide ROTONDI, *o.c.*, 57.

⁽⁴²⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 58.

4.2. *Mutuum*

O depósito partilha, com o *mutuum*, das mesmas natureza real e gratuidade, mas afasta-se não só por este ser um contrato unilateral, mas, sobretudo, pelo seu objecto (coisas fungíveis) e pelo efeito jurídico fundamental: a transferência da propriedade donde derivam, a faculdade de usar e de restituir outro tanto do mesmo género e qualidade ⁽⁴³⁾.

Esta diferença, que na época clássica aparece bem vincada, não desapareceu no direito justinianeu, como vemos em:

D. 16,3,1,34: “*Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis*” ⁽⁴⁴⁾.

Dir-se-á que, antes de utilizada, a *pecunia* funciona como *res* não fungível e, por isso, existe um contrato de depósito, tutelado pela correspondente *actio*. Mas se posteriormente o depositário puser em prática a condição *si voluisses*, tornar-se-á *res fungível* e o depósito transformar-se-á em mútuo, ficando o mutuário *condictione teneri* ⁽⁴⁵⁾.

A conversão do *depositum* em *mutum* por efeito de uma condição mostra o relevo da vontade das partes, que Álvaro D’ORS observou referindo que se trata duma “*tendencia general*” que os bizantinos acolheram, ao ponto de tornar possível o depósito não gratuito ⁽⁴⁶⁾.

Quanto à tutela, enquanto o *mutuum* é protegido por uma *actio stricti iuris* (a *condictio certae creditae pecuniae*), o depósito passou, num segundo momento, a ser tutelado com uma *actio bonae fidei* com a introdução da fórmula *in ius concepta* ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — II (Direito das obrigações)*, cit., 34-38

⁽⁴⁴⁾ “*Se desde o início se tiver depositado dinheiro em teu poder com esta condição se quiseres usá-lo, antes que o uses estarás obrigado pelo depósito*”. No mesmo sentido, cf. D. 12,1,9,9; -12,1,10.

⁽⁴⁵⁾ Vide BRASIELLO, *o.c.*, 485; e ROTONDI, *o.c.*, 61-62 e *Natura contractus* em BIDR XXIV (1911), 100-101; Ramon HERRERA, *La custodia como obligacion singular del depositario en el contrato de deposito* em *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias III* (1988), 1427-1428; e LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, *o.c.*, 341.

⁽⁴⁶⁾ Vide Álvaro D’ORS, *Una observación sobre la naturaleza del depósito no-gratuito en derecho romano* em RFDM, 6-7 (1941), 129.

⁽⁴⁷⁾ Vide *infra*, n.º 5.3. Sobre as *actiones stricti iuris* e *bonae fidei*, vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit. 247-249.

4.3. *Commodatum*

Em relação ao *commodatum*, há também pontos comuns que permitem falar de “*una stretta parentela*” (48). Fala-se, a propósito, de desenvolvimento paralelo (49), embora diferente, como indiciam os lugares diversos que lhes foram dados no *edictum praetoris*: o comodato, no título *de rebus creditis*; o depósito, no título *de bonae fidei iudiciis* (50).

Em relação às semelhanças, o *depositum* e o *commodatum* são contratos reais, bilaterais imperfeitos, gratuitos, de boa fé e têm por objecto *res* não fungíveis (51); há uma fórmula processual dupla (*in factum* e *in ius*) (52). Já quanto ao *furtum*, importa distinguir duas modalidades: o furto que consiste na subtracção (*ablatio*) da *res*; e o furto de uso (53).

Em relação ao primeiro, o comodatário gozava da *actio furti*, que, no caso de depósito, era concedida ao *dominus* (54). DE RUGGIERO explica, referindo que “*il motivo da concessione dell’a. furti, che è data al commodatario, ma rifiutata sempre al depositario, risiede in ciò che nel primo v’ha un interesse, il quale manca nel secondo*”. Ora, “*il commodatario, in quanto è tenuto fino alla colpa lieve, può esser dichiarato responsabile del furto, poichè (...) è “quasi inescogitabile” un furto senza colpa del commodatario*” (55).

Quanto ao segundo (*furtum usus*), a romanística depara-se com uma dificuldade que justifica a transcrição de dois fragmentos atribuídos a POMPONIUS:

D. 13,1,16: “*Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condicione quoque ex furtiva causa obstringitur...*” (56).

D. 47,2,77(76)pr.: “*Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur: sed nec depositi ullo modo tenebitur...*” (57).

(48) São palavras de Roberto DE RUGGIERO, “*Depositum vel commodatum*”. *Contributo alla teoria delle interpolazioni em BIDR XIX* (1907) 6. Vide também: ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, cit., 60.

(49) Vide DE RUGGIERO, *o.c.*, 8.

(50) Vide DE RUGGIERO, *o.c.*, 10.

(51) Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — II (Direito das obrigações)*, cit., 41-46.

(52) Cf. GAIUS 4,47. Vide ROTONDI, *ibidem* 6-7.

(53) Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — II (Direito das obrigações)*, cit., 123-124.

(54) Cf. COLL. X,2,6; e D. 47,2,14,16

(55) Vide DE RUGGIERO, *o.c.*, 68.

(56) “*Quem comete furto usando a coisa dada ou em comodato ou em depósito fica também obrigado pela condição por causa de furto (condictio furtiva)*”.

(57) “*Quem usou a coisa, que lhe tinha sido dada em comodato ou em depósito, de maneira diferente daquela para que a recebeu, não está sujeito à acção de furto se julgou que não o*

Se o primeiro texto não suscita grandes dificuldades se considerarmos que, tratando-se de comodato, o comodatário tem a faculdade de usar a *res* e, portanto, só incorre em *furtum usus* se a usar de modo diferente do acordado ⁽⁵⁸⁾, já o segundo causa alguma perplexidade: sendo o depósito um contrato de custódia, o depositário não pode usar a *res* e, por isso, não comete *furtum de usus* usando-a de modo diferente do previsto. Como observa DE RUGGIERO, “*l’uso, se convenuto, farebbe infatti trasformare il rapporto di deposito in uno di commodato; o, se v’ha corrispettivo, in un rapporto di locazione*” ⁽⁵⁹⁾.

Tudo indica que POMPONIUS não referiu este *furtum usus* no depósito ⁽⁶⁰⁾. Haja em vista que também GAIUS fala do *furtum usus*, mas distingue o comodato e o depósito:

3,196: “*Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur...*” ⁽⁶¹⁾.

Fica, portanto, a ideia de que o texto de POMPONIUS foi interpolado, quiçá para compreender o depósito irregular. Acresce que, segundo DE RUGGIERO, “*non v’è forse testo nelle nostre fonti che ci dia esempio di un deposito di cosa infungibile com concessione dell’uso, senza che il rapporto stesso di deposito non si modifichi*” ⁽⁶²⁾.

Há também outras diferenças particularmente importantes que levaram MODESTINUS a dedicar-lhes atenção especial ⁽⁶³⁾. Assim, enquanto a finalidade do depósito é a custódia da *res*, o comodato visa proporcionar o uso por parte do comodatário. Por isso, por virtude da *utilitas* das partes, que é *utriusque contrahentis* no comodato e só do depositante no depósito, a responsabilidade assenta em pressupostos diversos: a do comodatário depende de culpa *in abstracto*; a do depositário, de dolo; e enquanto este incorre em *infamia*, aquele, não ⁽⁶⁴⁾.

Quanto a despesas com alimentos prestados ao escravo, o depositário pode pedir o seu reembolso ao depositante, faculdade recusada ao comodatário ⁽⁶⁵⁾.

fazia contra a vontade do dono; mas tão-pouco de modo nenhum estará sujeito à acção de depósito...”.

⁽⁵⁸⁾ Vide SANTOS JUSTO, *o.c.*, 44-46; e DE RUGGIERO, *o.c.*, 72-74.

⁽⁵⁹⁾ Vide DE RUGGIERO, *o.c.*, 75.

⁽⁶⁰⁾ Vide DE RUGGIERO, *o.c.*, 77.

⁽⁶¹⁾ “Assim, pois, se alguém utiliza uma coisa que tem depositada em sua casa, comete furto; e se alguém recebeu em comodato uma coisa para a utilizar e a emprega noutro uso, fica obrigado por furto...”

⁽⁶²⁾ Vide DE RUGGIERO, *o.c.*, 75.

⁽⁶³⁾ Cf. COLL. X,2. Vide DE RUGGIERO, *o.c.*, 8-9.

⁽⁶⁴⁾ Cf. COLL. X,2,1.

⁽⁶⁵⁾ Cf. COLL. X,2,5.

4.4. *Locatio-conductio rei*

A *locatio-conductio rei* e o *depositum* são duas figuras profundamente diferentes. De comum, o locatário e o depositário são detentores da *res* locada ou depositada e as acções que protegem o locador e o depositante são de boa fé ⁽⁶⁶⁾.

Todavia, enquanto a *locatio-conductio rei* é um contrato consensual, o depósito tem natureza real. Depois, ao locatário é atribuído o uso da *res* que é recusado ao depositário: só tem a sua custódia.

Acresce o facto de a *locatio-conductio rei* ter carácter oneroso, enquanto o *depositum* é essencialmente gratuito. Como já se observou ⁽⁶⁷⁾, a referência a alguma retribuição só pode entender-se como prémio ou *honorarium* que não se confunde com o *pretium* a pagar pelo locatário, denominado *merces* ⁽⁶⁸⁾.

4.5. *Mandatum*

Como sabemos, o *mandatum* é um contrato bilateral imperfeito e de boa fé, em que alguém (mandante) encarrega outra pessoa (mandatário) de realizar uma determinada actividade no interesse do mandante, de um terceiro ou destes e do mandatário que, por sua vez, se obriga a realizá-la gratuitamente. Na sua base está a confiança das partes ⁽⁶⁹⁾.

Desta noção intuem-se facilmente as semelhanças entre o *mandatum* e o *depositum* que nem sempre facilitam a sua distinção ⁽⁷⁰⁾. Com efeito, além de serem contratos bilaterais imperfeitos, de boa fé e gratuitos uma das partes obriga-se a desempenhar determinada actividade no interesse da outra.

No entanto, enquanto o *mandatum* é um contrato consensual, o *depositum* tem natureza real; e se, naquele, o mandatário se obriga a realizar determinada actividade, no *depositum* o depositário vincula-se a guardar a *res* que o depositante lhe entrega.

4.6. *Fiducia cum amico*

A *fiducia cum amico* foi, muito provavelmente, a figura jurídica a que os Romanos recorriam antes de a *iurisprudencia* ter criado o *depositum*. Trata-se

⁽⁶⁶⁾ Cf. I. 4,6,28.

⁽⁶⁷⁾ Vidde *supra*, n.º 2.

⁽⁶⁸⁾ Sobre a *locatio-conductio rei*, vide SANTOS JUSTO, *A locatio-conductio rei (direito romano)* em BFD LXXVIII (2002) 13-41 e *Direito privado romano – II (Direito das obrigações)*, cit., 66-69.

⁽⁶⁹⁾ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (Direito das obrigações)*, cit., 80-84.

⁽⁷⁰⁾ Cf. D. 16,3,1,11-12-13-14; -17,1,8pr. Vide ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, cit. 60; e Ramón HERRERA, *o.c.*, 1414-1417 e 1428.

de um contrato em que uma pessoa (fiduciante), utilizando um negócio jurídico formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transfere a propriedade de uma *res* para outra (fiduciário), que se obriga a restituí-la depois de realizado o fim (no nosso caso, a custódia) definido num acordo não formal designado *pactum fiduciae* ⁽⁷¹⁾.

Esta ligação genética é sugerida por GAIUS quando, contrapondo a *fiducia cum creditore* à *fiducia cum amico* ⁽⁷²⁾, permite compreender a função de garantia e de segurança que posteriormente o depósito veio assegurar ⁽⁷³⁾.

Todavia, a *fiducia* é um instituto com normas próprias: a responsabilidade do fiduciário é a mesma independentemente da função que a *fiducia* desempenha (*cum amico* ou *cum creditore*); o fiduciário torna-se *dominus* da *res* com todas as suas consequências; e o fiduciante é tutelado com a *actio ex fiducia* que tem natureza pessoal.

São aspectos dum regime particularmente gravoso para o fiduciante que terão levado a *iurisprudencia* romana a criar uma figura jurídica mais adequada ao estrito fim de custódia: o contrato de depósito.

5. ORIGEM

5.1. Antes da criação da fórmula *in factum concepta*

Como acabámos de referir, o *depositum* terá sido criado quando a *fiducia cum creditore* se tornou insustentavelmente inadequada para responder às necessidades do tráfico jurídico.

Portanto, a criação do contrato de depósito não significa que, antes, o comércio jurídico tenha ignorado a prática de alguém confiar a outra pessoa a custódia de uma *res*.

Na Grécia, teve muita importância o depósito bancário que revestiu duas formas: o depósito irregular, em que o depositante autorizava o banqueiro a servir-se do dinheiro pagando determinados juros; e o depósito regular, cuja *pecunia* o banqueiro não podia utilizar e, por isso, não vencia juros. Várias circunstâncias favoreciam esta prática, como a guerra, perseguições políticas, etc.

A recusa do depositário de restituir a coisa depositada era considerada um acto dos mais torpes e contrários à moral e à boa fé. Em Atenas, o depositário demandado por falta de restituição incorria na condenação do dobro do valor

⁽⁷¹⁾ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 38-40; e António Alberto VIEIRA CURA, “*Fiducia cum creditore* (Aspectos gerais) no suplemento XXXIV do BFD (1991), 5-43.

⁽⁷²⁾ Cf. GAIUS 2,60.

⁽⁷³⁾ Vide ROTONDI, *ibidem*, 22-23; e VIEIRA CURA, *ibidem*, 34-40.

da coisa depositada; e, em algumas legislações, é provável que perdesse os seus direitos de cidadania ⁽⁷⁴⁾.

Em Roma, nos primeiros tempos deviam ser frequentes os casos em que alguém confiava a guarda de *res* a uma pessoa da sua confiança, destacando-se, como situações não menos raras, a ausência devida à prestação do serviço militar ou a actividade comercial, além de graves flagelos como incêndios, naufrágios, desordens. O depósito, que se ligava à amizade, era confiado à tutela da deusa *fides* ⁽⁷⁵⁾.

A opinião dominante entende que o depósito terá sido inicialmente reconhecido através duma *actio* provavelmente penal ⁽⁷⁶⁾, prevista na Lei das XII Tábuas e recordada por PAULUS:

PS. II,12,11: “*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur...*” ⁽⁷⁷⁾.

A romanística está dividida sobre a natureza desta *actio*, sustentando-se que se trata ora duma *actio furti* especial ⁽⁷⁸⁾, ora de uma *actio* restrita ao depósito *tumultus incendii ruinae naufragii causa* ⁽⁷⁹⁾, ora da *actio fiduciae* ⁽⁸⁰⁾.

De todo o modo, à medida que o depósito adquiria importância crescente na vida romana, é natural que esta acção *ex causa depositi* se fosse tornando insuficiente (intransmissibilidade aos herdeiros do depositário) e excessiva (a condenação era *in duplum*) e, por isso, o pretor tivesse necessidade de intervir, criando uma *actio (in factum) in simplum* ⁽⁸¹⁾.

5.2. A criação da fórmula *in factum concepta*

A data em que o pretor terá criado esta *actio* tem suscitado muitas dúvidas que ainda se mantêm.

Com efeito, enquanto a *opinio* que se pode considerar *communis* entende que

⁽⁷⁴⁾ Vide Ugo Enrico PAOLI, *Deposito (diritto attico)* no *NNDI V* (1957), 494-495.

⁽⁷⁵⁾ Vide GANDOLFI, *o.c.*, 50 e 59; e ROTONDI, *ibidem*, 10-11 e 76, que, todavia, considera modesta a importância do depósito.

⁽⁷⁶⁾ Vide BONIFACIO, *o.c.*, 496; ROTONDI, *ibidem*, 19 e 27; ASTUTI, *o.c.*, 212; e BURILLO, *o.c.*, 239.

⁽⁷⁷⁾ “*Por causa de depósito, pela Lei das XII Tábuas é dada uma acção pelo duplo*”.

⁽⁷⁸⁾ Assim, IHERING *apud* ROTONDI, *ibidem*, 15. Segundo GANDOLFI, *o.c.*, 59 e 69, e BURILLO, *o.c.*, 239-240, trata-se da *actio furti nec manifestum*.

⁽⁷⁹⁾ É a opinião de ASCHER, EISELE e NIEMEYER. Vide ROTONDI, *ibidem*, 16-18; e BURILLO, *o.c.*, 237-238.

⁽⁸⁰⁾ Vide BURILLO, *o.c.*, 238-239.

⁽⁸¹⁾ Cf. PS. II,12,11. Vide ROTONDI, *o.c.*, 25.

a intervenção do pretor se situa entre os anos 130 e 82 a.C., ou seja, depois da *lex Aebutia de formulis* que tornou possível uma acção mais criativa do pretor ⁽⁸²⁾ e antes de Q. MUCIUS SCAEVOLA que parece conhecer a *actio depositi* ⁽⁸³⁾, GANDOLFI diz-nos que essa *opinio* “*muove da argomentazioni le quali, oltre che insufficienti, sono tali da non consentire deduzioni univoche*” ⁽⁸⁴⁾ e considera que terá sido criada na primeira metade do século I a.C. ⁽⁸⁵⁾.

Também BONIFÁCIO entende que “*il pretore avrebbe creato nell’ultimo secolo reppubblicano*” e, com maior rigor, BURILLO julga que, considerando a sua estrutura, o *edictum praetoris* (que a criou) pode situar-se entre os anos 100 e 80 a. C., excepto a última parte que seria aproximadamente do ano 50 a.C., “*fecha en que la acción penal de las XII Tablas quedaría eliminada y sustituida por un sistema de acciones in factum*” ⁽⁸⁶⁾.

Estamos, todavia, no domínio das simples hipóteses que a lição sábia de Álvaro D’ORS recomenda que não se enfatizem, quando refere: “*Creo que, como en tantas otras cuestiones de orígenes, debemos practicar la ars ignorandi*” ⁽⁸⁷⁾.

ULPIANUS dá-nos uma informação sobre o *edictum* do pretor:

D. 16,3,1,1: “*Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum (...) in ipsum (...) iudicium dabo*” ⁽⁸⁸⁾.

E GAIUS dá-nos conta da estrutura desta fórmula:

4,47: “*Iudex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Sin non paret, absolvito*” ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸²⁾ Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano*, cit., 300-301.

⁽⁸³⁾ Vide ROTONDI, *ibidem*, 27, 33 e 37, para quem, todavia, não é certo que tenha sido conhecida de Q. MUCIUS SCAEVOLA. O Autor considera que a *actio depositi* (*in factum*) ainda não existia no tempo da *lex Iulia*; e já era conhecida de ALFENUS, OVIDIUS e TREBATIUS, jurisconsultos do século I d. C.

⁽⁸⁴⁾ Vide GANDOLFI, *o.c.*, 51.

⁽⁸⁵⁾ Vide GANDOLFI, *o.c.*, 91.

⁽⁸⁶⁾ Vide BURILLO, *o.c.*, 248-249.

⁽⁸⁷⁾ Vide Álvaro D’ORS no AHDE 20 (1950) 901. No mesmo sentido, vide Sebastião CRUZ, *Da “Solutio” I* (Ed. do Autor / Coimbra, 1962), 173.

⁽⁸⁸⁾ “O pretor diz: pelo que se tenha depositado não por causa de tumulto nem de incêndio nem de ruína nem de naufrágio (...) contra o depositário (...) darei acção”.

⁽⁸⁹⁾ “Se provares que Aulo Agério depositou em casa de Numério Negídio uma mesa de prata e esta não lhe foi devolvida por dolo mau de Numério Negídio, tu, juiz, condena Numério Negídio a pagar a Aulo Agério tanta pecúnia quanto o valor desta coisa. Se não provares, absolve-o”.

Trata-se de uma fórmula *in factum* ⁽⁹⁰⁾ e de direito estrito; portanto, o juiz devia actuar respeitando escrupulosamente as suas palavras: “*se provares, condena; se não provares, absolve*” ⁽⁹¹⁾. E, se fosse condenado, o demandado incorria na nota de *infamia*, como se lê num texto atribuído a IULIANUS:

D. 3,2,1: “*Praetoris verba dicunt: Infamia notatur (...) qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine, non contratio iudicio damnatus erit...*” ⁽⁹²⁾.

5.3. A criação da fórmula *in ius concepta*

A natureza *stricti iuris* daquela *actio in factum* impedia o juiz de valorar completamente a actuação do depositário: tão-só lhe incumbia provar que a *res* não foi restituída ao depositante por *dolus malus* do depositário ⁽⁹³⁾.

Por isso, criou-se, no seio do *ius civile*, uma fórmula diferente, que permitia ao juiz apreciar todas as circunstâncias relacionadas com a não restituição da *res* ao depositante. Trata-se de uma acção com fórmula *in ius*, de boa fé e igualmente infamante.

A data da sua criação é controversa e só é praticamente unânime a opinião que a considera posterior à fórmula *in factum* ⁽⁹⁴⁾. Sustenta-se ora que já é conhecida de SABIANUS ⁽⁹⁵⁾, ora que foi criada pela *iurisprudencia* ⁽⁹⁶⁾ no I século do Império ⁽⁹⁷⁾, ora que não é anterior a CÍCERO porque a ignora no elenco das *actiones bonae fidei* ⁽⁹⁸⁾ e há até quem atribua a sua criação a IULIANUS ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁰⁾ Como BURILLO, *o.c.*, 248, observa, “*no hay una obligación de restituir, no hay un negocio que obligue a devolver sino lo que interesa es un dolo malo redditam non esse. No se sanciona el cumplimiento de una obligación fundada en la recepción de la cosa, sino el acto doloso de la no devolución*”. E conclui: “*Aunque es una acción de origen delictual (...) no es propiamente una acción penal porque non condena al duplum*”. Vide também: GANDOLFI, *o.c.*, 74-75.

⁽⁹¹⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 47; GANDOLFI, *o.c.*, 75; e BURILLO, *o.c.*, 278- 279. Sobre as *actiones stricti iuris* e *bonae fidei*, vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 247-249.

⁽⁹²⁾ “*As palavras do pretor dizem: é notado de infâmia (...) quem, em nome próprio, não por acção contrária, tiver sido condenado em acção de sociedade, tutela, mandato, depósito...*”. Vide ROTONDI, *o.c.*, 114-115, que vê, na *infamia*, uma sanção do *crimen violatae fidei*; e BURILLO, *o.c.*, 249-252.

⁽⁹³⁾ Vide *supra*, a nota 89.

⁽⁹⁴⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 28, 30-32 e 54; GANDOLFI, *o.c.*, 92 e 98; ASTUTI, *o.c.*, 213; DE RUGGIERO, *o.c.*, 11; e BURILLO, *o.c.*, 234-235.

⁽⁹⁵⁾ Cf. D. 17,1,38. Vide ROTONDI, *o.c.*, 39-40.

⁽⁹⁶⁾ Vide BURILLO, *o.c.*, 278-283.

⁽⁹⁷⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 54-55; e ASTUTI, *o.c.*, 213.

⁽⁹⁸⁾ Vide BONIFACIO, *o.c.*, 496; e DE RUGGIERO, *o.c.*, 12.

⁽⁹⁹⁾ Sucede com BURILLO, *o.c.*, 283-284 e 286.

GAIUS dá-nos conhecimento da estrutura da sua fórmula:

4,4: “*Iudex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito*”⁽¹⁰⁰⁾.

Trata-se indubitavelmente de uma *actio bonae fidei* que, por isso, permite ao juiz uma apreciação mais larga do que a anterior *actio in factum* de direito estrito⁽¹⁰¹⁾.

Por outro lado, a *actio in ius* apresenta consideráveis vantagens em relação àquela: v. g., por virtude da sua *intentio incerta*, não se verificam as consequências ligadas à *pluris petitio*⁽¹⁰²⁾; a *consumptio* processual tem lugar *ipso iure* e não por efeito de *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*⁽¹⁰³⁾; o depositário pode ser absolvido se cumpre *post litem contestationem*⁽¹⁰⁴⁾; os herdeiros do depositário podem ser demandados *ex dolo defuncti*⁽¹⁰⁵⁾, mesmo que isentos de responsabilidade dolosa⁽¹⁰⁶⁾; o *pactum* que aumenta a responsabilidade do depositário é sancionado, por efeito do princípio de que nos *iudicia* de boa fé “*pacta insunt*”⁽¹⁰⁷⁾; permite que o depositário receba uma gratificação que compense os seus gastos, sem alterar a gratuidade do depósito⁽¹⁰⁸⁾; e todos os gastos feitos pelo depositário podem ser ressarcidos através de compensação judicial, sem prejuízo da *actio depositi contraria*⁽¹⁰⁹⁾. Ademais, a *actio in factum* é anual, por pertencer ao *ius praetorium*⁽¹¹⁰⁾.

(100) “Sê juiz. Posto que Aulo Agério depositou em casa de Numério Negídio uma mesa de prata sobre a qual se litiga, tu, juiz, condena Numério Negídio a pagar a Aulo Agério tudo o que, segundo a boa fé, lhe deva dar ou fazer por este motivo. Se não provares, abolseve-o”.

(101) Vide ROTONDI, o.c., 47; e GANDOLFI, o.c., 97.

(102) Cf. GAIUS 4,60. Vide BURILLO, o.c., 236.

(103) Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 321-327, máxime, 326.

(104) Cf. GAIUS 4,114, que distingue as doutrinas das Escolas Sabiniana e Proculiana: aquela defende a absolvição; esta, só nos *iudicia bonae fidei*.

(105) Pelo contrário, a *actio in factum* é intransmissível. Vide BURILLO, o.c., 260.

(106) Vide BURILLO, o.c., 287 que refere: *Lo que el pretor había admitido a mediados del siglo I antes de Cristo para el depósito necesario (D. 16,3,18), se extiende posteriormente a la fórmula de buena fe ya que como se trata del heredero del que contrató, hereda la obligación del depositario y por ello puede entablarse la acción contra él*”.

(107) Vide GANDOLFI, o.c., 96-97 e 149; DE RUGGIERO, o.c., 85; e BURILLO, o.c., 288.

(108) Cf. D. 13,6,5,2. Vide GANDOLFI, o.c., 145. e 148. Segundo BURILLO, trata-se duma reforma justiniana que “*tiene, como en otras ocasiones, este punto de arranque en el derecho clásico: la posibilidad de establecer una retribución, no en concepto de ganancia sino como indemnización previamente establecida*”.

(109) Vide BURILLO, o.c., 289.

(110) Cf. D. 16,3,18. Vide BURILLO, o.c., 254-257. Sobre as *actiones* perpétuas e temporárias (anuais), vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 253-258.

Perante a superioridade da fórmula *in ius*, causa alguma polémica a coexistência das duas fórmulas. Há quem a explique recorrendo ao tradicionalismo da *iurisprudencia* romana ⁽¹¹¹⁾; quem a justifique consoante a controvérsia incida sobre um direito ou facto ⁽¹¹²⁾ ou distinguindo a posição do depositário que nega ter recebido ou afirma ter restituído ⁽¹¹³⁾; quem veja no recurso à *actio in factum* uma razão de índole prática, como a impossibilidade de um *filiusfamilias* intentar a *actio in ius* por supor um contrato, uma obrigação e carecer de capacidade para as relações contratuais ⁽¹¹⁴⁾; etc. ⁽¹¹⁵⁾.

De todo o modo, assinala-se que, com o esgotamento progressivo do ordenamento processual clássico, as diferenças entre as duas fórmulas foram-se esbatendo e preparou-se a sua fusão que se observa no direito justinianeu. Doravante, só há uma *actio*, contratual, infamante e de boa fé ⁽¹¹⁶⁾.

5.4. A afirmação do depósito como contrato

A criação da *formula in ius* com a sua característica de *bona fides* abriu a via à afirmação do depósito como contrato, fonte de obrigações e tutelado pelo *ius civile* ⁽¹¹⁷⁾.

Duvida-se que esta afirmação já tenha ocorrido na época clássica, quer porque se fala somente de *causa depositi* ou de *res deposita* ⁽¹¹⁸⁾, quer porque os contratos reais eram somente aqueles que se consideravam perfeitos com a transferência de propriedade (*datio*). Acresce que a *iurisprudencia* clássica não punha as questões em termos de negócios, mas de *actiones* ⁽¹¹⁹⁾. Esta orientação parece confirmada por ULPIANUS, quando refere que “*depositum est quod custodiendum alicui datum est*” ⁽¹²⁰⁾.

Todavia, afigura-se irrecusável que “*bajo los juristas clásicos el concepto general de contractus se hallaba en vías de formación*”, diz-nos FUENTESECA ⁽¹²¹⁾. O depósito deixou de ser visto na perspectiva de *furtum* ⁽¹²²⁾ ou de tesouro

⁽¹¹¹⁾ Vide BONIFACIO, *o.c.*, 496; ROTONDI, *o.c.*, 47-48; ASTUTI, *o.c.*, 213; e BURILLO, *o.c.*, 289.

⁽¹¹²⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 4-5.

⁽¹¹³⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 5.

⁽¹¹⁴⁾ Vide BURILLO, *o.c.*, 289.

⁽¹¹⁵⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 6-9.

⁽¹¹⁶⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 54-55; e BURILLO, *o.c.*, 290.

⁽¹¹⁷⁾ Vide ASTUTI, *o.c.*, 213; GANDOLFI, *o.c.*, 139; e BURILLO, *o.c.*, 245.

⁽¹¹⁸⁾ Vide BRASIELLO, *o.c.*, 476; e ASTUTI, *o.c.*, 213.

⁽¹¹⁹⁾ Vide BRASILELO, *o.c.*, 476-477; e GANDOLFI, *o.c.*, 8-9.

⁽¹²⁰⁾ D. 16,3,1pr.: “*Depósito é o que se deu a alguém para custódia*”.

⁽¹²¹⁾ Vide FUENTESECA, *o.c.*, 576.

⁽¹²²⁾ Vide BURILLO, *o.c.*, 245.

confiado a alguém ⁽¹²³⁾. Como observa ainda FUENTESECA, “*los iudicia bonae fidei llevaban el germen del contractus en la bilateralidad*” ⁽¹²⁴⁾ e “*la idea del contractus como relación bilateral se va ampliando paulatinamente a medida que la conventio va adquiriendo relevancia*” ⁽¹²⁵⁾.

De novo, FUENTESECA afirma que “*en la época bizantina el concepto genérico de contractus había logrado su plena conformación con un significado casi moderno*” ⁽¹²⁶⁾. E Alvaro D’ORS acentua a *voluntas contrahentium*, referindo que há, nos bizantinos, uma “*cierta tendencia general que hace prevalecer la voluntad de las partes sobre la verdadera naturaleza del negocio*” ⁽¹²⁷⁾.

Certo é que acabou por ser reconhecido à *voluntas* um papel importante na determinação quer do negócio quer do grau de responsabilidade ⁽¹²⁸⁾. Tão-só, duvidamos se esta função foi atribuída na época pós-clássica ou já no direito clássico. Se, numa primeira fase da história do direito romano é incontroverso o domínio absoluto dos *verba*, a ponto de IHERING referir que “*in principio erat verbum*” ⁽¹²⁹⁾, já parece excessivo não atribuir à *iurisprudentia* clássica o reconhecimento da *voluntas* na interpretação dos negócios jurídicos *inter vivos* e *mortis causa* e a sua consideração como factor gerador de efeitos jurídicos, reduzindo os *verba* a simples instrumentos de comunicação.

Não podemos elevar os Mestres de Beirute à posição de émulos dos jurisconsultos clássicos, porque foram estes e não aqueles os verdadeiros autores das grandes inovações ⁽¹³⁰⁾; doutro modo, a época clássica perderia a sua grandeza, deslocada para a época pós-clássica considerada um período de confusão e da consequente vulgarização do direito romano ⁽¹³¹⁾.

È este contrato, perfeitamente consolidado, cujo regime jurídico vamos apreciar.

⁽¹²³⁾ Vide BURILLO, *o.c.*, 241.

⁽¹²⁴⁾ Vide FUENTESECA, *o.c.*, 573.

⁽¹²⁵⁾ Vide FUENTESECA, *o.c.*, 574.

⁽¹²⁶⁾ Vide FUENTESECA, *o.c.*, 576-577.

⁽¹²⁷⁾ Vide Álvaro D’ORS, *o.c.*, 129.

⁽¹²⁸⁾ Vide GANDOLFI, *o.c.*, 126-128; e DE RUGGIERO, *o.c.*, 115.

⁽¹²⁹⁾ Vide Rudolph Von IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. española de Enrique Príncipe y Satorre (Edit. Comares, S.L. / Granada, 1998) 619.

⁽¹³⁰⁾ Vide SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro nos Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. A Autonomia da Vontade e As Condições Gerais do Contrato. De Roma ao Direito Atual* (Editora IMPRECE — Impressora do Ceará Ltda / Fortaleza, 2003) 62.

⁽¹³¹⁾ Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano*, cit., 48-51; e SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., 61-67.

6. LEGITIMIDADE

6.1. Do depositante

O depositante não precisa de ser proprietário ou possuidor: pode depositar o detentor, mesmo ilegítimo, como o ladrão, sem naturalmente prejuízo de o *dominus* poder intentar a sua *rei vindicatio*. Transcrevemos:

D. 16,3,1,39: “*Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus (...) putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur*” ⁽¹³²⁾.

Pode também depositar um *servus*, embora a *actio depositi* seja concedida ao seu *dominus*, segundo os princípios gerais ⁽¹³³⁾. São irrelevantes a sua autorização (*iussus*) e conhecimento ⁽¹³⁴⁾.

Tratando-se de *filiusfamilias*, a *actio depositi* ser-lhe-ia concedida directamente:

D. 16,3,19: “*Iulianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere potest*” ⁽¹³⁵⁾.

6.2. Do depositário

O depósito podia ser confiado também a qualquer pessoa. Este princípio observa-se em ULPIANUS:

D. 16,3,1,15: “*An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur. sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum et si dolo non intervenit*” ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³²⁾ “Se o possuidor de má fé ou o ladrão tiver depositado, Marcelo (...) opina que também eles intentarão rectamente a acção de depósito: com efeito, interessa-lhes porque estão obrigados”.

⁽¹³³⁾ Cf. D. 16,3,1,17; -16,3,1,30. Tratando-se de escravo concedido em usufruto, a *actio depositi* é concedida ao *dominus* e não ao usufrutuário (D. 16,3,1,28); se o escravo pertencer a uma herança, adquirirá para ela e depois para o herdeiro se a aceitar (D. 16,3,1,29).

⁽¹³⁴⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 64-65.

⁽¹³⁵⁾ “Juliano e Marcelo opinam que o *filiusfamilias* pode rectamente intentar a acção de depósito”.

⁽¹³⁶⁾ “Pergunta-se se se dará a acção de depósito contra o pupilo em cujo poder se depositou sem a autoridade do tutor. Mas deve aprovar-se que se tiveres depositado em quem já era capaz de dolo mau, podes intentar a acção se cometeu dolo: com efeito, também se dá a acção contra ele pelo seu enriquecimento, ainda que não tenha ocorrido dolo”.

Todavía, o depositário não pode ser proprietário da *res* que se deposita. Transcrevemos:

D. 16,3,31,1: “... *Si tamen ignorans latro cuius filio ver servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur*” ⁽¹³⁷⁾.

D. 50,17,45: “*Neque pignus nec depositum nec precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest*” ⁽¹³⁸⁾.

Tratando-se de *filiusfamilias*, à parte a responsabilidade directa em que aquele incorre, a *actio depositi* pode também ser intentada contra o *paterfamilias*, mas a sua responsabilidade varia: se autorizou (*iussus*) ou colocou o *sub potestate* como *institor* ou *magister navis* responde *in solidum*; doutro modo, só responde na medida do *peculium* ou da *in rem versio* ⁽¹³⁹⁾.

No caso de *servus*, o seu *dominus* responde nos mesmos termos do *paterfamilias*. Se, entretanto, foi manumitido, TREBATIUS refere que responde com a *actio depositi*, se mantiver a *res* depositada ⁽¹⁴⁰⁾.

7. REGIME JURÍDICO

7.1. Posição do depositário

7.1.1. Detenção da *res* depositada

Feita a *traditio*, o depositário torna-se detentor da *res* depositada ⁽¹⁴¹⁾. As fontes não permitem dúvidas. Transcrevemos:

GAIUS 4,153: “... *per eos quoque, apud quos deposuerimus (...) ipsi possidere videmur; et hoc est, quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessionem...*” ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁷⁾ “Mas se, ignorando o ladrão o filho ou o escravo de quem tivesse furtado uma coisa, a depositou junto do pai ou do dono daquele, que ignorava, nem ainda por direito das gentes existirá o depósito; cuja eficácia é a de que a outro, não ao dono, se dê para guardar como alheia a coisa própria.

⁽¹³⁸⁾ “Não pode haver penhor nem depósito nem precário, nem compra, nem locação de coisa própria”.

⁽¹³⁹⁾ Cf. D. 15,1,5pr.; -15,1,27pr. Trata-se das *actiones qualitatis adiecticiae*. Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 202-203.

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. D. 16,3,21,1. Sobre a eventual divergência da *iurisprudentia* clássica (entre MARCELLUS e TREBATIUS), vide ROTONDI, *o.c.*, 68-69.

⁽¹⁴¹⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 59; GANDOLFI, *o.c.*, 23; DE RUGGIERO, *o.c.*, 17-18; e ASTUTI, *o.c.*, 214.

⁽¹⁴²⁾ “Também se estima que possuímos através daqueles a quem temos entregado em

FLORENTINUS, D. 16,3,17,1: “*Rei depositae proprietates apud deponentem manent: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est...*” ⁽¹⁴³⁾.

Por isso, o depositário não goza dos *interdicta* possessórios nem pode adquirir a propriedade por usucapião ⁽¹⁴⁴⁾.

7.1.2. Obrigações

7.1.2.1. Custódia

Quanto às obrigações que contrai, emerge, como primária, a de guardar a *res* depositada ⁽¹⁴⁵⁾. Esta obrigação resulta da finalidade do depósito que, nas palavras de ULPIANUS, “*est quod custodiendum alicui datum est*”. A própria palavra é constituída por *de* e *positum*, servindo aquela partícula para reforçar a ideia de que no *depositum* se confia na fidelidade do depositário “*quod ad custodiam rei pertinet*” ⁽¹⁴⁶⁾.

A *custodia* comporta, no entanto, várias acepções ⁽¹⁴⁷⁾ e, por isso, a determinação do seu significado técnico-jurídico tem suscitado algumas dificuldades, não faltando mesmo teorias que se propõem defini-lo ⁽¹⁴⁸⁾. Todavia, porque, como se verá, o depositário responde por dolo ou culpa grave, estará afastada a sua responsabilidade objectiva ⁽¹⁴⁹⁾; por isso, poder-se-á atribuir a custódia o sentido de o depositário dever guardar a *res* depositada com a diligência e a vigilância de acordo com a sua natureza e destino económico-social, de cujo incumprimento responderá por dolo ou culpa grave ⁽¹⁵⁰⁾.

depósito (...) Isto é o que correntemente se expressa dizendo que se pode conservar a posse mediante alguém que tenha a coisa em nosso nome...”.

⁽¹⁴³⁾ “A propriedade de uma coisa depositada permanece no depositante e também a posse, se não foi depositada num sequestrador...”. Cf. ainda: D. 41,2,3,20; -41,5,2,1.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. D. 41,5,2,1.

⁽¹⁴⁵⁾ Vide GANDOLFI, *o.c.*, 12 e 24; ROTONDI, *o.c.*, 60 e 70; ASTUTI, *o.c.*, 215; e HERRERA, *o.c.*, 1413-1414.

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. D. 16,3,1pr.

⁽¹⁴⁷⁾ Vide HERRERA, *o.c.*, 1407-1408.

⁽¹⁴⁸⁾ Vide HERRERA, *o.c.*, 1409-1410 que nos apresenta a teoria subjectiva e a teoria objectiva da custódia, ambas com origem na Pandectística. Para aquela, a custódia é “*una forma de responsabilidad por culpa derivada del incumplimiento del deber de diligencia y de vigilancia que al deudor le viene impuesto en determinadas relaciones*”; para esta, trata-se de um “*grado de responsabilidad objetiva, ao lado del dolo la culpa, y que valora dicha responsabilidad al margen de toda participación animica del individuo en el resultado dañoso, de tal manera que la custodia como responsabilidad pierde toda conexión con la custodia vigilancia*”.

⁽¹⁴⁹⁾ Vide *infra*, n.º 6.2.2.4.

⁽¹⁵⁰⁾ Trata-se, afinal, do entendimento subjectivista de custódia, que referimos na nota anterior. Vide HERRERA, *o.c.*, 1417 que distingue as épocas justinianeia e clássica: naquela, refere

Da obrigação de custódia derivam outras que iremos analisar: a de não usar a *res*; e a de a restituir.

7.1.2.2. Não uso

Assumindo a obrigação de guardar a *res* depositada, o depositário não a deve usar, sob pena de cometer um *furtum de usus* ⁽¹⁵¹⁾. Era já assim na época clássica e não deixou de o ser no direito de Justiniano, como observamos em:

GAIUS, 3,196: “*Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit...*” ⁽¹⁵²⁾.

I. 4,1,6: “*Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea res utatur...*” ⁽¹⁵³⁾.

D. 16,3,29: “*Si sacculum vel argentum signatum deposuer et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*” ⁽¹⁵⁴⁾.

A romanística destaca que se depositário fizer uso da coisa julgando, de boa fé, que actua com o consenso do depositante ou recebe a sua expressa autorização, não incorre no *furtum usus*, mas não há ou deixa de haver *depositum*: na primeira hipótese, surge, *ab initio*, um comodato; na segunda, o depósito transforma-se em comodato. Ou seja, o uso da *res* pelo depositário é ilícito se feito sem o consentimento do depositante; e é incompatível com o contrato de depósito se este consente ⁽¹⁵⁵⁾.

que o depositário não está obrigado a observar a diligência do *diligens paterfamilias*, mas apenas “*un minimo de diligencia que omitida lo haría entrar en el ambito de la culpa grave*; nesta, “*el depositario era exonerado de todo deber de diligencia en la custodia de la cosa, y respondia solamente si era imputable por dolo en el tratamiento de la cosa*”.

⁽¹⁵¹⁾ Vide BONIFÁCIO, o.c., 496; ROTONDI, o.c., 70; ASTUTI, o.c., 215; GANDOLFI, o.c., 24; e HERRERA, o.c., 1422-1427.

⁽¹⁵²⁾ “Assim, pois se alguém utiliza uma coisa que tem depositada em sua casa, comete furto...”. Cf. também: COLL. X,7,5; PS. II,12,5.

⁽¹⁵³⁾ “Há furto, não só quando alguém subtrai uma coisa de outro para se apropriar dela, mas também em geral quando tem uma coisa contra a vontade do seu dono. Assim, quando o credor se serve da coisa que lhe foi dada em penhor ou o depositário, da que lhe foi confiada à sua custódia...”. Cf. também: C. 4,34,3.

⁽¹⁵⁴⁾ “Se eu tivesse depositado uma bolsa ou prata selada e aquele em cujo poder se depositou as tiver usado contra a minha vontade, compete-me contra ele tanto a acção de depósito como a de furto”.

⁽¹⁵⁵⁾ Vide HERRERA, o.c., 1422-1428.

7.1.2.3. Restituição

A obrigação de restituir a *res* depositada tem a sua causa na *datio rei*, independentemente de um *pactum* expresso que, aliás, seria supérfluo ⁽¹⁵⁶⁾. É expressamente referida em alguns textos. Destacamos:

D. 16,3,1,16: “*Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*” ⁽¹⁵⁷⁾;

D. 16,3,1,24: “*Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat*” ⁽¹⁵⁸⁾.

Como se observa, a coisa deve ser restituída nas mesmas condições em que foi recebida ⁽¹⁵⁹⁾ e, por isso, não se considera restituída a coisa deteriorada. Deve também ser acompanhada dos frutos e de tudo o que lhe tenha sido acrescentado.

Tratando-se de *res* fechada (v. g., uma cesta), questionou-se, na época clássica, se a restituição também incide ou não sobre o seu conteúdo. Transcrevemos ULPIANUS:

D. 16,3,1,41: “*Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et species comprehendendae sint? et ait Trebati cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum: quod et si res ostensae sunt et sic depositae, adiciendae sunt et species vestis. Labeo autem ait eum qui cistam deponit singulas quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. quid ergo si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cum suscepit depositum. ergo et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit*” ⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ Vide ASTUTI, o.c., 214; e GANDOLFI, o.c., 13.

⁽¹⁵⁷⁾ “Se se devolver deteriorada a coisa depositada, pode intentar-se a acção de depósito, como se não se tiver devolvido; porque quando se devolve deteriorada, pode dizer-se que não foi devolvida por dolo mau”.

⁽¹⁵⁸⁾ “E por isto deve dizer-se que se compreendem nesta acção (*actio depositi bonae fidei*) não só os frutos e toda a causa, mas também os partos, de sorte que pode dizer-se que a coisa não se restitui nua”.

⁽¹⁵⁹⁾ Vide ASTUTI, o.c., 214.

⁽¹⁶⁰⁾ “Se se tiver depositado uma cesta selada, acaso reclamar-se-á só a cesta ou também se terão de compreender os objectos? E diz Trebácio que se deve reclamar a cesta e não se deve intentar a acção de depósito por cada um dos objectos porque também se se mostrarem os objectos e assim se depositarem, se deverão acrescentar também as espécies de vestidos. Mas Labeo diz que quem deposita uma cesta parece que deposita também cada um dos objectos. Logo, também pelos objectos deve intentar-se a acção. Que, pois, se quem aceita o depósito tenha ignorado que coisas havia nela? Não importa muito, posto que aceitou o depósito. Opino, por conseguinte, que pode intentar-se a acção de depósito também pelas coisas, ainda que a cesta se tenha depositado selada”.

Esta controvérsia, que opôs TREBATIUS a LABEO revela a preocupação da *iurisprudencia romana* na precisão da *res* depositada. A decisão de LABEO favorece o depositante que correria o risco de lhe ser restituída a cesta vazia, mas importa ter em atenção que lhe cabe o ónus de provar não só a existência das coisas contidas na caixa, mas também que a sua não restituição se deve a dolo do depositário ⁽¹⁶¹⁾.

Quanto à pessoa a quem a *res* depositada deve ser restituída, devem aplicar-se as regras que regem o cumprimento das obrigações ⁽¹⁶²⁾. Na falta de disposição das partes, a *res* deve ser entregue ao depositante ou aos seus herdeiros ⁽¹⁶³⁾, salvo se a tiver roubado: nesta hipótese, deve ser restituída ao seu *dominus*, como observamos em:

D. 16,3,31,1: “*Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstuli posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debet? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit (...) quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit...*” ⁽¹⁶⁴⁾.

Trata-se duma solução que se afasta do direito clássico ⁽¹⁶⁵⁾, mas que se compreende sem dificuldade. Todavia, não se recusa a possibilidade de a *res* depositada ser restituída a um terceiro que pode intentar a *actio depositi* em

⁽¹⁶¹⁾ Vide ROTONDI, o.c., 73.

⁽¹⁶²⁾ Vide BONIFÁCIO, o.c., 496.

⁽¹⁶³⁾ Cf. D. 16,3,1,44; -16,3,1,36.

⁽¹⁶⁴⁾ “Ocorre aqui também outra consideração: devemos estimar a boa fé somente naqueles entre quem se contratou, sem atender a nenhuma causa extrínseca, ou também com respeito às demais pessoas a quem pertence aquilo porque demandamos? Por exemplo, um ladrão depositou em Seio, que ignorava a malícia de quem depositava, os despojos que me retirou: deverá acaso Seio restituí-los ao ladrão ou a mim? Se atendermos a quem por si dá e recebe, esta é a boa fé que recebe a coisa depositada quem a deu; mas a equidade de todo o caso, que se consome em virtude de todas as pessoas que intervêm neste negócio, é a de que se devem devolver a mim, a quem se retiraram por acto muito criminoso; e aprovo que esta seja a justiça, a qual dá a cada um o que é devido (...) mas se eu não comparecer para os reclamar, devem ser restituídos, não obstante, a quem os depositou, ainda que os tenha depositado mal adquiridos...”.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. PS. II,12,1. Vide BONIFÁCIO, o.c., 496; e ROTONDI, o.c., 74-75.

via útil: v. g., quando o depositante pôs, como condição, que a *res* seja restituída a um terceiro, como refere PAULUS:

D. 16,3,26pr.: “*Publia Maevia cum profisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Seiae et dixit ei: cum sana salvave venero, restitues mihi: certe, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi. defuncta ea intestata desidero res commendate cui restitui debeant, filio an marito. Paulus respondit filio*” (166).

Esta acção, que segundo ROTONDI pode ser intentada *utiliter* pelo terceiro que não é o depositante nem o seu herdeiro (167), terá, muito provavelmente, a estrutura *translativa*, figurando na *intentio* os nomes do depositante e do depositário e, na *condemnatio*, os deste e do terceiro a quem a *res* deve ser restituída (168).

Tratando-se de *res* depositadas por escravos, devem ser restituídas aos seus *domini*, para quem aqueles adquirem. Todavia, se tiverem sido alienados sem conhecimento do depositário, este libera-se entregando a *res* a quem, de boa fé, considera dono (169).

Em relação à data, a *res* deve ser restituída quando o depositante pedir, mesmo que tenha sido fixado um prazo, como vemos em:

D. 16,3,1,22: “*Est autem et apud Iulianum (...) scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat...*” (170).

D. 16,3,1,46: “*Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate*” (171).

(166) “Ao pôr-se a caminho para ir aonde estava o seu marido, Públia Mévia depositou em Caia Seia uma arca fechada com roupa e instrumentos, e disse-lhe: quando regressar salva e sã, restituir-mos-ás, mas se verdadeiramente me tiver sobrevivendo a morte, restitui-los-ás ao meu filho que tive do outro marido. Tendo falecido sem testar, pergunto: a quem deverão restituir-se as coisas depositadas, ao filho ou ao marido? Paulo respondeu: ao filho”. Cf. também: C. 3,42,8.

(167) Vide ROTONDI, *o.c.*, 75.

(168) Sobre as *actiones translativae*, vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 257.

(169) Cf. D. 16,3,1,32.

(170) “Mas acha-se escrito também em Juliano (...) que quem depositou uma coisa pode intentar desde logo a acção de depósito; porque, por isto mesmo, obra com dolo quem a recebeu, por não a devolver a quem reclama a coisa...”.

(171) “Por conseguinte, também se eu tiver depositado de modo que me seja devolvida depois da minha morte, não só eu, mas também o meu herdeiro poderemos intentar a acção de depósito; eu, tendo mudado de vontade”.

Verifica-se, portanto, que, se houver um termo, funciona sempre a favor do depositante, nunca do depositário ⁽¹⁷²⁾. Há, no entanto, uma exceção, como vemos em:

D. 16,3,1,22: “...*Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas?*...” ⁽¹⁷³⁾.

Finalmente, a restituição deve ser exigida no local onde a *res* se encontra, mesmo que seja diferente daquele em que foi entregue se não houver dolo do depositário. Transcrevemos POMPONIUS:

D. 16,3,12,1: “*Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest...*” ⁽¹⁷⁴⁾.

Neste caso, as eventuais despesas de transporte estão a cargo do depositante, salvo pacto em contrário, como refere ainda POMPONIUS:

D. 16,3,12,pr.: “*Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, vietur id actum, ut non in pensae eius id fiat apud quem depositum sit, sed eius qui deposuit*” ⁽¹⁷⁵⁾.

Finalmente, importa destacar a preocupação de rigor que o direito de Justiniano dedica à restituição da *res* depositada. Observa-se facilmente na recusa de compensação e na ausência de qualquer *exceptio*.

Em relação à compensação, a sua recusa é expressamente prevista em:

I. 4,6,30: “...*Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem, sive personales, sive alias quascumque, excepta sola depositi actioni, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur*” ⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷²⁾ Vide ROTONDI, o.c., 76-77; e ASTUTI, o.c., 214.

⁽¹⁷³⁾ “Mas Marcelo diz que nem sempre pode entender-se que actua com dolo quem não devolve a coisa a quem a reclama; porque, quid se a coisa estiver numa província ou num armazém para cuja abertura não tenha a faculdade ao tempo da condenação?...”.

⁽¹⁷⁴⁾ “O depósito deve ser restituído no local em que se encontra, sem dolo malo daquele em que se depositou; e nada importa onde se depositou...”

⁽¹⁷⁵⁾ “Se se tiver depositado na Ásia para que se restituia em Roma, entende-se que se acordou que isto seja feito não à custa daquele em cujo poder se tenha depositado, mas de quem depositou”.

⁽¹⁷⁶⁾ “... Mas uma constituição nossa deu maior amplitude às compensações que se fundam num direito evidente, de modo que diminuam, de pleno direito, as acções, sejam reais ou pes-

E quanto às *exceptiones*, o seu afastamento está presente, com carácter geral, em:

N. 88,1: “... *et nulla omnino licentia sit aliquibus extrinsecus interdictionibus uti, et retinere depositi restitutionem (...) Licentia enim est prohibenti redditionem eum quidem, cui creditum est deposirum, non molestare...*” (177).

C. 4,34,11: “*Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat (...) ut non concessa ei retentio*” (178).

ROTONDI vê, na primeira *constitutio* do ano 529, a fase definitiva do direito de Justiniano preocupado em “*favorire in ogni modo la restituzione del deposito*” (179). E, na segunda, a recusa inequívoca do direito de retenção (180).

7.1.3. Responsabilidade

Enquanto na época clássica a responsabilidade do depositário dependia de conduta dolosa (181), no direito de Justiniano tem como pressuposto o dolo ou *culpa lata*, embora as partes possam pactuar o agravamento da responsabilidade.

Em relação à época clássica, a romanística é praticamente unânime no entendimento de que o depositário só respondia por danos causados na *res depositata* se tivesse actuado com dolo (182), considerado, em sentido amplo, como

soais ou quaisquer outras, exceptuando só a de depósito, porque nos pareceu demasiado odioso opor a compensação por quem quer que fosse e sob o pretexto de defraudar o depositante da restituição das coisas por ele depositadas”. Cf. também: PS. II,12,12.

(177) “... e não tenham absolutamente faculdade alguma pessoas estranhas para interpor proibições e reter a restituição do depósito (...) porque é lícito a quem proíbe a devolução não molestar aquele a quem se confiou o depósito...”.

(178) “*Se alguém tiver recebido a título de depósito ou dinheiro ou outras coisas, seja compelido, de todos os modos, a restituí-las imediatamente, querendo este, a quem as depositou e não oponha nenhuma compensação ou dedução ou excepção de dolo (...) que a retenção não lhe é concedida...*”.

(179) Vide ROTONDI, *o.c.*, 79-81.

(180) Vide ROTONDI, *o.c.*, 81-82 e 88.

(181) Cf. GAIUS 3,207 para quem, se a *res* fosse furtada, a respectiva *actio furti* pertencia ao *dominus*.

(182) Vide BONIFACIO, *o.c.*, 496; ASTUTI, *o.c.*, 216; ROTONDI, *o.c.*, 88-111; HERRERA, *o.c.*, 1416-1421 e 1431; e Francesco SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino* em BIDR LXXIV (1971), 189.

um comportamento infiel de ruptura com a *fides* ⁽¹⁸³⁾. Entre outras fontes possíveis ⁽¹⁸⁴⁾, destacamos:

GAIUS, 3,207: “*Sed is apud auem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit...*” ⁽¹⁸⁵⁾;

D. 16,3,1,47: “*Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re...*” ⁽¹⁸⁶⁾.

Na época pós-clássica a exigência do dolo ainda se mantém, pelo menos até ao final do séc. IV ⁽¹⁸⁷⁾ e teria sido, no direito Justiniano, que se consagrou o princípio segundo o qual *culpa lata dolo aequiparatur*: o depositário respondia se incorresse em dolo ou culpa grave ⁽¹⁸⁸⁾. Esta posição que a doutrina romanística, quiçá dominante, assinala ⁽¹⁸⁹⁾, suscita profundas reservas, como facilmente se observa em:

I. 3,14,3: “*Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque negligentiae, non tenetur: itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, suae facilitati id imputare debet*” ⁽¹⁹⁰⁾.

C. 4,34,1: “*Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint, detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui*

⁽¹⁸³⁾ Vide ASTUTI, *o.c.*, 216; e HERRERA, *o.c.*, 1418.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf. D. 13,1,16; -16,3,1,1; -16,3,1,47; -19,5,17,2; -47,2,14,3; -50,17,34; C. X,2,1; -X,2,4.

⁽¹⁸⁵⁾ “Mas a quem foi entregue uma coisa em depósito não responde por custódia; tão-só ficaria obrigado a ela se faz algo na coisa com dolo mau...”.

⁽¹⁸⁶⁾ “Mas como nesta acção se compreende somente o dolo, perguntou-se se o herdeiro, que vendeu uma coisa dada em depósito ou em comodato ao testador, se obrigará ignorando que estava depositada ou dada em comodato. E como não actuou com dolo, não se obrigará em relação à coisa...”.

⁽¹⁸⁷⁾ Cf. COLL. X,3,1; -X,5; -X,8. Vide BONIFÁCIO, *o.c.*, 496; e ASTUTI, *o.c.*, 216

⁽¹⁸⁸⁾ Como se lê em PS. II,12,6a, “*latae culpa finis est non intellegere id quod omnes intel-lunt*” (“o fim da culpa lata é não compreender o que todos compreendem”).

⁽¹⁸⁹⁾ Vide BONIFÁCIO, *o.c.*, 496; SITZIA, *o.c.*, 192-196 e 204-218; e HERRERA, *o.c.*, 1421.

⁽¹⁹⁰⁾ “Ademais, também aquele em quem se deposita alguma coisa fica obrigado por contrato real e pela acção de depósito, sendo obrigado a restituir a mesma coisa que recebeu. Mas só é responsável por dolo que tiver cometido; mas não por culpa, isto é, por sua incúria e negligência; assim, não é responsável aquele a quem roubaram, por falta de diligência, uma coisa depositada; porque quem entregou a um amigo uma coisa para que a guardasse, deve imputar o sucedido à sua própria imprudência”. Cf. também: I. 4,1,17.

dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, praestare debuit, non pertinet..." (191).

A romanística assinala a interpolação dos vocábulos *latam culpa* na *constitutio* de Alexandre Severo (C. 3,34,1) através da sua comparação com o texto conservado em COLL. X,8,1 (192); e vê "*quasi un'insanabile contraddizione*" que, para ASTUTI, "*non deve sorprendere*" porque "*nel diritto giustiniano vale a regola generale che culpa lata dolo aequiparatur o magna culpa dolus est*" (193).

Na verdade, este princípio que equipara a culpa grave (*culpa lata*) ao dolo, surge consagrado num texto atribuído a CELSUS:

D. 16,3,32: "*Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur...*" (194).

Todavia, este fragmento suscita algumas considerações. Primeiro, porque a atribuição a NERVA, num texto de CELSUS, do princípio que equipara a culpa grave ao dolo indicia que se trata dum entendimento que tem o seu início na época clássica (195). Depois, porque, se considerarmos que os jurisconsultos clássicos utilizaram o *dolus* em sentido amplo, colide com o texto das *Institutiones*. No entanto, se acolhermos a doutrina que entende que os jurisconsultos clássicos utilizaram o *dolus* nesse sentido (amplo) (196), não repugna aceitar que, já na época clássica, a culpa grave foi equiparada ao dolo, limitando-se o direito de Justiniano a consagrar essa orientação. E se as *Institutiones* não referem expressamente esta equiparação, não significa que a ignorem: no conceito *dolus* pode caber a *culpa lata* (197).

Simplesmente, outros textos referem a *culpa levis* (ou *in abstracto*) e até a

(191) "*Se por incursão de ladrões ou por outro acidente fortuito, tiverem desaparecido os ornamentos depositados em poder do indivíduo assassinado, o prejuízo não pertence ao herdeiro de quem recebeu o depósito o qual, se especialmente não se acordou outra coisa, deve prestar somente por dolo e culpa lata...*" Cf. também: D. 16,3,3.

(192) Cf. também: D. 44,7,1,5. Vide ASTUTI, *o.c.*, 217.

(193) Vide ASTUTI, *o.c.*, 217.

(194) "*O que Nerva dizia, que é dolo uma culpa mais lata e não parece bem a Próculo, a mim parece muito verdadeiro*".

(195) Parece-nos que seria uma atitude pouco digna dos compiladores manter, num fragmento, a citação de um jurisconsulto e alterar a sua opinião. Não acreditamos que tenham cometido essa atitude. Vide SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, cit., 73.

(196) Vide *supra*, nota 191.

(197) Vide STIZIA, *o.c.*, 192¹².

culpa in concreto que, não sendo tão grave, nada tem a ver com o *dolus*. Transcrevemos a parte final do:

D. 16,3,32: “... *nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*” ⁽¹⁹⁸⁾.

Há quem entenda que se trata dum glosema inserido numa questão que nada tinha a ver com o depósito, mas com a responsabilidade do tutor; e considere que tão-pouco representa o genuíno pensamento dos jurisconsultos bizantinos, embora, curiosamente, tenha chegado aos Códigos Civis contemporâneos graças, em boa parte, ao trabalho das Escolas medievais e à Glosa de Acúrsio ⁽¹⁹⁹⁾.

E há também quem considere que o texto não afirma nenhuma responsabilidade por *culpa in concreto* do depositário, antes “*examina quali siano i limiti entro i quali ravvisari l’esistenza del dolo stesso*” ⁽²⁰⁰⁾. Importa, no entanto, não ignorar que o conceito de dolo é tão amplo que compreende a *culpa lata*.

Na base da exigência do *dolus* e da *culpa lata* está o princípio da *utilitas contrahentium*: o depósito satisfaz o interesse do depositante, como inequivocamente mostra o seu carácter gratuito ⁽²⁰¹⁾. Por isso, permite-se o agravamento da responsabilidade do depositário em várias circunstâncias ⁽²⁰²⁾. Transcrevemos:

D. 13,6,5,2: “... *aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*” ⁽²⁰³⁾.

D. 16,3,1,35: “*Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos*” ⁽²⁰⁴⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ “Porque com boa fé não porá naquelas menor diligência do que nas suas próprias coisas”.

⁽¹⁹⁹⁾ Vide ASTUTI, *o.c.*, 217; SITZIA, *o.c.*, 189-192 e 197-198; e ROTONDI, *o.c.*, 105-113.

⁽²⁰⁰⁾ Transcrevemos SITZIA, *o.c.*, 194.

⁽²⁰¹⁾ Cf. D. 13,6,5,2. Vide GANDOLFI, *o.c.*, 27-28, 139, 140 e 142; e STIZIA, *o.c.*, 215.

⁽²⁰²⁾ Vide BONIFACIO, *o.c.*, 496; ASTUTI, *o.c.*, 216; SITZIA, *o.c.*, 216; e HERRERA, *o.c.*, 1429.

⁽²⁰³⁾ “... ou se, desde o início se convencionou que resposta não só por culpa mas também pelo risco aquele em quem se depositou”.

⁽²⁰⁴⁾ “Sucedee, com frequência, que a coisa ou a quantidade depositada o seja com risco daquele em cujo poder se deposita, por exemplo, se isto se acorda expressamente; mas também se alguém se ofereceu para o depósito, escreve o mesmo Juliano que se obrigou pelo risco do depósito, mas de modo que responda não somente por dolo, mas também por culpa e custódia, mas não nos casos fortuitos”.

D. 2,14,7,15: “... *Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere...*” (205).

A exclusão da responsabilidade por caso fortuito justifica-se: trata-se de um evento danoso irresistível e, por isso, tanto ocorreria se a *res* se encontrasse em poder do depositário como no do depositante. Seria, portanto, manifestamente excessivo se este respondesse por tal acontecimento, porque exerce a custódia no interesse do depositante. O agravamento da responsabilidade verifica-se também se o depositário incorrer em mora:

D. 16,3,12,3: “... *sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id red-dere reus nec reddidit*” (206).

Do lado oposto encontra-se a proibição de as partes acordarem na não responsabilidade do depositário por dolo. Transcrevemos:

D. 16,3,1,7: “*Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est*” (207).

Como pudemos observar, o depositário vê também agravada a sua responsabilidade se a iniciativa do depósito lhe pertenceu (D. 16,3,1,35) (208). E não se exclui a possibilidade de as partes acrescentarem uma cláusula penal para a eventualidade de incumprimento das suas obrigações (209).

Finalmente, é provável que herdeiro do depositário pudesse assumir, com a criação da *actio in ius* que tutela o depósito, as obrigações do *de cuius* (210). É certo que o *edictum* do pretor só se refere ao depósito necessário (211), sancionando a responsabilidade *in simplum* ou *in duplum* consoante se trate de

(205) “Igualmente, se alguém tiver pactuado que responde por todo o perigo por causa de depósito, Pompónio diz que o pacto vale...”. Cf. também: D. 17,1,39.

(206) “...Assim também o depositado está, desde o dia em que se haja intentado a acção de depósito, sob o risco daquele em cujo poder se tiver depositado, se o obrigado pôde devolvê-lo quando aceitou o iudicium e não o devolveu”.

(207) “Se se tiver acordado que não se deve responder por dolo, não o aprovarás; porque esta convenção é contra a boa fé e os bons costumes e, por isso, não se deve observar”. Cf. também: D. 50,17,23.

(208) Vide ROTONDI, *o.c.*, 118-119

(209) Vide ROTONTI, *o.c.*, 120 que vê esta cláusula nos papiros greco-egípcios recentemente publicados.

(210) Antes, sendo a responsabilidade *ex delicto*, é natural pensar que a responsabilidade do *de cuius* não fosse transmissível aos seus herdeiros. Vide ROTONDI, *o.c.*, 122.

(211) Vide *infra*, n.º 10.1; e ROTONDI, *o.c.*, 122-129.

dolo do defunto ou do herdeiro ⁽²¹²⁾. Todavia, por virtude daquela *actio*, o depósito adquiriu carácter contratual e, por isso, as obrigações do depositário tornaram-se transmissíveis aos seus herdeiros, como observamos em:

D. 44,7,12: “*Ex depositi et commodati et mandati et tutelae et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur*” ⁽²¹³⁾.

Outro texto enuncia o princípio da responsabilidade do herdeiro:

D. 44,7,49: “*Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est...*” ⁽²¹⁴⁾.

Trata-se duma situação normal no campo da responsabilidade contratual e do direito sucessório: em regra, o herdeiro vem ocupar a posição do *de cuius*. Por isso, não surpreende que ULPIANUS tenha referido:

D. 16,3,7,1: “*Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum (...) hic dolus ex contractu reiue persecutione descendit...*” ⁽²¹⁵⁾.

Natural é igualmente a responsabilidade do herdeiro por dolo próprio. Transcrevemos:

D. 3,2,6,6: “*Illud plane addendum est, quod interdum et heres suo nomine damnatur et ideo infamis fit, si in deposito vel in mandato male versatus sit...*” ⁽²¹⁶⁾.

7.1.4. Direitos

O depositário tem o direito de exigir ao depositante o reembolso das despesas feitas com vista à conservação da *res* depositada ⁽²¹⁷⁾. Assim se refere em:

D. 16,3,23: “*Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter expeditur*” ⁽²¹⁸⁾.

⁽²¹²⁾ Cf. D. 16,3,1,1. Vide ROTONDI, o.c., 122-123.

⁽²¹³⁾ “O herdeiro está obrigado solidariamente por dolo mau do defunto, em virtude da acção de depósito, de comodato, de mandato, de tutela e de gestão de negócios”.

⁽²¹⁴⁾ “As acções que provêm de contratos são dadas contra os herdeiros, ainda que se trate de delito; por exemplo, quando o tutor tiver actuado com dolo na administração da tutela ou aquele em cujo poder se fez um depósito...”.

⁽²¹⁵⁾ “A acção de depósito é dada pelo todo contra o herdeiro por dolo do defunto (...) neste caso, o dolo provém do contrato e da persecução da coisa...”.

⁽²¹⁶⁾ “Claro que deve acrescentar-se que, por vezes, o herdeiro também é condenado em seu nome e, portanto, incorre na nota de infâmia, por exemplo, se se tiver aproveitado, com malícia, do depósito ou do mandato (recebido do seu causante)...”.

⁽²¹⁷⁾ Vide BONIFACIO, o.c., 497; e ASTUTI, o.c., 219.

⁽²¹⁸⁾ “O demandado com a acção de depósito reclama utilmente perante o mesmo juiz por virtude dos alimentos dados ao escravo depositado”.

Pode também demandá-lo para exigir a reparação de danos causados pela *res* depositada porque, tratando-se de escravo com o vício de roubar, a culpa é do depositante “*quod non fuerit diligentior circa nonendum, qualem servum deponeret*”, escreveu AFRICANUS ⁽²¹⁹⁾.

E tem direito a ser ressarcido das despesas com o transporte quando tenha sido acordada a restituição da *res* em local diferente do da entrega:

D. 16,3,12pr.: “*Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non in pensae eius id fiat apud quem depositum sit, sed eius qui deposuit*” ⁽²²⁰⁾.

É provável que o depositário não tenha direito ao reembolso de eventuais despesas não necessárias, fossem úteis ou voluptuárias ⁽²²¹⁾.

7.2. Posição do depositante

Como já observámos ⁽²²²⁾, o depósito é um contrato bilateral imperfeito. Por isso, nem sempre surgem obrigações para o depositante ⁽²²³⁾ e, quando surgem, a sua amplitude é, em regra, menor em relação à esfera jurídica do depositário.

Como igualmente referimos ⁽²²⁴⁾, o depositante é obrigado a pagar as despesas com o transporte da *res* aquando da sua restituição, se esta tiver sido acordada em local diferente daquele em que a *res* fora entregue ao depositário ⁽²²⁵⁾.

É obrigado também a ressarcir os danos que a *res* cause ao depositário, como verificámos igualmente ⁽²²⁶⁾. No entanto, segundo o critério da *utilitas contrahentium*, a sua responsabilidade já não depende de dolo ou de culpa lata (como se observou no depositário ⁽²²⁷⁾), mas de *culpa levis* (ou *in abstracto*) ⁽²²⁸⁾,

⁽²¹⁹⁾ D. 47,2,62(61)5: “... por não ter sido mais diligente para advertir que escravo depositava”.

⁽²²⁰⁾ “Se se tivesse depositado na Ásia para que se restitua em Roma, entende-se que se acordou que isto seja feito não à custa daquele em cujo poder se tinha depositado, mas de quem depositou”.

⁽²²¹⁾ Vide ASTUTI, *o.c.*, 219.

⁽²²²⁾ Vide *supra*, n.º 2.

⁽²²³⁾ Vide também ASTUTI, *o.c.*, 219.

⁽²²⁴⁾ Vide *supra*, n.º 7.1.4.

⁽²²⁵⁾ Vide também: ROTONDI, *o.c.*, 89; e ASTUTI, *o.c.*, 214, 215 e 219.

⁽²²⁶⁾ Vide *supra*, n.º 7.1.4 Vide também: ROTONDI, *o.c.*, 88-89.

⁽²²⁷⁾ Vide *supra*, n.º 7.1.3.

⁽²²⁸⁾ Vide ASTUTI, *o.c.*, 219-220.

e, por isso, responde quando conhecia ou devia conhecer o perigo que a *res* causava ao depositário ⁽²²⁹⁾. Transcrevemos AFRICANUS:

D. 47,2,62(61),5: “... *et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendi esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsius potius damnosam esse debere. nam certe mandatis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret*” ⁽²³⁰⁾.

Como também se referiu, o depositante é obrigado a ressarcir o depositário das despesas necessárias e das que este fez com o seu consentimento. O silêncio das fontes suscita a dúvida sobre se o depositante deve satisfazer as despesas úteis, mas entende-se que não corresponde à natureza do depósito que o depositário as faça: a finalidade exclusiva é a custódia ⁽²³¹⁾.

Finalmente, se o depositário fosse condenado a favor do depositante, este devia ceder-lhe as *actiones* que lhe pertencessem. Assim refere MARCELLUS:

D. 42,1,12: “*In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat*” ⁽²³²⁾.

8. TUTELA

8.1. Do depositante

Do contrato de *depositum* emerge a *actio depositi* que tutela o depositante contra o depositário.

Havendo vários depositantes, a sua responsabilidade é, no direito justinianeu ⁽²³³⁾, solidária e, portanto, esta *actio* pode ser intentada contra qualquer

⁽²²⁹⁾ Vide ROTONDI, o.c., 88-89.

⁽²³⁰⁾ “... *E assim como nos anteriores contratos de venda, locação, pignor, se disse que deve ser punido o dolo de quem, conhecendo, se calou, assim também nestes a culpa daqueles por cuja causa se contratou deve ser-lhes prejudicial; porque certamente a culpa é do mandante que mandou que se comprasse para si tal escravo e, analogamente, de quem o deposita, por não ter sido mais diligente para advertir que escravo depositava*”.

⁽²³¹⁾ Vide ROTONDI, o.c., 89; e ASTUTI, o.c., 219.

⁽²³²⁾ “*Na acção de depósito ou de comodato, ainda que falte a coisa por dolo do adversário, é costume auxiliá-lo de modo que o dono lhe cede as suas acções*”.

⁽²³³⁾ Afastamos, portanto, a *actio in factum* de carácter penal com que também o *pater* ou *dominus* podia ser demandado como acção noxal, sobretudo na época clássica, por dolo cometido por um *filius* ou *servus* na não restituição da *res* depositada, Vide BURILLO, o.c., 262-256; e Robin EVANS-JONES, *The actio depositi in factum as a noxal action* em *BIDR LXXXIII* (1980), 191.

deles. Transcrevemos um fragmento atribuído a PAPINIANUS, naturalmente interpolado:

D. 45,2,9pr.: “*Eandem rem apud duos pariter deposuit utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato...*” (234).

Nota-se também que a *actio depositi* não afasta a possibilidade de o depositante intentar, se for proprietário da *res* depositada, a *rei vindicatio*, a *actio furti* e a *actio exhibitoria* contra terceiros, como observamos numa *constitutio* de Alexandre Severo:

C. 4,34,1: “... *Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit*” (235).

Na hipótese aqui considerada, o herdeiro age como terceiro e não verdadeiramente como sucessor do antigo depositário. De resto, tratando-se de *furtum*, a possibilidade de o depositante demandar o seu autor é expressamente prevista em:

I. 4,1,17: “*Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti agere non potest, sed furti actio domino competit*” (236).

Diferente é a situação que decorre de rapina, como se refere em:

D. 47,8,2,24: “*Utilius dicendum est et si cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem, quia non minima differentia est inter eum qui clam facit et eum qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publicet et*

(234) “Depositei a mesma coisa em poder de dois depositários, fiando-me solidariamente nos dois ou deixei-lhes em comodato a mesma coisa de igual maneira: tornam-se promitentes solidários, porque (a solidariedade surge) não só das palavras da estipulação, mas também de outros contratos, como a compra e venda, a locação, o depósito, o comodato...”.

(235) “... Mas se a pretexto de latrocínio cometido ou de outro acidente fortuito, as coisas não forem restituídas, estando em poder do herdeiro ou que, com dolo, deixou de possuir, compete acção de depósito, assim como a de exibição e também a reivindicação da coisa”.

(236) “Aquele em cujo poder se depositou uma coisa não contrai a obrigação da sua custódia, ficando só obrigado pelo que ele próprio tenha feito com dolo mau; por cuja causa, se lhe tivesse sido furtada, como não está obrigado a restituí-la pela acção de depósito, nem lhe interessa, portanto, a conservação da coisa, não pode intentar a acção de furto, a qual compere somente ao dono”. Cf. também: GAIUS 3,207; COLL. X,2,6.

crimen etiam publicum admittat. si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem" (237).

A explicação é clara: trata-se de condutas cuja gravidade é maior na rapina, além de que se faz referência a um interesse que pode consistir numa remuneração que não constitua uma *merces* (238).

Estas situações não se confundem com *furtum usus* em que o depositário incorre quando usa a *res* depositada. Neste caso, o depositante pode demandá-lo com a correspondente *actio furti*. Transcrevemos um texto das *Institutiones*:

I. 4,1,6: "*Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invido domino contractat. Itaque sive (...) apud quem res deposita est (...) furtum committit...*" (239).

Efectivamente, além de violar a obrigação contratualmente assumida, o depositário incorre também num *delictum* (*furtum usus*) (240). Por isso, prevê-se a possibilidade de ser demandado com a *condictio furtiva*:

D. 13,1,16: "*Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur...*" (241).

Finalmente, a condenação do depositário na *actio depositi* implica a nota de *infamia*, que se compreende se tivermos presente que, subjacente ao depósito, há uma relação de estreita confiança (242) que a recusa de restituição da *res* depositada põe gravemente em causa. Transcrevemos:

I. 4,16,2: "*Ex quibus iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti (...) depositi, directis non contrariis actionibus...*" (243).

(237) "Deve dizer-se, por razões práticas, que, embora cesse a acção de furto por uma coisa depositada, se dá, no entanto, a de bens roubados (com violência), pois não é pouca a diferença entre o que furta e o que rouba, já que aquele oculta um delito e este publicita-o e comete inclusivamente um crime público. Assim, pois, se alguém prova que tem interesse, ainda que seja pouco, deve ter a acção de bens roubados (com violência)".

(238) Vide ROTONDI, o.c., 93.

(239) "Há furto, não só quando alguém retira uma coisa de outro para se apropriar dela, mas em geral quando toma uma coisa contra a vontade do seu dono. Assim, (...) o depositário da coisa que lhe foi confiada à sua custódia (...) comete furto...".

(240) Cf. D. 47,2,1,3.

(241) "Quem comete furto usando uma coisa dada em comodato ou em depósito, fica obrigado também pela condição por causa de furto...". Vide BURILLO, o.c., 272-273.

(242) ULPIANUS fala de fidelidade ("*totum fidei*"): D. 16,3,1pr. Sobre a *infamia*, vide ROTONDI, o.c., 114-116; BURILLO, o.c., 250-252; e SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — I. Parte geral*, cit., 145-147.

(243) "Em algumas acções, a condenação leva consigo a infâmia, tais como (...) o depósito (nas acções) directas, mas não nas contrárias...".

8.2. Do depositário

Afastado, no direito de Justiniano, o direito de retenção e a compensação ⁽²⁴⁴⁾, o depositário pode demandar o depositante pela *actio depositi contraria*, como se observa em:

D. 16,3,5pr.: “*Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur...*” ⁽²⁴⁵⁾.

Este *iudicium*, que não implica a nota de *infamia* ⁽²⁴⁶⁾, permite ao depositário obter o ressarcimento dos danos causados pela *res* depositada e a indemnização das despesas necessárias e das que fez com o consentimento do depositante ⁽²⁴⁷⁾.

9. SUBDEPÓSITO

A figura do subdepósito encontra-se escassamente prevista nas fontes, mas a sua prática não suscita dúvidas ⁽²⁴⁸⁾. Transcrevemos um texto atribuído a AFRICANUS:

D. 16,3,16: “*Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet*” ⁽²⁴⁹⁾.

Como se observa, o depositário apenas está obrigado a ceder ao depositante as acções que tenha contra o subdepositário que actuou dolosamente; portanto, o depositário não é responsável pelo dolo do subdepositário ⁽²⁵⁰⁾. Não se afasta,

⁽²⁴⁴⁾ Cf. I. 4,6,30; C. 4,34,11. Trata-se de figuras jurídicas admitidas na época clássica. Cf. C. 4,34,11pr.; -4,31,14. Vide BONIFACIO, *o.c.*, 497; ROTONDI, *o.c.*, 77, 78 e 81, 82 e 88; e ASTUTI, *o.c.*, 220.

⁽²⁴⁵⁾ “*Aquele em cujo poder se disser que se depositou, se dá a acção contrária de depósito...*”

⁽²⁴⁶⁾ Cf. I. 4,16,2. Vide *supra*, n.º 8.2. Há dúvidas sobre a data da admissão deste *iudicium* e da sua relação já com a *actio in factum* ou somente com a *actio in ius*, de cuja fórmula (directa) parece uma inversão. Vide ROTONDI, *o.c.*, 86-88.

⁽²⁴⁷⁾ Vide ROTONDI, *o.c.*, 88-89.

⁽²⁴⁸⁾ Cf. D. 41,2,30,6. Vide ASTUTI, *o.c.*, 214; e HERRERA, *o.c.*, 1421.

⁽²⁴⁹⁾ “*Se aquele em quem tiveres depositado uma coisa la depositou em poder de outro e este tiver feito algo com dolo, pelo dolo daquele em quem depois se tenha depositado tão-só se obriga aquele, em cujo poder a tiveres depositado, a ceder-te as suas acções*”.

⁽²⁵⁰⁾ Vide BURILLO, *o.c.*, 261-262.

todavia, a possibilidade de o depositário responder perante o depositante se subdepositou com dolo ou culpa grave ⁽²⁵¹⁾.

10. DEPÓSITOS ESPECIAIS

10.1. Depósito necessário (ou miserável)

Esta espécie particular de *depositum*, denominado *depositum miserabile* pelas Escolas medievais ⁽²⁵²⁾, está prevista no *edictum* do pretor e ocorre nas situações aí referidas:

D. 16,3,1,1: “*Praetor ait: quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in siplum earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum...*” ⁽²⁵³⁾.

Como se verifica, se o depósito for motivado por tumulto, incêndio, ruína ou naufrágio, a responsabilidade do depositário é agravada até ao dobro do valor da *res*. Este agravamento é justificado pelo facto de o depositante não poder escolher o depositário:

D. 16,3,1,4: “*Haec autem separatio causarum iustam rationem habet. quippe cum quis fidem elegit nec depositum redditur, contentus esse debet simplo, cum vero extante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda est vindicandae reipublicae causa: est anim inutile in causis huiusmodi fidem frangere*” ⁽²⁵⁴⁾.

Se o depositário infiel falecer, o seu herdeiro será responsável pelo valor da *res*, salvo se a não restituição for imputável a sua conduta dolosa:

D. 16,3,1,1: “*... in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit. in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*” ⁽²⁵⁵⁾.

⁽²⁵¹⁾ Vide HERRERA, o.c., 1422.

⁽²⁵²⁾ Vide ASTUTI, o.c., 220; ROTONDI, o.c., 130; e *supra*, nota n.º 8.

⁽²⁵³⁾ “O pretor diz: Pelo que tenha sido depositado não por causa de tumulto, incêndio, derubamento ou naufrágio darei acção pelo simples valor; mas se se deposita por algumas das causas acima compreendidas, darei acção pelo dobro do valor contra o mesmo depositário...”.

⁽²⁵⁴⁾ “Mas esta separação de causas tem fundamento justo já que quando alguém escolheu o depositário que julgou leal e o depósito não é restituído, deve contentar-se com o simples montante; mas quando depositou tendo necessidade, agrava-se o crime da perfídia e (pública utilidade do castigo) deve-se defender o interesse comum: assim resulta inútil querer quebrar a lealdade em causas deste tipo”.

⁽²⁵⁵⁾ “... contra o seu herdeiro, pelo que se denuncie que se fez com dolo mau do que faleceu, no simples valor; se, por dolo do mesmo herdeiro, no dobro do valor”.

Esta possibilidade de a responsabilidade do herdeiro crescer para o dobro terá justificado a sua catalogação, no direito justinianeu, no grupo das *actiones quae infiatione duplicantur*” (256).

Finalmente, importa referir que a origem deste depósito, tutelado com uma *actio in duplum* (257), é controversa, havendo quem entenda que se trata da mesma *actio* já prevista na Lei das XII Tábuas, agora aplicável somente no depósito feito *extante necessitate*; e quem sustente que foi criada pelo pretor depois da tutela do depósito normal (258).

10.2. Depósito irregular

Tem-se definido como irregular (259) o depósito que se traduz na transferência da propriedade de *res fungíveis*, obrigando-se o depositário a restituir outro tanto (*tandundem*) do mesmo género e qualidade a pedido do depositante. E afirma-se que, sendo proprietário, o depositário pode dispor e usar livremente (260).

Trata-se, no entanto, duma figura jurídica particularmente complexa (261) não apenas quanto à sua origem, mas também em relação ao seu regime jurídico.

Sobre a origem, a romanística continua profundamente dividida. As divergências são devidas fundamentalmente “*alla mancanza de una communis opinio sui limiti delle interpolazioni*” e, por isso, “*non resta che registrare tutta la gamma delle ipotesi formulate dalla scienza romanística*”, observa BONIFACIO (262).

Sem nos preocuparmos excessivamente com este tema (a abordagem do depósito no direito justinianeu justifica este desprendimento), não deixaremos de referir algumas considerações que têm dividido a romanística. Estamos, recordando BONIFACIO, no campo das simples hipóteses.

Assim, há quem entenda que o depósito irregular foi ignorado na época clássica, cuja *iurisprudencia* considerava que a entrega de *res fungíveis* constituía um *mutum* (263). Há, mesmo, quem recuse insistir na figura de depósito e de mútuo, porque os jurisconsultos clássicos se preocuparam apenas com as *actiones*, sendo irrelevante a consideração do aspecto substantivo, ou seja, contratual (264).

(256) Cf. I. 4,6,26. Vide BONIFACIO, *o.c.*, 497; e ASTUTI, *o.c.*, 221.

(257) Cf. I. 4,6,17.

(258) Vide ASTUTI, *o.c.*, 220.

(259) A expressão *depósito irregular* terá sido introduzida na linguagem jurídica por JASON DE MAINO. Vide Wieslaw LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier* em RIDA XXI (1974), 215.

(260) Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — II (Direito das obrigações)*, cit., 44; LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, *o.c.*, 341; BURILLO, *o.c.*, 290; e LITEWSKI, *o.c.*, 215.

(261) Vide LITEWSKI, *o.c.*, 220.

(262) Vide BONIFACIO, *o.c.*, 497. Vide também: LITEWSKI, *o.c.*, 220-226 e 250.

(263) Vide LITEWSKI, *o.c.*, 220; e GANDOLFI, *o.c.*, 16-17.

(264) Vide BRASIELLO, *o.c.*, 476-478.

Mas há também quem veja a sua origem na última época republicana, no âmbito da actividade bancária: v. g., ALFENUS VARUS tê-lo-ia conhecido ⁽²⁶⁵⁾; quem considere que foi criado na época clássica tardia, ainda que possa ter “*unos móviles en los modelos del derecho greco-egipcio*” ⁽²⁶⁶⁾; quem considere que foi utilizado frequentemente no Oriente e, no direito romano, foi conhecido de CERVIDIUS SCAEVOLA e PAPINIANUS e, portanto, já na época clássica, embora não universalmente ⁽²⁶⁷⁾; quem entenda que é uma figura jurídica bizantina, embora já PAPINIANUS o tenha conhecido ⁽²⁶⁸⁾; quem reconheça que se trata de um depósito anómalo também no direito justinianeu ⁽²⁶⁹⁾; quem veja no depósito irregular um produto da prática ⁽²⁷⁰⁾ cujo *nomen iuris* não constituiu preocupação da *iurisprudencia* clássica, preocupada, sim, com os meios de tutela, independentemente do teor e da natureza do *iudicium* relativo ⁽²⁷¹⁾; etc.

Embora acolhendo, também aqui, a sábia lição de Álvaro D’ORS que recomenda a prática da *ars ignorandi* ⁽²⁷²⁾, não deixaremos de referir que o depósito irregular é uma figura que remonta provavelmente ao direito oriental, como, supomos, entende a *opinio communis* dos romanistas ⁽²⁷³⁾.

Fundamentalmente, interessa observar o que o separa do depósito dito “normal”. E, neste aspecto, há quatro marcas fundamentais que influenciam decisivamente o seu regime jurídico: o depósito é irregular pelo objecto (*res fungíveis*); pela faculdade de uso e de consumo; pelo pagamento de juros que funcionam como preço da utilização; e pela restituição do *tandundem, eius generis et qualitatis* ⁽²⁷⁴⁾. Só que estes aspectos afastam o depósito irregular do depósito “normal” e aproximam-no do *mutum* ⁽²⁷⁵⁾; por isso, não supreende a complexidade que aquela figura jurídica assume, que leva a romanística a questionar: é um depósito? Um mútuo? Outro contrato? ⁽²⁷⁶⁾.

⁽²⁶⁵⁾ Cf. D. 19,2,31. Esta posição foi defendida por Mercedes LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, *o.c.*, 341-344. Contra, duvidando, *vide* LITEWSKI, *o.c.*, 312.

⁽²⁶⁶⁾ Transcrevemos BURILLO, *o.c.*, 290.

⁽²⁶⁷⁾ Assim pensa LITEWSKI, *Le Dépôt irrégulier* em RIDA XXI (1974) 237-261. O Autor (*o.c.*, 225-226) considera que desapareceu no Ocidente na época pós-clássica em consequência da desvalorização monetária, mas a sua utilização manteve-se frequente no Oriente. *Vide* a continuação deste estudo em RIDA XXII (1975), 295 e 312-313.

⁽²⁶⁸⁾ É a opinião de Gino SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano* em BIDR XIX (1907), 197-198 e 230-231.

⁽²⁶⁹⁾ *Vide* Carlo LONGO, *Appunti sul deposito irregolare* em BIDR XVIII (1906), 135-136.

⁽²⁷⁰⁾ *Vide* GANDOLFI, *o.c.*, 37, 156 e 165.

⁽²⁷¹⁾ *Vide* GANDOLFI, *o.c.*, 16-19.

⁽²⁷²⁾ *Vide supra*, n.º 5.2.

⁽²⁷³⁾ *Vide* ASTUTI, *o.c.*, 224 e 226; e BURILLO, *o.c.*, 290

⁽²⁷⁴⁾ *Vide* ASTUTI, *o.c.*, 224.

⁽²⁷⁵⁾ *Vide* BONIFACIO, *o.c.*, 497.

⁽²⁷⁶⁾ *Vide* ASTUTI, *o.c.*, 224-225.

Em relação ao depósito “normal”, aquelas marcas separam-nos muito claramente. Mas quanto ao mútuo, além da causa, há outro elemento que os distingue: a gratuidade, elemento essencial deste contrato ⁽²⁷⁷⁾. Ademais, o mútuo é tutelado pela *condictio certae creditae pecuniae*, cujo carácter de *actio stricti iuris* a torna inadequada para reclamar juros, enquanto a *actio depositi*, porque de boa fé, é um instrumento idóneo à tutela do depósito irregular ⁽²⁷⁸⁾.

Por isso, tratando-se duma figura que se distingue quer do *depositum* quer do *mutum*, se compreendem as dificuldades da *iurisprudencia* romana, preocupada com a caracterização de uma figura jurídica nova ⁽²⁷⁹⁾. Transcrevemos alguns textos:

D. 16,3,24: “*Lucius Titius Sempronium salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichos actore, esse apud me ut notum habere. hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*”. *quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est. ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudicia, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*” ⁽²⁸⁰⁾.

D. 16,3,26,1: *Lucius Titius ita cavit: “suscepi habeoque apud me titulo depositi supra scripta denarium argenti decem milia, meque ad praescriptum omnia praestitutum et promito et profiteor, conventionem scilicet initia, ut quoad omne*

⁽²⁷⁷⁾ Vide ASTUTI, o.c., 224.

⁽²⁷⁸⁾ Vide BONIFACIO, o.c., 491; LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, o.c., 341-342; LITEWSKI, o.c., 217; e LONGO, o.c., 127-132.

⁽²⁷⁹⁾ Vide LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, o.c., 342.

⁽²⁸⁰⁾ “«Lúcio Tício saúda Semprónio: pela presente carta escrita por minha mão notifico-te de que as cem moedas que neste dia me encomenaste e o teu agente, o escravo Estico, me entregou, estão em meu poder para que tenhas conhecimento. Entregar-tas-ei imediatamente, quando e onde quiseres». Pergunta-se acerca do incremento dos juros. Respondi que tem lugar a acção de depósito porque o que é encomendar se não depositar? O que é certo se foi feito para se devolverem as mesmas moedas porque, se se acordou que desse em pagamento outro tanto, o assunto excede os limites evidentes do depósito. Em cujo caso, se não houver acção de depósito, ao acordar-se que se devolverá outro tanto (não o mesmo), não pode dizer-se facilmente que se computam os juros. E está estabelecido para as acções de boa fé, pelo que se refere aos juros, que o ministério do árbitro pode ter o mesmo efeito (de obrigar ao pagamento de juros) que a estipulação; mas vai contra a boa fé e a natureza do depósito pedir juros, antes de incorrer em mora, àquele que fez o favor de receber o dinheiro. Mas se se acordou inicialmente no pagamento de juros, observar-se-á o disposto no contrato”.

argentum reddatur, in singulos menses singulasque libras usurarum nomine quaternos tibi obolos subministrem". Quaero, an usurae peti possunt? Paulus respondit, eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere; et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt" (281).

D. 16,3,25,1: "*Qui pecuniam apud se non obsignatum, ut tantundem reddere, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est"* (282).

D. 16,3,29,1: "*Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitar"* (283).

D. 16,3,1,34: "*Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris, prius quam utaris depositi teneberis"* (284).

Analizando estes textos, verifica-se, no primeiro, a recusa do pagamento de juros no depósito de moedas que o depositário se obrigou a restituir. Apesar de *res* naturalmente fungíveis, funcionam, aqui, como não fungíveis e, portanto, objecto de um verdadeiro depósito. E, quanto aos juros, afirma-se claramente que são contra a boa fé a natureza do depósito que, sabemos, é gratuito. Todavia, na parte final, que indicia claramente uma interpolação, manda-se obedecer ao contrato se, *ab initio*, o pagamento de juros foi acordado. Fica a pergunta: que contrato? O fragmento faz supor que se trata de depósito cujo regime jurídico, remetido para a *voluntas partium*, se torna irregular (285).

O segundo fragmento insere-se na mesma linha: o empréstimo de dinheiro sujeito a juros excede o contrato de depósito. Mas, apesar disso, o depositante pode reclamar os juros servindo-se da *actio depositi*. Esta contradição mostra a intervenção dos compiladores de Justiniano (286).

O terceiro texto ocupa-se de *pecunia* que foi depositada para ser restituída igual quantidade. O depositário incorre no pagamento de juros, mas *post moram*.

(281) "Lúcio Tício fez um documento nestes termos: «Recebi e tenho em meu poder em razão de depósito os supra escritos dez mil denários de prata (teus) e consinto e prometo que farei tudo como acima digo e acordo dar-te como juros mensais quatro asses por cada mina até que se restitua todo o dinheiro». Pergunto se podem reclamar-se os juros. Paulo respondeu que este contrato sobre o qual se consulta excede os limites de um depósito de dinheiro e que, portanto, segundo o acordado, podem, reclamar-se também os juros com a acção de depósito."

(282) "O depositário que gastou, nas suas próprias coisas, o dinheiro depositado sem ser selado para que restituísse outro tanto, depois da mora deve ser condenado também na acção de depósito (a pagar) os juros."

(283) "Se o depositário faz uso, com a minha autorização, do dinheiro depositado, fica obrigado, por causa disso, a pagar-me juros como nas outras acções de boa fé."

(284) "Se te tiver depositado dinheiro, acordando desde o início que, se quiseses, usarás dele, antes de usares ficarás obrigado pela acção de depósito."

(285) Vide a análise deste fragmento em LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, o.c., 342-344.

(286) Vide LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier* em RIDA XXII (1975), 298-299.

O expediente considerado idóneo é a acção de depósito que, sendo de boa fé, permite o pagamento de juros ⁽²⁸⁷⁾. É duvidoso que, tratando-se de juros moratórios, descaracterize a natureza do depósito ⁽²⁸⁸⁾.

O quarto fragmento mostra a dimensão geral que o depósito irregular adquiriu: a autorização de o depositário fazer uso do dinheiro depositado implica o pagamento de juros *totius temporis* e não apenas *post moram* ⁽²⁸⁹⁾.

E, finalmente, o quinto texto mostra que o dinheiro se considera depositado antes de ser utilizado pelo depositário. A *contrario sensu* parece que o uso transforma o depósito em mútuo ⁽²⁹⁰⁾. Ou seja, opera-se uma conversão do contrato *ex voluntate partium* ⁽²⁹¹⁾.

Os fragmentos, que seleccionamos, mostram algumas hesitações que indiciam a passagem do pensamento jurídico clássico ao entendimento (pós-clássico ou) justinianeu, ou seja, do *mutum* ao *depositum* irregular ⁽²⁹²⁾. Mas é inegável que este depósito é uma figura jurídica com características que o distinguem do *depositum* e do *mutum*. Como ROTONDI assinala, estamos perante “*un tentativo non infelice con cui adattare lo schematismo rigoroso del diritto classico alle esigenze di un ambiente giuridico nuovo*” de que resultou ter-se caído “*nell’orbita di un altro istituto*” ⁽²⁹³⁾.

10.3. Sequestro

Tem-se definido o *sequestum* como o depósito de uma *res* litigiosa (ou que, por algum motivo ⁽²⁹⁴⁾, se julgasse necessário subtrair à disponibilidade de algum dos depositantes) feito entre os litigantes (ou interessados referidos) e

⁽²⁸⁷⁾ Vide LITEWSKI, *o.c.*, 397; e GANDOLFI, *o.c.*, 158-159.

⁽²⁸⁸⁾ Vide LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, *o.c.*, 344-346, que utiliza este fragmento para mostrar que PAPINIANUS conheceu o depósito irregular.

⁽²⁸⁹⁾ Vide GANDOLFI, *o.c.*, 159; LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, *o.c.*, 353; e LITEWSKI, *o.c.*, 301-302.

⁽²⁹⁰⁾ Vide SEGRÈ, *o.c.*, 201; GANDOLFI, *o.c.*, 163-166; e LÓPEZ-AMOR Y GARCIA, *o.c.*, 359. Contra, mas apenas na perspectiva das *actiones*, vide BRASIELLO, *o.c.*, 485, para quem “*il permesso successivo de uso (...) porta non la trasformazione in mutuo, ma la possibilità del condicere quasi mutua*”, enquanto “*il permesso iniziale porta non la trasformazione iniziale (...) del deposito in mutuo, ma la possibilità del teneri depositi fino all’uso effettivo e consequenzialmente del condicione teneri solo dopo l’uso*”.

⁽²⁹¹⁾ Vide D’ORS, *o.c.*, 129 e 136; e GANDOLFI, *o.c.*, 126-128.

⁽²⁹²⁾ Vide BONIFACIO, *o.c.*, 497; ASTUTI, *o.c.*, 225; e LITEWSKI, *o.c.*, 310-312, para quem, por pressão das necessidades concretas, o direito justinianeu consagrou o depósito irregular como um género particular de depósito.

⁽²⁹³⁾ Vide ROTONDI, *Natura contractus* em *BIDR XXIV* (1911), 101 e 115.

⁽²⁹⁴⁾ V. g., o depósito do preço ou de mercadoria feito pelo comprador e pelo vendedor junto de um terceiro; o depósito de documentos hereditários *apud amicum* por parte dos coherdeiros igualmente interessados na sua conservação; etc. Cf. D. 46,3,39; -10,2,5. Vide ASTUTI, *o.c.*, 223; e BISCARDI, *o.c.*, 43.

um terceiro (sequester) ⁽²⁹⁵⁾ da sua confiança, que se obriga a entregá-la a quem vencer o litígio ou vier a encontrar-se nas condições estabelecidas pelos depositantes ⁽²⁹⁶⁾.

PAULUS oferece-nos uma definição:

D. 16,3,6: “*Proprie autem in sequestre es depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur*” ⁽²⁹⁷⁾.

Esta figura especial aproxima-se do depósito (normal) em vários aspectos: a responsabilidade do depositário depende também de dolo ⁽²⁹⁸⁾; a sua finalidade é a custódia da *res*; é essencialmente gratuito; e a acção que o tutela (*actio sequestraria*, *actio depositi sequestrataria* ou simplesmente *actio depositi*) é análoga à *actio depositi* ⁽²⁹⁹⁾.

Mas distingue-se do *depositum* pelas seguintes notas: a *res* é entregue por vários depositantes ⁽³⁰⁰⁾; o depositário tem a *possessio* e não a mera detenção; e pode pedir ao pretor que o desobrigue antes do prazo ⁽³⁰¹⁾.

A sua origem é igualmente controversa, mas não se afasta a possibilidade de remontar à velha *legis actio sacramento in rem* ⁽³⁰²⁾. É provável que esteja consolidado na época dos Severos e, no século IV o seu uso generaliza-se nas acções reais e pessoais ⁽³⁰³⁾. Todavia, no direito de Justiniano, a sua importância decresce, substituído pela *cautio* ⁽³⁰⁴⁾.

⁽²⁹⁵⁾ Cf. D. 50,16,110.

⁽²⁹⁶⁾ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano — II (Direito das obrigações)*, cit., 43; ASTUTI, *o.c.*, 223; e BURILLO, *o.c.*, 290.

⁽²⁹⁷⁾ “Mas propriamente se depositou em sequestro o que por muitos se entrega solidariamente com certa condição para ser guardada e restituída”. Segundo Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Dottrina romana del sequestro* em AG LXXVI (1906), 471-472), trata-se duma definição que “non permette di determinare quali siano stati, nel diritto romano classico, i casi in cui si poteva parlare di depositio in sequestre o apud sequestum” e nota que “le parole di Paolo possono bene adattarsi tanto alla così detta sequestratio voluntaria quanto alla necessaria; tanto cioè al sequestro voluto (...) quanto al deposito della cosa litigiosa per ordine del giudice”.

⁽²⁹⁸⁾ Cf. D. 16,3,7pr.

⁽²⁹⁹⁾ Vide ASTUTI, *o.c.*, 223; e BURILLO, *o.c.*, 290-291, para quem não falta quem, como LENEL, pens que terá existido uma acção sequestraria distinta da *actio depositi*. O Autor sugere, “como hipótesis de trabajo, que existió una actio in factum sequestraria distinta de la acción del depósito”. No entanto, “esta acción secuestraria pudo ser englobada, gracias a la flexibilidad de la buena fe, dentro de la acción del depósito ex fide bona”.

⁽³⁰⁰⁾ Cf. D. 16,3,17pr.

⁽³⁰¹⁾ Cf. D. 16,3,5,2. Vide ASTUTI, *o.c.*, 223; BISCARDI, *o.c.*, 488; e SANTOS JUSTO, *ibidem*, 43;

⁽³⁰²⁾ Vide Arnaldo BISCARDI, *Sequestro (diritto romano)* em NNDI XVII (1957), 43.

⁽³⁰³⁾ Vide Matteo MARRONE, *Tab. Pomp. 28: Un interessante documento in tema di sequestro* em *Studi in onore di Cesare Sanfilippo III* (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão, 1983), 416-418.

⁽³⁰⁴⁾ Vide BISCARDI, *o.c.*, 492-496.

Quanto à escolha do depositário (*sequester*), parece feita, na época clássica, pelos litigantes por ordem do juiz; pelo contrário, no direito justiniano, a *res litigiosa* é retirada, por ordem daquele, da disponibilidade dos litigantes e depositada junto da pessoa que o próprio juiz escolhe ⁽³⁰⁵⁾.

O sequestro pode revestir duas modalidades:

1. voluntária: é o depósito feito por acordo de vários depositantes. LABEO contempla esta hipótese:

D. 4,3,9,3: “*Labeo (...) scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos iudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum...*” ⁽³⁰⁶⁾.

Estamos numa fase anterior à instauração da acção que decidirá a quem pertence o azeite e, por isso, não há ainda intervenção do tribunal: tudo se passa ainda no âmbito da vontade das partes. ⁽³⁰⁷⁾;

2. Judicial: é o depósito feito por ordem do juiz que escolhe o depositário ⁽³⁰⁸⁾. GAIUS refere-o em:

D. 10,2,5: “*Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit (...) si omnes isdem ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent*” ⁽³⁰⁹⁾.

Uma diferença particularmente importante que separa o *sequestrum* do depósito (normal) é a posição em que o *sequester* se encontra: tem a *posses-*

⁽³⁰⁵⁾ Vide BISCARDI, o.c., 497.

⁽³⁰⁶⁾ “Labeo escreve (...) que se Tício reclamasse, como seu, azeite teu e tu o tivesses depositado em poder de Seio para que este o vendesse e guardasse o preço até que se decidisse de quem de vós era o azeite e Tício não quisesse aceitar o litígio, deves intentar contra Tício a acção de dolo porque não podem demandar Seio nem com a acção de mandato nem com a acção sequestrária, por ainda não se ter cumprido a condição do depósito...”. C. também: D. 16,3,33.

⁽³⁰⁷⁾ Vide BISCARDI, o.c., 474-475.

⁽³⁰⁸⁾ Vide BISCARDI, o.c., 44, que, no entanto, entende que este depósito “*sopravviverà nel diritto giustiano (...) in antitesi al contratto di depositum in sequestro*”.

⁽³⁰⁹⁾ “Se há documentos hereditários, o juiz deve cuidar que fiquem em poder de quem seja herdeiro da maior parte (...) Se todos forem herdeiros por partes iguais e não se acordar entre eles em poder de quem devam ficar preferentemente, deve sortear-se ou escolher-se, por unanimidade ou maioria, um amigo em cujo poder se depositem ou devem ser depositados no arquivo público.”

sio da *res*, tutelada pelos correspondentes *interdicta*. Transcrevemos FLORENTINUS:

D. 16,3,17,1: “*Rei depositae proprietates apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*” ⁽³¹⁰⁾.

A explicação é natural: a *res* depositada é objecto de um litígio; por isso, escolhe-se um terceiro, que a guarde; e para que a posse não beneficie nenhum dos interessados (v. g., os frutos e a aquisição da propriedade por usucapião), o *sequester* possui em nome próprio.

11. MARCAS ROMANAS NO DIREITO PORTUGUÊS

11.1. Considerações preliminares

É já tempo de olharmos para o depósito no direito português. Podemos, desde já, advertir que a influência romana não é escassa, situação que se compreende se tivermos em atenção que o direito romano exerceu, entre nós, uma influência decisiva não só através da sua ciência renascida em Bolonha e continuada ininterruptamente nas diferentes Escolas posteriores, mas também por virtude da sua frequentíssima aplicação como direito subsidiário nos nossos tribunais.

No entanto, para não nos alongarmos excessivamente, partiremos das Ordenações Filipinas.

11.2. As Ordenações Filipinas

Como MELLO FREIRE observa, “sobre o depósito não existe no nosso direito nenhum título especial; no entanto, faz-se menção dele em muitos lugares”. E prossegue: “Em quase toda a parte foram recebidas as disposições que sobre ele estabeleceram o direito das gentes e o direito civil dos Romanos” ⁽³¹¹⁾.

Selecionamos dois textos das Ordenações Filipinas:

IV,76,5: “E se a dívida descender de malefício, ou quasi-malefício, em que alguém seja condenado, deve indistinctamente ser preso, até que pague da Cadea.

⁽³¹⁰⁾ “A propriedade de uma coisa depositada permanece no depositante e também a posse se não tiver sido depositada em sequestro, em cujo caso precisamente possui o sequestrário, já que neste tipo de depósito se trata de que o tempo não corra para a posse de nenhum.”

⁽³¹¹⁾ Vide Pascoal José de MELLO FREIRE DOS REIS, *Instituições de direito civil português* IV. Trad. de Miguel Pinto de Menezes no *BMJ* 168 (1967), 57.

Por tanto se fosse alguma cousa posta em guarda, e deposito, e o depositario recusasse entrega-la ao senhor sem justa, e legitima razão, ou usasse della sem vontade expressa do senhor, deve ser preso até que da Cadea entregue a cousa, e pague o dano que nella fez por usar della contra vontade de seu dono..."

IV,49,1: *"E porque algumas vezes os Corregedores e Juizes, ou outros Officiaes mandam consignar dinheiro, ou outra cousa em mão de algum homem bom, e depois lho pedem emprestado, ou per outro algum modo, de maneira que o preço, ou cousa depositada, que não podiam receber em consignação, vem-no depois a receber da mão daquelle, a que foi entregue, como a homem bom, e o convertem em seus proprios usos: querendo Nós a isto prover, mandamos, que em este caso esse homem bom, em cuja mão foi consignado o preço, ou qualquer outra cousa, não se possa escusar, por dizer que o entregou ao tal Juiz, ou Corregedor, ou Official, mas seja obrigado a responder por elle, e entrega-lo a quem com direito deva ser entregue. E não o entregando do dia, que lhe for mandado, a nove dias, seja preso e não seja solto, até que o entregue".*

No primeiro texto, refere-se o *depósito convencional*; no segundo, o *depósito judicial*. Em ambas as situações a sanção é grave: a prisão do depositário enquanto não restituir a *res* depositada ou pagar o dano causado pelo uso contra a vontade do dono. O último texto dá-nos também uma informação sobre a actuação profundamente detestável de alguns agentes da administração da justiça que se serviam dos depositários (homens bons) para obterem o que directamente lhes era vedado.

A partir do último texto, o nosso jurisconsulto refere também que *"não tem o depositário nem a posse nem o uso da coisa (...) mas apenas a sua guarda, não podendo, por isso, usá-la nem concedê-la a outro"* ⁽³¹²⁾. É uma marca romana.

Já no século XIX, COELHO DA ROCHA, revelando algumas influências do Códigos da época, com particular destaque para o *Code Civil* francês, nota que *"a palavra deposito toma-se umas vezes na significação de contracto; e outras objectivamente pela cousa depositada"*. E afirma que *"ainda que uma pessoa prometta guardar a cousa de outrem; em quanto a não recebeu, não ha deposito, mas sim outra especie de contracto"* ⁽³¹³⁾. São duas posições que revelam um jurisconsulto atento ao direito romano: não existe nada de novo!

Romana é igualmente a sua distinção entre *deposito propriamente dicto* e *sequestro*, assim como a referência aos elementos essenciais e aos respectivos regimes jurídicos. Aliás, são constantes as citações das fontes romanas ⁽³¹⁴⁾.

⁽³¹²⁾ Vide MELO FREIRE, *ibidem*, 57.

⁽³¹³⁾ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez* II⁸ (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa, 1917), 535.

⁽³¹⁴⁾ Vide COELHO DA ROCHA, *ibidem*, 535-538.

Refere ainda o *depositum necessario* e apresenta as mesmas situações do direito romano ⁽³¹⁵⁾; e aborda o *sequestro* que, na esteira romanística, divide em voluntário e judicial ⁽³¹⁶⁾. A exposição duma visão comparativística entre as soluções do direito romano e dos diversos Códigos Civis europeus mostra um jurisconsulto cujas opiniões prepararam o ambiente em que viria a surgir o Código de Seabra.

COELHO DA ROCHA não estava só. Também CORREA TELLES ajudou a criar esse ambiente, definindo as obrigações do depositário e do depositante em termos que mostram a presença do direito romano ⁽³¹⁷⁾.

11.3. O Código Civil de 1867

Dispondo dos conhecimentos da ciência jurídica da época, o Visconde de SEABRA consagrou, no seu Código Civil, o depósito como um dos *contratos em particular*.

Também aqui as marcas romanas são frequentes, observando-se, v. g., na noção de depósito ⁽³¹⁸⁾ e na ênfase posta à gratuidade ⁽³¹⁹⁾ sem prejuízo de uma eventual gratificação (não contraprestação) ⁽³²⁰⁾.

Estas marcas são igualmente visíveis no regime jurídico do depósito. Assim, em relação às obrigações do depositário, destacamos: a de guardar e conservar a coisa depositada com o cuidado e a diligência de que é capaz ⁽³²¹⁾; a de restituir o depósito quando o depositante exigir, com todos os seus frutos e acrescidos ⁽³²²⁾; a de responder por caso fortuito ou força maior quando se obrigou expressamente ou se encontrar em mora ⁽³²³⁾; a de não utilizar a coisa sem permissão expressa do depositante ⁽³²⁴⁾; a de restituir, no mesmo estado, as coisas depositadas cerradas e seladas ⁽³²⁵⁾; a de repor o conteúdo se devassar o depósito cerrado ou selado ⁽³²⁶⁾; a de participar ao dono o furto da coisa deposi-

⁽³¹⁵⁾ Vide COELHO DA ROCHA, *ibidem*, 538

⁽³¹⁶⁾ Vide COELHO DA ROCHA, *ibidem*, 539.

⁽³¹⁷⁾ Vide J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto português ou tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e administrar e de a transferir por derradeira vontade para servir de subsidio ao novo Código Civil III*³ (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1846), 110-118.

⁽³¹⁸⁾ Cf. art. 1431.º

⁽³¹⁹⁾ Cf. art. 1432.º

⁽³²⁰⁾ Cf. art. 1432.º

⁽³²¹⁾ Cf. art. 1435.º

⁽³²²⁾ Cf. art. 1435.º 2.º

⁽³²³⁾ Cf. art. 1436.º

⁽³²⁴⁾ Cf. art. 1437.º

⁽³²⁵⁾ Cf. art. 1438.º

⁽³²⁶⁾ Cf. art. 1439.º

tada ⁽³²⁷⁾; a de restituir a coisa no lugar onde o depósito foi feito, salvo convenção em contrário ⁽³²⁸⁾; a de restituir quando o depositante requerer, mesmo que o depósito tenha sido feito por tempo determinado ⁽³²⁹⁾; a de informar o depositante quando for perturbado ou esbulhado da coisa depositada, devendo, entretanto, tomar a defesa dos direitos deste ⁽³³⁰⁾; etc. Nota-se ainda que o depositário goza do direito de reter a coisa depositada enquanto não for ressarcido das despesas feitas na sua conservação ⁽³³¹⁾.

Quanto ao depositante, deve indemnizar o depositário das despesas que tenha feito na conservação da coisa depositada ⁽³³²⁾.

A ênfase posta nas obrigações do depositário resulta da finalidade que caracteriza o contrato de depósito. Há, no entanto, três aspectos que merecem uma referência especial: a possibilidade de usar a coisa se o depositante autorizar descaracteriza o depósito; a concessão do direito de retenção implica um regresso ao direito romano pré-justiniano; e a responsabilidade do depositário por culpa *in concreto* ⁽³³³⁾ que constitui uma *vexata quaestio* da romanística, não faltando, como se observou ⁽³³⁴⁾, quem entenda que não é clássica nem justinianeia.

11.4. O Código Civil de 1966

O actual Código Civil português começa por definir o depósito em termos que revelam inequivocamente um contrato real: “*Depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa...*” ⁽³³⁵⁾. Depois, consagra a função de custódia e a obrigação de o depositário restituir a coisa depositada, quando for exigida ⁽³³⁶⁾.

O depósito presume-se gratuito, mas prevê-se a sua possível onerosidade se o depositário cumprir o encargo no exercício da sua profissão ⁽³³⁷⁾. As obrigações do depositário são: guardar a coisa depositada; avisar o depositante de algum perigo que a ameace ou de terceiro que arroga direitos sobre ela; e restituí-la com os seus frutos ⁽³³⁸⁾.

⁽³²⁷⁾ Cf. art. 1442.º

⁽³²⁸⁾ Cf. art. 1447.º

⁽³²⁹⁾ Cf. art. 1448.º

⁽³³⁰⁾ Cf. art. 1451.º

⁽³³¹⁾ Cf. art. 1450.º, § único.

⁽³³²⁾ Cf. art. 1450.º

⁽³³³⁾ Cf. art. 1435.º, § 1.º

⁽³³⁴⁾ *Vide supra*, n.º 7.1.3.

⁽³³⁵⁾ Cf. art. 1185.º

⁽³³⁶⁾ Cf. art. 1185.º

⁽³³⁷⁾ Cf. arts. 1186.º e 1158.º

⁽³³⁸⁾ Cf. art. 1187.º

O depositário é considerado detentor, embora goze da tutela possessória mesmo contra o depositante ⁽³³⁹⁾. Não pode usar a coisa nem depositá-la sem autorização do depositante ⁽³⁴⁰⁾.

Se houver prazo de restituição, considera-se estabelecido a favor do depositante ⁽³⁴¹⁾. A restituição deve ser feita no lugar onde, segundo o contrato, o depositário tiver de a guardar, salvo disposição diferente ⁽³⁴²⁾. E as despesas da restituição ficam a cargo do depositante ⁽³⁴³⁾.

Quanto a este, deve pagar a retribuição (se o depósito for oneroso); reembolsar o depositário das despesas indispensáveis à conservação da coisa; e indenizá-lo dos danos sofridos, salvo se procedeu sem culpa ⁽³⁴⁴⁾.

Depois, consagra-se o depósito de coisa controvertida ⁽³⁴⁵⁾ e o depósito irregular (sobre coisas fungíveis) ⁽³⁴⁶⁾, a que se aplicam, na medida do possível, as normas relativas ao contrato de mútuo ⁽³⁴⁷⁾.

Observa-se, portanto, no actual Código Civil, um regime profundamente romano. Mas há alguns aspectos que merecem uma referência especial: a presunção de onerosidade (se envolver actividade profissional do depositário) é susceptível de descaracterizar o depósito; a concessão da tutela possessória ao depositário é uma extensão romana da tutela atribuída ao *sequester*; e o direito de retenção ⁽³⁴⁸⁾ foi concedido no direito romano pré-justiniano.

Finalmente, a aplicação do regime do mútuo ao depósito irregular mostra que o nosso legislador se aproximou da *iurisprudentia* romana da época clássica, para quem aquele contrato não passava de um *mutum* ⁽³⁴⁹⁾.

⁽³³⁹⁾ Cf. art. 1188.º

⁽³⁴⁰⁾ Cf. art. 1189.º

⁽³⁴¹⁾ Cf. art. 1194.º

⁽³⁴²⁾ Cf. art. 1195.º

⁽³⁴³⁾ Cf. art. 1196.º

⁽³⁴⁴⁾ Cf. art. 1199.º

⁽³⁴⁵⁾ Cf. art. 1202.º

⁽³⁴⁶⁾ Cf. art. 1205.º

⁽³⁴⁷⁾ Cf. art. 1206.º

⁽³⁴⁸⁾ Cf. art. 755.º, n.º 1, al. e).

⁽³⁴⁹⁾ Note-se que a nossa doutrina mantém as dúvidas e hesitações que encontramos na *iurisprudentia* romana. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código civil anotado* II³ (Coimbra Editora / Coimbra, 1986) 783-784, referem que “a questão de saber se o contrato que as partes quiseram realizar é de mútuo ou de depósito pode oferecer dificuldades práticas por contender com a interpretação da vontade das partes” e avançam um critério geral: “no mútuo, a disponibilidade da coisa por parte do accipiens constitui o fim principal do contrato; empresta-se para que este se sirva da coisa. No depósito irregular inversamente, o fim principal continua a ser a guarda da coisa, a sua segurança económica, portanto a satisfação dum interesse do tradens”. E, concluindo, citam FIORENTINO: “Mútuo e depósito irregular têm ambos a mesma causa genérica, mas diversa a causa específica”.

12. CONCLUSÃO

Fenómeno indubitavelmente cultural, o direito romano evoluiu, passando, na sua longa história, por várias fases que mostram uma *iuris scientia* particularmente atenta às exigências da vida.

Sem a pressa, quase sempre má conselheira, que leva frequentemente a soluções desajustadas, a *iurisprudencia* romana soube esperar pelo momento oportuno, recorrendo, entretanto, a figuras jurídicas disponíveis, embora geradoras de efeitos excessivos, típicos dos negócios fiduciários. Assim aconteceu com a *fiducia cum amico*, utilizada enquanto a figura do *depositum* não foi criada.

Depois, quando o progresso da vida romana passou a tolerar com dificuldade esta solução que a lei da economia jurídica aconselha, os jurisconsultos, conhecedores profundos daquelas deficiências e das novas exigências que dificilmente as suportavam, criaram a figura do *depositum*, primeiro como *actio* (sucessivamente *in factum* e *in ius*) e, depois, como contrato.

Mais tarde, porque nem o *mutuum* nem o *depositum* satisfaziam, só por si, a prática, que se tinha generalizado, do empréstimo de *pecunia* com juros, foi necessário criar outra figura: surgiu, assim, o depósito “irregular” que a *iurisprudencia* preparou depois de uma longa peregrinação pelos caminhos árduos do *mutuum* e do *depositum* “normal”.

E foram estes contratos que, juntamente com o depósito necessário e o *sequestrum*, penetraram no direito português (e nos outros direitos de base romanista), dando-lhes uma nota de progresso e fazendo também com que, por seu intermédio, o direito romano se mantenha bem vivo

ABREVIATURAS

1. Fontes

- C. — *Codex Iustinianus (Corpus Iuris Civilis)*, vol. II, ed. Paulus KRÜGER, 11.^a ed., Berlim, 1954);
- COLL. — *Collatio Legum Moisaicarum et Romanarum (FIRA II, 544-589)*;
- D. — *Digesta (Corpus Iuris Civilis)*, vol. I, ed. Theodorus MOMMSEN-Paulus KRÜGER, 16.^a ed., Berlim, 1954);
- FIRA — *Fontes Iuris Romani Anteiusiniani*, 2.^a ed. (Florença) I — *Leges* (ed. S. RICCOBONO, 1941);
- GAIUS — *Gai. Institutionum Commentarii Quattor* (ed. Bernhard Kübler, 8.^a ed., Lípsia, 1935);
- I. — *Institutiones Iustiniani (Corpus Iuris Civilis)*, vol. I, ed. Paulus KRÜGER, 16.^a ed., Berlim, 1954);
- N. — *Novellae Iustiniani (Corpus Iuris Civilis)*, vol. III, ed. R. SCHÖLL-G. KROLL, 8.^a Ed., Berlim, 1963);
- PS. — *Pauli Sententiae Receptae (FIRA II, 317 ss.)*;

2. Revistas

- AG — *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”* (Roma)
 AHDE — *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid)
 BFD — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Coimbra)
 BIDR — *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano* (Roma)
 BMJ — *Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa)
 ED — *Enciclopedia del Diritto* (Milão)
 IURA — *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* (Nápoles)
 NNDI — *Novissimo Digesto Italiano* (Turim)
 RFDM — *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (Madrid)
 RFDUC — *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense* (Madrid)
 RIDA — *Révue Internationale des Droits de l’Antiquité* (Bruxelas)
 SDHI — *Sutudia et Documenta Historiae Iuris* (Roma)
 Studia Iuridica — *Studia Iuridica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Coimbra Editora / Coimbra)

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Ruy de / Martim de ALBUQUERQUE, *História do direito português 1140-1415* I¹⁰ (Ed. Pedro Ferreira / Rio de Mouro, 1999).
 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *História do direito português*³, 2.ª reimpressão (Almedina / Coimbra, 2000).
 ASTUTI, Guido, *Deposito (diritto romano e intermedio)* em ED XII (1964) 213-227.
 BIONDI, Biondo, *Arte y ciencia del derecho*, trad. espanhola de Angel Latorre (ARIEL / Barcelona, 1953).
 BONIFACIO, Franco, *Deposito (diritto romano)* em NNDI V (1957) 495-497.
 BURILLO, Jesús, *Las formulas de la actio depositi* em SDHI XXVIII (1962) 233-291.
 COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de direito civil português* II⁸ (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira / Lisboa, 1917).
 CORRÊA TELLES, J. H., *Digesto português ou tratado dos modos de adquirir a propriedade, de a gozar e administrar e de a transferir por derradeira vontade para servir de subsidio ao novo Código Civil* III³ (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1846).
 CRUZ, Sebastião, *Direito romano (Ius romanum) I. Introdução. Fontes*⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984); *Ius. Directum (directum)* (Ed. do Autor / Coimbra, 1974); e *Da “Solutio”* I (Ed. do Autor / Coimbra, 1962) 17³.
 DE RUGGIERO, Roberto, “*Depositum vel commodatum*”. *Contributo alla teoria delle interpolazioni* em BIDR XIX (1907) 5-84.
 EVANS-JONES, Robin, *The actio depositi in factum as a noxal action* em BIDR LXXXIII (1980) 191-206.
 FUENTESECA, Pablo, *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contractus* em AHDE XXIII (1953) 539-577.
 GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão, 1976).
 GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa, *História do direito português. Fontes de direito*⁴ (Fund. C. Gulbenkian / Lisboa, 2006).
 HERRERA, Ramón, *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito* em *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias* III (Madrid, 1988) 1407-1432.

- IHENRIG, Rudolph Von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. española de Enrique Príncipe y Satorre (Edit. Comares, S.L. / Granada, 1998).
- IGLESIAS, Juan, *Defensa de los estudios romanísticos em Estudios. Historia de Roma – Derecho romano. Derecho moderno* (Universidad Complutense. Seminario de derecho romano / Madrid, 1985) 111-115.
- LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, Mercedes, *Observaciones sobre el depósito irregular romano na RFDUC. Curso 1988-1989* (1989) 341-359.
- MARRONE, Matteo, *Tab. Pomp. 28: Un interessante documento in tema di sequestro em Studi in onore di Cesare Sanfilippo III* (Dott. A. Giuffrè Editore / Milão, 1983) 415-419.
- MELO FREIRE DOS REIS, Pascoal José de, *Instituições de direito civil português IV*, trad. de Miguel Pinto de Menezes no *BMJ* 168 (1967).
- PAOLI, Ugo Enrico, *Deposito (diritto attico) no NNDI V* (1957) 494-495.
- ROTONDI, Giovanni, *Contributti alla storia del contratto di deposito nel diritto romano em Scritti giuridici a cura de V. Arangio-Ruiz, E. Albertario, P. de Francisci II. Studi sul diritto romano della obbligazioni a cura di Emilio Albertario II* (Ulrico Hoepli. Editore Libraio della Real Casa / Milão, 1922); e *Natura contractus em BIDR XXIV* (1911) 5-115.
- SANTOS JUSTO, A., *A crise da romanística no BFD LXXII* (1996) 13-132; *A evolução do direito romano no volume comemorativo do 75.º tomo do BFD* (2003) 47-68; *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)* (Coimbra Editora / Coimbra, 2005); *Direito privado romano – II (direito das obrigações², reimpressão, em Studia Iuridica 76* (2006); *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)⁴ em Studia Iuridica 50* (2008); e *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro nos Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. A Autonomia da Vontade e As Condições Gerais do Contrato. De Roma ao Direito Atual* (Editora IMPRECE – Impressora do Ceará Ltda / Fortaleza, 2003) 59-92.
- SITZIA, Francesco, *Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino em BIDR LXXIV* (1971) 189-218.
- VIEIRA CURA, António Alberto, *“Fiducia cum creditore” (Aspectos gerais) no suplemento XXXIV do BFD* (1991) 5-43.

