

A EVICÇÃO NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA ROMANO

*Helmut Steinwascher Neto**

SUMÁRIO: 1. Aspectos preliminares; 2. *Mancipatio* e *emptio venditio*; 3. Origens da garantia contra a evicção no Direito Romano; 3.1. *Auctoritas*; 3.2. *Stipulatio*; 4. Pressupostos para a produção da responsabilidade por evicção no contrato de compra e venda romano; 5. *Pactum de non praestanda evictione*; 6. Aplicação da *actio empti* para os casos de evicção; 7. Fontes jurídicas e literárias; 8. Bibliografia.

1. Aspectos preliminares

O instituto jurídico da evicção encontra-se extremamente atrelado ao contrato de compra e venda, o qual constitui, por excelência, o contrato oneroso mais praticado, donde deriva a obrigação, modernamente, de se transferirem direitos reais. Por esta razão, funda-se a evicção no mesmo princípio de garantia em que se assenta a teoria dos vícios redibitórios. Há um conjunto de garantias a que todo vendedor está obrigado, conforme a legislação pátria, na transferência da coisa ao comprador. Deve garantir não somente a qualidade do produto vendido, como resguardar o comprador contra eventuais pretensões alheias e, conseqüentemente, contra o risco de vir a ser privado da coisa ou de sua posse e uso pacífico, pela reivindicacão promovida com sucesso por terceiro, hipótese em que deverá ressarcir o comprador.

A compra e venda consensual romana do período clássico serviu de base para a construção do instituto em todos os países que possuem o seu ordenamento jurídico guiado pelo Sistema Romano-Germânico,¹ sendo que as fontes jurídicas romanas são abundantes quanto ao assunto da evicção, contendo, a título exemplificativo, o Digesto², ampla referência ao assunto, o qual se encontra disposto próximo ao título referente à *actio venditi*, assim como no Código de Justiniano³, que dedica dois títulos ao tema.

* Professor de Direito Romano na Faculdade Editora Nacional (Faenac) em São Caetano do Sul. Bacharel em Direito pela FDSBC no ano de 2003. Integrante do “Grupo de Estudos e Pesquisa em História do Direito Romano” coordenado pela Profª. Dra. Eliane Maria Agati Madeira.

¹ M. Ricca-Barberis. *L'evizione obbligo-limite del venditore romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, vol.2, Milano, Fratelli Treves, 1930, p.130.

² D.21.2 *De evictionibus et duplae stipulatione*.

³ C.8,45 *De evictionibus*; C.8,46 *Creditorum evictionem non debere*. Quanto às diversas fontes literárias romanas que abordam o assunto, dentre outras, estão os formulários contidos no livro *De re rustica* de Varrão (2,2,6; 2,3,5; 2,4,5).

Conhecer a origem e o desenvolvimento da garantia contra a evicção e o instituto jurídico da compra e venda no Direito Romano, pode ter utilidade como instrumento para a interpretação dos inúmeros artigos relativos à matéria (especialmente os arts. 447 a 457), no Novo Código Civil Brasileiro.

A palavra “evicção” vem do latim *evictio*, do verbo *vincere*,⁴ vencer, triunfar, derrotar, conseguir, obter, de *vincere*. Sofrer a evicção é ser vencido judicialmente, como autor ou como réu, em uma ação real, relativa a uma coisa determinada: a coisa (*res*) que é objeto de uma evicção se denomina “evicta”. Ocorre a evicção quando aquele que adquiriu uma coisa ou outro direito, seja judicialmente privado dela pelo verdadeiro titular, no todo ou em parte⁵ (qualitativa ou quantitativa), sem sua culpa, porém, por um vício inerente ao direito de seu alienante (*vitium in iuris transferentis*).⁶

Em um primeiro plano de estudo, serão analisadas a estrutura e algumas breves noções da *mancipatio* e do contrato de compra e venda romano. Posteriormente, serão analisados os conceitos e a estrutura da *auctoritas*, que pertencia à essência da *mancipatio* (e o surgimento da *actio auctoritatis*), bem como da *stipulatio* e das outras formas de garantia contra a evicção, nas situações em que não se realizasse a *mancipatio* (*satisdatio secundum mancipium*, *actio ex stipulatu*, *actio empti*). Um breve subtítulo abordará que, no período clássico, surgiu o *pactum de non praestanda evictione*, com a qual o vendedor ficava liberado das conseqüências da evicção.

2. *Mancipatio* e *emptio venditio*

A *emptio venditio* (contrato consensual de compra e venda) e a *mancipatio* (venda real e formal aplicável às *res mancipi*), apresentam um essencial ponto de contato: a responsabilidade por evicção; o vendedor, ao seguir o rito da *mancipatio* se torna *auctor* da venda, isto é, responsável pela mesma. Nesse ponto, a doutrina salienta a responsabilidade por *auctoritas* na *mancipatio*, geradora do que se escolheu denominar – já que não se encontra expressamente nas fontes – *actio auctoritatis*, pela qual o *mancipio dans*

⁴ P. Voci, *Istituzioni di Diritto Romano*, 6. ed., Milano, Giuffrè, 2004, p.250, afirma que *vincere* significa tornar-se vencedor no processo de reivindicação, e, conseqüentemente, o direito de retomar a coisa de quem a possui.

⁵ As fontes confirmam que a *evictio pro parte* ocorre exclusivamente quando, de maneira efetiva, uma porção da coisa comprada se torna evicta, por isto não pode ocorrer a mencionada evicção, mas a total, quando se torna evicta uma parte inseparável do todo que presume o objeto comprado. Neste sentido, Paul. 29 *ad ed.* D.21,2,36. Aborda o assunto a respeito da *actio ex stipulatu*, V. Scialoja, *L'actio ex stipulatu in casu di evizione parziale e la L.64 D. De Evictionibus 21,2* in *Studi Giuridici*, vol.1, Prima Parte, Roma, Anonima Romana, 1938, pp.183-210. Conforme o autor, em caso de evicção parcial, o alienante respondia perante o adquirente pelo dobro da respectiva quota do preço.

⁶ V. César da Silveira, *Dicionário de Direito Romano*, vol.1, São Paulo, José Bushatsky, 1957, pp.239-240.

(aquele que transfere a *res Mancipi*) responderia frente ao *accipiens* (aquele que recebe a *res Mancipi*) pelo dobro do valor da coisa.⁷

No período arcaico ou pré-classico do Direito Romano, a venda com efeitos reais recíprocos era realizada pelo regime da *mancipatio*. Neste período o sistema jurídico romano é caracterizado por ser formalístico, rigoroso, adaptado a um povo de economia familiar e agrária, sendo acessível apenas aos cidadãos romanos (*cives*). O vendedor era chamado de *auctor* nas lides com o comprador. Existia também a figura do *auctor secundus* ou *fidepromissor*, que intervêm como fiador nas obrigações assumidas pelo vendedor.⁸

Quando a compra e venda se realizava sob a forma da *mancipatio*, ao comprador evicto cabia uma *actio auctoritatis* do duplo preço, que poderia ser proposta dentro de um ano, para móveis e de dois, para imóveis. O prazo era igual ao do usucapião, pois, expirado o tempo deste, já não havia motivo para considerar responsável o vendedor, pois o comprador, tendo adquirido a propriedade da mesma, poderia repelir a pretensão do terceiro.⁹

O desenvolvimento do comércio, após a vitória romana nas Guerras Púnicas, exigiu uma maior celeridade na realização dos negócios, o que levou à necessidade de corrigir as excessivas formalidades exigidas nos negócios jurídicos. Neste contexto, os romanos construíram um complexo jurídico (*ius gentium*), constituído de instituições jurídicas aplicáveis a todos, romanos e estrangeiros, cuja validade dos negócios jurídicos decorria não da formalidade, mas do consentimento, da lealdade e do valor à palavra declarada, da *fides* ou *bona fides*.¹⁰

A *bona fides* surge no contexto do *ius gentium* como característica dos contratos consensuais, os quais se perfazem sem a existência de um elemento material, uma exteriorização formal da vontade das partes.¹¹

Na evolução do sistema contratual romano, a boa fé é a ponte que permite a passagem do formalismo para o consensualismo na prática contratual. É a boa fé (*bona fides*) das partes contratantes que, suprimida a certeza da forma, procura dar sustento à relação jurídica. A *fides* é uma qualidade fundamental do homem romano que gera confiança,

⁷ A. Calonge, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho Romano Clásico*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1968, p.15.

⁸ V. Arangio-Ruiz, *La Compravendita in Diritto Romano*, vol.2, Napoli, Jovene, 1954, p.312.

⁹ A. Corrêa - G. Sciascia, *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, vol.1, São Paulo, Saraiva, 1949, p.258.

¹⁰ I.M.Poveda Velasco, *A boa fé na formação dos contratos (Direito Romano)*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. .61, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pp.35-42.

¹¹ Cf. Gai. 3,135: "As obrigações se constituem por consenso na compra e venda, locação e condução, sociedade e mandato." – cfr. tradução de A. Corrêa - G. Sciascia, *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1951, p.193.

honestidade, lealdade à palavra dada e mantida, qualquer que seja o modo pela qual venha expressa. Esta lealdade representa uma garantia à boa fé contratual, à honorabilidade para o cumprimento da obrigação.¹²

No final da República, no âmbito do *ius gentium* encontra-se o elemento da confiança, o que gera a *causa civilis* (requisito essencial que eleva o simples acordo de vontades ou convenção, à categoria de contrato) e conteúdo à denominada compra e venda consensual: o acordo sobre a mercadoria e o preço tem efeito obrigatório com o simples consentimento entre vendedor e comprador, conforme uma *naturale ratio*, fundamentado e regulado pela *bona fides*.¹³

Tem papel importante no estabelecimento deste consentimento nos negócios jurídicos a *iurisdictio peregrina* (por intermédio do pretor peregrino) na disciplina das relações de comércio entre romanos e estrangeiros (e dos estrangeiros entre si).¹⁴

A partir do século III a.C., portanto, observam-se dois fenômenos completamente novos no Direito Romano: o primeiro, é que assumiram vínculo obrigatório acordos atrelados a institutos arcaicos (v.g., *mancipatio*, *consortium ercto non cito*, *nexum*), mas com fundamento em novas *causae*,¹⁵ e que, em alguns casos, dispensavam qualquer vínculo formal (contanto que baseados em uma causa de particular importância, tipicamente definidos: *emptio venditio*, *locatio-conductio*, *societas*, *mandatum*, *conventio pignoris*); o segundo, é o surgimento dos contratos denominados literais, inicialmente desconhecidos dos romanos, de provável origem grega (*nomina transcripticia*).¹⁶

Quanto à compra e venda consensual, dentre as inúmeras definições na doutrina romanística, salientamos as seguintes:

Segundo P. Bonfante¹⁷, a compra e venda é um contrato consensual bilateral pelo qual um dos contratantes (o vendedor) promete ao outro (o comprador) transferir-lhe para sempre a posse de uma coisa (*merx*, pelo menos se tratando de coisa móvel) e prestar a garantia da própria posse, ou transmitir-lhe qualquer direito, contra a promessa de receber um correspondente em dinheiro (*pretium*).

¹² I.M.Poveda Velasco, *A boa fé na formação dos contratos* cit. (nota 10 supra), pp.36-38.

¹³ S. Schipani, *Derecho Romano – Codificación y Unificación del Derecho – Instituciones*, trad. esp. de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp.82-83.

¹⁴ M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p.582.

¹⁵ Para T. Castro, *Causalidade jurídica no Direito Romano – O título na linguagem jurídica dos romanos: legitimatio, causa, titulus*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol.27, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 7, a palavra *causa* assumia, neste contexto, o conjunto de elementos que entravam na competência dos suportes fáticos das situações jurídicas em geral, ou seja, tinha para os romanos o mesmo significado que hoje, para o jurista, tem a palavra “causa” como fato-tipo gerador de uma obrigação (*causa obligationis*) ou título de um direito real.

¹⁶ A. Corbino, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, G. Giappichelli, 1994, p.74.

¹⁷ *Istituzioni di Diritto Romano*, 10. ed., Torino, G. Giappichelli, 1946, p.483.

Conforme P. Voci¹⁸, a compra e venda (*emptio venditio*) é o contrato pelo qual uma parte (comprador, *emptor*) se obriga a pagar, como preço (*pretium*), certa soma de dinheiro, enquanto a outra (vendedor, *venditor*) se obriga, em troca, a fornecer-lhe uma determinada coisa. Os romanos usavam uma única denominação: ora *emptio*, ora *venditio*, v.g., Ulp. 1 *ad Sab.* D.18,1,2,1¹⁹; Gai. *ad ed. praet. tit. de publ.* D.19,1,19.²⁰ A *res* é também denominada *merx*, estritamente para indicar as coisas móveis.²¹

Para A.Guarino²², a *emptio venditio* era o *contractus* entre *venditor* (vendedor) e *emptor* (comprador) por força do qual surgiam as seguintes obrigações: (a) a obrigação do *venditor* proporcionar ao *emptor* a plena e pacífica disponibilidade de uma coisa (*merx*, mercadoria), ainda que não tivesse adquirido a propriedade pelo usucapião ou de outra forma (direito chamado *habere licere*); (b) a obrigação do *emptor* de transferir, a título correspondente, ao *venditor* a propriedade de um montante de dinheiro (*pretium*, preço).

A obrigação do vendedor pode ser decomposta em vários elementos. Para que possibilite ao comprador o gozo pacífico e duradouro da coisa, é necessário, com efeito: 1º) que lhe entregue a posse; 2º) que lhe garanta contra a evicção, ou seja, que defenda o comprador contra os ataques de terceiros e indenize-o caso a coisa lhe seja judicialmente retirada; 3º) que lhe garanta contra os defeitos ocultos da coisa.

E, finalmente, para V. Arangio-Ruiz²³, a *emptio-venditio* é um contrato consensual e bilateral em virtude do qual uma das partes se obriga a transmitir à outra o uso pacífico de uma coisa, chamada mercadoria, enquanto a outra parte se obriga a transferir à primeira, a propriedade de uma quantia de dinheiro, chamada preço.

Conclui-se, desta forma, que o contrato consensual de compra e venda romano não transferia a propriedade da coisa, diferentemente do Direito Civil Brasileiro, conforme Orlando

¹⁸ *Istituzioni di Diritto Romano* cit. (nota 4 supra), p.442.

¹⁹ *Sine pretio nulla venditio est, non autem pretti numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*. “Não há nenhuma venda sem preço, porém não a entrega do preço, mas a convenção, aperfeiçoa a compra realizada sem escritura”. Tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.I, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.889.

²⁰ *Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur*. “Os antigos utilizavam indistintamente das denominações de compra e venda”. Tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.I, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.940.

²¹ Ulp. 74 *ad ed.*, D.50,16,66: “*Mercis*” *appellatio ad res mobiles tantum pertinet*. “A expressão “mercadoria” refere-se somente às coisas móveis”. Cf. tradução de M.C. Giordani, *O Novo Código Civil à luz do Direito Romano – Parte Geral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p.105.

²² *Istituzioni di Diritto Romano*, 12. ed., Napoli, Jovene, 2004, pp.880 e 891.

²³ *La Compravendita in Diritto Romano*, vol.1, Napoli, Jovene, 1987, p.88. Cf. Gai. 3,139; “Contraí-se a compra e venda havendo acordo sobre o preço, embora ainda não pago, e mesmo sem ter sido dado qualquer sinal; pois o dado como sinal é prova de ter sido contraído compra e venda”. – cf. tradução de A. Corrêa - G. Sciascia, *Manual de Direito Romano* cit. (nota 6 supra), p.193. Ver também Inst. 3,22,2.

Gomes²⁴: “Compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro ou valor fiduciário equivalente. Neste contrato, podem as partes estipular a dispensa da garantia contra a evicção, assim como atenuar e agravar o rigor de seus efeitos. A evicção configura-se com a reunião dos seguintes elementos característicos: (a) privação do direito do adquirente; (b) sentença judicial reconhecendo direito pré-existente; (c) risco anterior à aquisição da coisa”.

O vendedor, por força do contrato de compra e venda romano, fica obrigado a conservar a coisa até o momento de sua entrega ao comprador, assim como a lhe transferir a posse pacífica da coisa (*vacuum possessionem tradere*). Estas duas obrigações são denominadas essenciais porque por elas responde sempre o alienante. A garantia pela evicção, porém, sendo um elemento natural do contrato de compra e venda, mesmo surgindo automaticamente com a sua conclusão, pode ser excluída pela vontade das partes (*pactum de non praestanda evictione*).²⁵

3. Origens da garantia contra a evicção no direito romano

Na antiga venda “a contado”, a garantia contra a evicção se originava diretamente da *mancipatio*, através da *obligatio (actio) auctoritatis*. O *mancipio dans* (alienante) estava obrigado, antes de tudo, em assumir ou, ao menos, em contribuir, na defesa processual do réu em uma possível ação reivindicatória.²⁶

No período pré-clássico, em que o processo civil romano também estava vinculado a determinadas formalidades, na *legis actio sacramento in rem*, autor e réu, acompanhados de parentes e amigos, procuravam o pretor e afirmavam solenemente seu direito de propriedade quanto ao objeto litigioso, tocando-o com uma varinha chamada *festuca*, símbolo da propriedade e domínio. Convidadas ao *sacramentum*, as partes se comprometem solenemente, junto ao magistrado (fase *in iure*), de entregar a soma de quinhentos asses (quando o valor da coisa litigiosa fosse superior a mil asses) ou de cinquenta (quando o valor da coisa fosse menor que mil asses), para os cofres públicos, em caso de perda da demanda. Na fase *apud iudicem*, que é pública e no *Forum*, há o oferecimento de provas pelos litigantes ao juiz (escolhido por acordo entre as partes ou por nomeação do pretor), e este declarará se o *sacramentum* de uma das partes é justo ou injusto, decidindo a questão principal.²⁷

²⁴ *Contratos*, 23. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 96-98;221.

²⁵ I.M.Poveda Velasco, *Obrigações decorrentes da Compra e Venda consensual romana*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol.45, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 60-63.

²⁶ M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano* cit. (nota 14 supra), p.589.

²⁷ G.Ulhoa Cintra, *De Actione Sacramento, Dissertação para concurso à cátedra de Direito Romano*, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1960, pp.221-227. De *sacer* (sagrado) deriva etimologicamente *sacramentum*, que é o depósito feito aos deuses de certa soma, como garantia de boa fé ou da justiça da causa que se propõe.

3.1. *Auctoritas*

A responsabilidade por *auctoritas* é considerada como a primeira forma de responsabilidade por evicção na opinião de Girard²⁸. Os estudos deste romanista ampliaram o conceito desta responsabilidade por *auctoritas* à grande maioria dos casos em que as fontes compilam a palavra *evictio*, considerando-as, portanto, interpoladas neste sentido. Na verdade, a tese de Girard considera a hipótese de Lenel que admite a existência no Edito Perpétuo de uma rubrica denominada *de auctoritate* (§290).²⁹

Certamente a *auctoritas* é um dos conceitos mais arcaicos do Direito romano, assim como um dos que apresentam a mais ampla plurivalência, tanto de natureza privada (*auctoritas tutoris*, *auctoritas eius qui mancipio dat*, *auctoritas patris*, *auctoramentum*) quanto de direito público (*auctoritas patrum*, *auctoritas senatus*, *auctoritas populi*, *auctoritas principis*).³⁰

Auctoritas é qualidade do *auctor*, a aprovação que dá ao ato realizado por outra pessoa. Tratava-se, em suas origens, de um ato relacionado ao *fas* (direito sagrado), que consistia na atribuição de validade ao ato jurídico realizado. A *auctoritas* é proferida pelo auge, servia de fundamento e validava o ato jurídico.³¹

Para um estudo da *auctoritas* como fator gerador da responsabilidade por evicção, fundamental é a análise de alguns passos das Sentenças de Paulo (2,17,1-3):

1. *Venditor, si eius rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius. Aliter enim non potest obligari.*
2. *Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset.*
3. *Res emptae, mancipatione et traditione perfecta, si evincantur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.*³²

Tradução nossa: 1. O vendedor, se não for o proprietário da coisa que vendeu, permanecerá obrigado em virtude da *auctoritas*, pelo preço aceito. Pois não pode obrigarse de outra forma.

²⁸ P.F.Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4^{ed.}, Paris, Arthur Rousseau, 1906, pp.553-554.

²⁹ *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. ed., Leipzig, Aalen, 1974, pp.542-549.

³⁰ Uma interessante pesquisa sobre a *auctoritas* realiza P. Teixeira Pinto, *Auctoritas* in *Estudos de Direito Romano*, vol.2, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, pp. 233-261.

³¹ G.Ulhoa Cintra, *De Actione Sacramento* cit. (nota supra 27), pp.142-144. A palavra *auctor* será, posteriormente, associada a "alienante", pois a *auctoritas* no direito clássico, é garantia contra a evicção.

³² *Pauli Sententiae – Testo e Interpretatio*, in Maria Bianchi Fossati Vanzetti (org.), *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, CXXX, Padova, CEDAM, 1995, p.38.

2. Se a coisa transferida pela simples tradição se tornar evicta, o vendedor deve ser condenado a dar ao comprador o quanto estabeleceu por meio de uma estipulação em virtude da evicção.

3. Se a coisa comprada por meio de uma *mancipatio* ou *traditio* perfeita se tornar evicta, o vendedor está obrigado em até o dobro (do valor da coisa).

Desses passos, verifica-se que o vendedor é passível da *actio auctoritatis* em caso de evicção, desde que recebeu o preço da coisa. O efeito processual derivado da *mancipatio* é que ela gera a *auctoritas* e o *accipiens* evicto pode propor a *actio auctoritatis* contra o *dans*, sendo que o vendedor é responsável pela evicção no duplo do preço da coisa.³³

Em trabalho sobre a *auctoritas*, K.F. Thormann³⁴ discute sobre a autenticidade destes trechos supra mencionados das Sentenças de Paulo e determina que não há uma uniformidade entre eles: o §1º corresponde à opinião sobre a *auctoritas* no direito pós-clássico vulgarizado, o §2º faz menção ao surgimento da *stipulatio* e o §3º faz referência a *auctoritas* no direito pré-clássico ou arcaico, vinculada à *mancipatio*.

Para V. Arangio-Ruiz³⁵, no trecho das Sentenças de Paulo 2,17,3, a expressão *mancipatione et traditione perfecta* parece incorreta, à medida que se observou que a *mancipatio* de um escravo ou de um animal de tiro e carga (*res Mancipi*) não requer o acréscimo de uma *traditio*, e que somente para os imóveis itálicos é necessário o *vacuum possessionem ire iubere*, apenas ocasionalmente comparado a uma *traditio*.

Portanto, a *auctoritas* é uma assistência que o *mancipio dans* oferece ao réu na ação reivindicatória e que deveria ser por este prestada caso um terceiro reivindicasse a coisa. É obrigação do vendedor entregar a coisa livre e desimpedida de qualquer ônus, caso contrário, ele responderia se o verdadeiro proprietário vencesse judicialmente o comprador. No caso da *mancipatio*, a responsabilidade pela evicção era inerente ao ato formal e o adquirente podia, por meio da *actio auctoritatis*, exigir do *mancipio dans* o dobro do preço ajustado no negócio. Pela condenação no duplo, verifica-se que a *actio auctoritatis* é uma ação de natureza penal.³⁶

A obrigação do alienante podia ser garantida pelos *sponsors* e, assim, havia a *satisdatio secundum Mancipium*, que exigia a novação da *obligatio* do *mancipio dans*

³³ A.A.Castro Corrêa, *A Mancipatio, o Nexum e a In Iure Cessio*, São Paulo, Saraiva, 1960, p.61.

³⁴ Auctoritas (*Ein Beitrag zum römischen Kaufsrechte*), in *IURA* 5 (1954), p.16.

³⁵ *La Compravendita* cit. (nota 8 supra), p.319.

³⁶ A.A.Castro Corrêa, *A Mancipatio, o Nexum e a In Iure Cessio* cit. (nota 33 supra), p.48; I.M.Poveda Velasco, *Proteção do Comprador no Direito Romano*, São Paulo, Livraria Paulista, 2002, p.33; V. Arangio-Ruiz, *La Compravendita* cit. (nota 8 supra), p.319.

mediante uma *verborum obligatio*. Em relação à *satisfatio secundum Mancipium* foi, provavelmente, um reforço da responsabilidade pela *auctoritas* na forma de estipulação, para tornar possível uma fiança por *sponsio* (que supõe uma dívida por estipulação como obrigação a garantir), conforme Ulp. 32 *ad ed.* D.21,2,4pr.³⁷

Os indícios da *satisfatio secundum Mancipium* nas fontes romanas não permitem construir, com fundamento convincente, a exata significação da mesma e o papel que exerceu em relação ao problema da responsabilidade por evicção. A menção mais antiga parece ser encontrada em Cícero, *Ad Atticus* 5,1,2, Carta 94: *De Annio Saturnino, curasti probe de satis dando vero, te rogo, quod eris Romae, tu ut satis des; et sunt aliquot satisfationes secundum Mancipium, veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum de Oppio, factum est < ut > volui, et maxime quod [HS] DCCC aperuisti; quae quidem ego utique vel versura facta solvi volo, ne extrema exactio nostrorum nominum expectetur*: “Com relação a Ânio Saturnino, eu aprovo o que você fez. Mas sobre garantias, posso pedir-te para que dês tu mesmo enquanto estiveres em Roma? E há algumas garantias com respeito a venda, e.g., para as propriedades Meniana e Atiliana. Quanto a Ópio, o que foi feito era o que eu desejava, especialmente no que você explicou sobre os 800 (*sestertius*)³⁸. Eu particularmente quero isto pago, mesmo que seja necessário tomar um empréstimo para não ter que esperar que venha o último centavo de meus devedores”.³⁹

Uma especial responsabilidade por evicção, desvinculada da usual por *auctoritas*, parece concretizar-se naqueles casos em que, v.g., o *mancipio dans*, o *auctor*, se ausentasse de Roma. Neste caso, seria preciso garantir com um reforço a responsabilidade por *auctoritas*,⁴⁰ pelo menos contra uma possível evicção, com o chamamento dos vendedores anteriores como fiadores, o que se efetivava pela *satisfatio* ou *repromissio secundum Mancipium*.⁴¹

³⁷ M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, München, 1992, trad. port. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, *Direito Privado Romano*, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1999, p.245.

³⁸ Unidade monetária romana, que valia 2 ½ *asses*. O nome *sestertius* correspondia a duas libras e meia, sendo grafado LLS, ou seja, *Libra Libra Semis* (“libra, libra e meia”). Com o passar do tempo, a grafia foi se corrompendo para IIS e, finalmente, para HS – cf. H.M.F.Madeira - D.R.M.Rodrigues, *Introdução ao Latim Jurídico – Lucerna Iuris*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p.217.

³⁹ Cícero, *Letters to Atticus*, trad. ingl. de D.R. Shackleton Bailey, v.II, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University, 1999, pp.24-25. A. Calonge, *Evicción* cit. (nota 7 supra), p.21.

⁴⁰ Ulp. 32 *ad ed.* D.21,2,37pr.: *Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit, non tamen ut satisfatur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur*. “Convém que o devedor prometa o duplo ao comprador, salvo se convençionar outra coisa, porém não com garantia, se não se afirmasse que assim especialmente se determinou, a não ser que se realize uma promessa recíproca”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.69.

⁴¹ A. Calonge, *Evicción* cit. (nota 7 supra), p.24. Exemplo de fonte epigráfica sobre o tema é a denominada *Formula Baetica* (séc. I – II d.C.), que, além de conter em seu texto uma *mancipatio fiduciae causae*, era, conforme M. Bartosek, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignorizia secondo il Diritto Romano*, in *BIDR* 52 (1948), p.241, um formulário segundo o qual se realizavam contratos particulares entre o credor e o devedor pignoraticio e que provavelmente encontrava-se afixado no estabelecimento de trabalho de muitos notários em Roma. Ver *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani, Pars tertia, Negotia*, ed. V. Arangio-Ruiz, Firenze, Barbèra, 1943, pp.296-297.

3.2. *Stipulatio*

A jurisprudência republicana sistematizou, para a garantia contra a evicção, os contratos formais (*verborum obligationes* ou *stipulatio*) para os casos em que a compra e venda se realizasse mediante a simples *traditio*. Caso o comprador não efetuasse uma *stipulatio* para garantir a responsabilidade do vendedor pela evicção, e se esta ocorresse, ele não dispunha de ação contra o vendedor e ficava desprotegido.⁴²

O contrato formal, portanto, adotado pelo comércio romano como negócio de uso habitual para a constituição de uma relação obrigacional é a *stipulatio*. A solenidade da *stipulatio* consistia em uma interrogação do futuro credor (*stipulator* ou *reus stipulandi*) e na resposta cônica do futuro devedor (*promissor* ou *reus promittendi*).⁴³

Em Paul. 35 *ad ed.*, D.19,4,1pr., o jurista faz alusão às diferentes obrigações do vendedor, dentre as quais a de garantir o comprador por *evictio*, utilizando a expressão *ob evictionem se obligare* (obrigar-se em razão da evicção) que, pode referir-se à garantia prestada por meio da celebração de uma *stipulatio* ou à resultante do próprio contrato de compra e venda. Sublinha, depois, a natureza condicional da obrigação de responder por evicção, ao dizer que o vendedor “não deve nada” se a coisa não for evicta. A *traditio* de *res nec mancipi* efetuada com o escopo de venda não originava, diretamente, a responsabilidade por evicção e o comprador devia garantir-se mediante estipulações expressas: eis a origem das estipulações de garantia, as quais, no âmbito do contrato consensual, efetuavam junto ao vendedor, o cumprimento de *ob evictionem se obligare*.⁴⁴

A garantia pela evicção era decorrente de dois tipos de estipulações especiais acrescentadas ao contrato: *stipulatio duplae*, que tinha a estrutura de uma *stipulatio poenae*, pela qual o vendedor obrigava-se a pagar o dobro (*duplum*) do preço, e a *stipulatio habere licere*, com a qual se garantia que ao comprador fosse consentido (*licere*) continuar com a plena disponibilidade da coisa (*habere*) e que lhe dava direito à restituição apenas do próprio preço do prejuízo sofrido com a evicção.⁴⁵ A *stipulatio duplae* era usa-

⁴² V. Arangio-Ruiz, *La Compravendita* cit. (nota 8 supra), p.310.

⁴³ P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano* cit. (nota 17 supra), pp.463-464. Conforme Pomp. 26 *ad Sab.* D.45,1,5,1: *Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit.* “Mas a estipulação é uma fórmula de palavras com as quais o que é interrogado responde que dará ou fará aquilo pelo qual foi interrogado” – cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.III, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.522; ver também, Gai. 3,92.

⁴⁴ Paul. 35 *ad ed.*, D.19,4,1pr.: [...] *Emptor enim, nisi numos accipiens ficerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet.* [...] “Porque se o comprador não pagar o dinheiro do que recebe, obriga-se em razão da evicção, a entregar a posse e a justificar-se pelo dolo mau; e assim, se a coisa não é objeto de evicção, nada deve”.

⁴⁵ Cf. V. Arangio-Ruiz, *La Compravendita* cit. (nota 8 supra), p.334, quanto ao sentido dos verbos *habere* e *licere* neste contexto da *stipulatio*, *habere* significa o gozo efetivo da coisa e *licere* a imunidade deste gozo aos ataques processuais que tenham por objeto a propriedade ou a posse, tanto total quanto parcial.

da comumente para garantir a venda de *res Mancipi* cuja alienação se processasse sem as formalidades da *mancipatio*⁴⁶, provavelmente no comércio com os peregrinos, e também, na compra de *res nec Mancipi* de elevado valor.⁴⁷

A *stipulatio duplae* foi ainda aplicada na alienação pela *in iure cessio* e pela *traditio*. Se as partes desejassem, era lícito prometer, ao invés do *duplum*, o *simplum*, o *tripulum*, o *quadruplum* (*pecunia*).⁴⁸ A estipulação podia ser realizada obrigatoriamente por pacto adjeto (*pactum adiectum*). A *stipulatio habere licere* era utilizada nos casos de compra e venda de *res nec Mancipi* de valor baixo.⁴⁹

Na hipótese do vendedor não concordar em celebrar estipulação, e não ocorrendo a *mancipatio*, o comprador ficava desprotegido em caso de evicção. No início do período clássico, os pretores (por meio do *ius honorarium* e da necessidade de adaptar o *ius civile* a situações novas) concederam ao comprador a possibilidade de exigir, pela *actio empti*, que o vendedor celebrasse as seguintes estipulações⁵⁰:

– *stipulatio duplae*⁵¹ se se tratasse de coisa de grande valor (ou *res Mancipi* transferida pela *traditio*), sendo esta *stipulatio* sancionada também pela *condictio certae creditae pecuniae*; ou

⁴⁶ Ulp. 2 *disput.* D.10,2,49.

⁴⁷ Ulp. 32 *ad ed.* D.21,2,37,1: *Quod autem diximus, duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contentibile veneat. Per Edictum autem curullium etiam de servo cavere venditor iubetur.* “Mas o que dissemos, de que deve prometer-se o duplo, se entenderá de modo que não lhe compreendamos em relação a todas as coisas, senão àquelas coisas que sejam mais preciosas, por exemplo, se se vendesse uma margarida, ou ornamentos preciosos, ou um vestido de seda, ou alguma outra coisa não depreciável. Mas pelo Edito dos curulis se ordena que o vendedor dê caução também pelo escravo”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.69.

⁴⁸ Paul. 2 *ad ed. aed. curr.* D.21,2,56pr.: *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel tripulum, aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit; non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisfacere debet, qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenit.* “Se se disse ao vender, que se prometa o simples preço, ou se promettesse o triplo ou o quádruplo, poderá exercer-se a ação perpétua pela compra; mas também não deve prestar fiança, pela opinião comum, o que promete o duplo, a não ser que baste a simples promessa, se não houver convencionado outra coisa”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.74.

⁴⁹ F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, trad. esp. de José Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 510-511. Segundo o autor: “As partes recorriam à *stipulatio duplae* quando não realizaram a *mancipatio*, criando, desta forma, uma garantia similar àquela implícita contida na *mancipatio*”.

⁵⁰ Ulp. 32 *ad ed.* D.19,1,11,8; Ulp. 32 *ad ed.* D.21,2,37,2.

⁵¹ Paul 6 *resp.* D.21,2,11,1: *Ex his verbis stipulationis duplae vel simplae, “eum hominem, quo de agitur, noxa esse solutum”, venditorem conveniri non posse propter eas noxas, quae publice coerceri solent.* “Por estas palavras da estipulação do duplo ou do simples preço, “que o escravo de que se trata está isento da responsabilidade da *noxa*”, não pode ser demandado o vendedor por causa daqueles crimes que costumam ser castigados publicamente”; Pomp. 9 *ad Sab.* D.21,2,16,1: *Duplae stipulatio committi dicitur tunc, quum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.* “Afirma-se então, que se incorre na estipulação do duplo, quando se restitui a coisa ao demandante, ou foi condenado na *litis aestimatione*, ou foi absolvido o possuidor demandado pelo comprador”; Paul. 5 *ad Sab.* D.21,2,18: *Sed etsi exceptio omissa sit, aut opposita ea nihil ominis evictus sit, ex duplae quoque stipulatione, vel ex empto potest convenire.* “Mas, ainda que se omitisse a exceção, ou melhor, fosse interposta, e, apesar disto, esta fosse objeto de evicção, pode-se demandar em virtude da estipulação do duplo ou da ação de compra”; Ulp. 32 *ad ed.* D.21,2,37pr. (nota 40 supra). Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, pp. 63-64.

– *stipulatio habere licere* quando o valor da coisa fosse baixo. O vendedor não era obrigado a pagar o dobro do preço, mas a indenizar o comprador pagando-lhe o valor da coisa na época em que se verificou a evicção.

4. Pressupostos para a produção da responsabilidade por evicção no contrato de compra e venda romano

Dentre os principais pressupostos para que surja a responsabilidade por evicção no contrato de compra e venda em Roma estão: a indisponibilidade da coisa para o comprador, ou seja, a inobservância, pelo vendedor, da responsabilidade pela manutenção do *habere licere* para o comprador (neste caso, este teria direito ao *iussum restituendo* ou poderia exigir a *condemnatio pecuniaria*); que a evicção seja judicial e que o comprador, como condição indispensável, notifique o vendedor (*denuntiatio*), procedimento utilizado tanto nas garantias estipulatórias e na *actio empti*, quanto na *actio auctoritatis*, permitindo ao comprador poder agir pela garantia contra a evicção em conjunto com o vendedor.⁵²

A posse do comprador sobre a coisa comprada apenas podia ser qualificada como “pacífica” se ele pudesse gozar dela sem que a mesma fosse reivindicada por um terceiro, mediante a alegação fundada de que lhe competia o *ius in re*. Não bastava que o vendedor se abstinhasse de qualquer dolo; era preciso que o comprador não fosse privado da posse da coisa, em consequência do processo contra ele intentado por um terceiro, que se apresentasse como verdadeiro proprietário, ou como titular de qualquer outro direito que lhe assegurasse ser investido na posse da coisa.⁵³

Na eventualidade do comprador ser privado da posse da coisa comprada, em consequência de condenação proferida na *rei vindicatio*⁵⁴ contra ele intentada, pelo seu verdadeiro *dominus*⁵⁵ ou quando o credor hipotecário investe contra o comprador armado de sua ação Serviana ou hipotecária, a fim de fazer valer a garantia, vitorioso o terceiro, o comprador, apesar de haver pago o preço, se encontra despojado da coisa.⁵⁶

⁵² M. Talamanca, *Vendita (Diritto Romano)*, in *ED 46* (1993), pp. 400-406.

⁵³ V. Londres da Nóbrega, *História e Sistema do Direito Privado Romano*, 2. ed., Rio de Janeiro - São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

⁵⁴ A *rei vindicatio* competia ao *dominus ex iure Quiritium* da coisa, que a intentava quando não fosse possuidor, a fim de que, feita a prova do seu direito, esta coisa, objeto do litígio, lhe fosse restituída – Ulp. 16 *ad ed.* D.6,1,9; Paul. 21 *ad ed.* D.6,1,23pr.

⁵⁵ Pomp. 9 *ad Sab.* D.21,2,16pr.: *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo, quae admodum ea, quae empto fundo nominatim accesserant, si evicta sint, simplum praestatur.* “Se uma coisa vendida fosse objeto de evicção, se exercerá a ação de compra em relação àquilo que acrescentou; assim como se reivindicassem as coisas que expressamente foram acessórias do terreno comprado, se estas se tornassem evictas, responde-se pelo simples preço”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.64.

⁵⁶ E. Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, 6. ed., Rio de Janeiro: Rio, 1977, p.370.

Em algumas hipóteses, está caracterizada a evicção, quando o comprador é vendido em ação (*vindicatio servitutis*, *vindicatio usufructus*, *actio confessoria*, *actio Serviana* ou *pigneraticia in rem*) em que o terceiro prova ser titular de certos direitos reais limitados sobre a coisa vendida e o vendedor é obrigado a garanti-la, por força da compra e venda. Para tal era necessário que o vendedor não tivesse declarado a existência de direitos reais onerosos à propriedade (penhor, usufruto, servidões prediais). Nestes casos, a indenização devia ser proporcional à diminuição do valor da propriedade: no caso de existência de penhor⁵⁷, a indenização era efetuada com base no valor da dívida garantida que, uma vez paga, extinguiu o gravame; no caso de usufruto⁵⁸ pelo valor dos frutos e, no caso de uma servidão, pela avaliação do valor da mesma.⁵⁹

Para que o comprador pudesse obter a condenação do vendedor, era necessário que o tivesse notificado, quando do litígio de que poderia decorrer a evicção, assim, este teria condição de assumir a defesa e evitar qualquer alegação de que a evicção ocorreria por não ter o comprador se defendido convenientemente contra o terceiro.⁶⁰

No direito clássico, esta forma de tornar efetiva a garantia do *mancipio dans* desaparece, e no seu lugar surge, nas fontes, um novo procedimento consistente na nomeação do vendedor, pelo comprador, como *cognitor* ou *procurator in rem suam* para que assumisse a causa e, no caso de sucumbência, suportasse pessoalmente a execução da sentença. Se o vendedor não comparecesse para auxiliar processualmente o comprador (*auctoritate defugere*) ou a defesa por aquele realizada não tivesse êxito (*auctoritatis nomine vinci*) poderia o comprador, pela *actio auctoritatis* (nas vendas realizadas pela *mancipatio*), exigir do vendedor, a título de indenização, o dobro do preço da venda.⁶¹

⁵⁷ Ulp. 15 ad ed. D.20,1,17; Paul. 1 decr. D.20,5,13; Ulp. 2 disp. D.21,2,38; Pap. 11 resp. D.21,2,65pr.; Cels. 24 dig. D.46,3,69 e Paul. 15 quaest. D.46,3,98pr.

⁵⁸ Cels. 27 dig. D.21,2,62,2; Paul. 5 ad Sab. D.21,2,15,1; Pomp. 27 ad Sab. D.21,2,34,2 e Iul. 63 dig. D.21,2,43.

⁵⁹ Ulp. 17 ad ed. D.8,5,2,1; Ner. 6 memb. D.21,2,48. A.De Medio, *La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato, nell diritto romano classico*, in *BIDR* 16 (1904), p.155. A *actio auctoritatis* contra o *mancipio dans*, em virtude da reivindicação de servidão por parte de um terceiro, não era concedida sempre e em qualquer situação. Seguramente, não poderia ser réu desta ação quem não tivesse realizado a *mancipatio* do terreno mencionando este "*ut optimus maximus*" e não tivesse consciência da existência de qualquer servidão que o onerasse.

⁶⁰ Paul. 77 ad ed., D.21,2,53,1: *Si, quum possit emptor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest.* "Se, podendo o comprador notificar ao vendedor, não o fizesse e fosse vencido porque estivesse pouco instruído, por isto mesmo se considera que procedeu com dolo e não pode intentar a ação quanto ao estipulado". Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.García Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Instituta, Digesta*, t.I, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, pp.971-972. Neste sentido, art.456 do Novo Código Civil Brasileiro.

⁶¹ I.M.Poveda Velasco, *Obrigações decorrentes da compra e venda consensual romana* cit. (nota 25 supra), p.62. Conforme a lição de J.C.Moreira Alves, *Direito Romano*, 14ªed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p.438, na *procuratio in rem suam*, "o credor nomeava a pessoa, a quem queria ceder o crédito, seu *cognitor* ou *procurator*, a fim de que esta cobrasse judicialmente do devedor a dívida, e a eximia, desde logo, da obrigação de prestar-lhe contas do desempenho do mandato. Não tendo o *cognitor* ou *procurator* que prestar contas do débito cobrado, atingia-se, assim, indiretamente, a cessão do crédito".

Em caso de sucumbência⁶², o comprador, por meio da *actio ex stipulatu*⁶³, poderia conseguir do alienante o dobro do preço, se a estipulação fosse *duplae*, ou o simples valor da coisa, se ela fosse *habere licere*.⁶⁴

Além das ações, o comprador pode também, em certos casos, garantir-se mediante uma exceção (*exceptio*). Assim, o vendedor da coisa alheia, convertido em proprietário após a entrega, exerce a *rei vindicatio* contra o comprador. Este pode repelir a ação do vendedor pela exceção de dolo⁶⁵ ou pela *exceptio rei venditae et traditae*.⁶⁶ Portanto, quem deve garantir não pode despojar.⁶⁷

No Direito Civil Brasileiro, com a influência direta das fontes jurídicas romanas, conforme a lição de A. Villaça Azevedo⁶⁸, para que ocorra a evicção, devem ocorrer cinco requisitos: (a) que exista vício no direito do alienante; (b) que isso ocorra em contrato oneroso; (c) que se verifique a perda da posse ou do domínio do objeto alienado; (d) que esse vício ou defeito seja anterior ao contrato; e (e) que essa perda da posse ou domínio seja decretada judicialmente.⁶⁹

⁶² Alex., C.8,45,8 (222 d.C.): *Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denunciaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussorem eius habet. Sed et si iudicio emptor non adfuit, aut praesens per iniuriam iudicis victus est, absente auctore vel fideiussore, regressum adversus eum non habet.* “O comprador de um imóvel não tem, ocorrendo a evicção de um prédio, nem a ação pelo estipulado, nem a do duplo, nem a de compra contra o vendedor ou contra o fiador deste, se não tiver dado ciência ao vendedor ou ao herdeiro deste. Mas se o comprador não compareceu em juízo ou, se estando presente foi vencido por injustiça do juiz, estando ausente o vendedor ou o fiador, tampouco tem ação de regresso contra este”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Código, t.V, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.377.

⁶³ Gai.4,136-137.

⁶⁴ V. Scialoja, *L'actio ex stipulatu in casu di evizione parziale* cit. (nota 5 supra), pp.185-186.

⁶⁵ Ulp. 29 ad Sab. D.21,2,17; Paul. 2 ad Ed. Aed. curr. D.21,2,35: *Evictus autem a creditore tunc videtur, quum fere spes habendi abscessa est. Ita que si Serviana actione evictus sit, committitur quidem stipulatio, sed quoniam soluta a debitorum pecunia potest servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.* “Mas então, se considera que ocorre a evicção do escravo para o credor, quando quase se acabou com a esperança de tê-lo. E assim, se ocorresse a evicção pela ação Serviana, incorre-se certamente na estipulação; porém, pago o dinheiro pelo devedor, pode ter o escravo, se liberado o penhor, fosse demandado o vendedor, poderá utilizar a exceção de dolo”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Digesta, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.68.

⁶⁶ Ulp. 76 ad ed. D.21,3,1pr.: *Marcellus scribit, si alienum fundum venderis, et tuum postea factum petas, hac exceptione [rei venditae et traditae] recte repellendum.* “Marcelo escreve, que se venderes um terreno alheio, e tornado posteriormente seu, o reivindicar, com razão serás repellido com esta exceção [da coisa vendida e entregue]”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Digesta, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.81.

⁶⁷ E.H.J. Petit, *Traité Élémentaire du Droit Romain*, trad. port. de Jorge Luis Custódio Porto, *Tratado Elementar de Direito Romano*, Campinas, Russell, 2003, p.524. Conforme M. Kaser, *Römisches Privatrecht* cit. (nota 37 supra), p.139, “Se o alienante, que fez a simples *traditio* da sua *res Mancipi* e assim continuou a ser proprietário quirritário, reclamar posteriormente a coisa mediante a *rei vindicatio*, o pretor concede ao adquirente demandado uma exceção (defesa processual), a *exceptio rei venditae et traditae* ou a *exceptio doli*. O pretor torna-o assim mais forte do que o proprietário quirritário”.

⁶⁸ Evicção in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol.34, São Paulo, Saraiva, 1977, pp.261-262.

⁶⁹ Cf. E.H.J. Petit, *Traité Élémentaire du Droit Romain*, cit. (nota 67 supra), p.524: “Para que se incorra em pena, é preciso que haja evicção no sentido próprio da palavra, ou seja, que o comprador tenha sido derrotado num pleito, *evictus*; que uma sentença judicial tenha consagrado em seu detrimento o direito de um terceiro, e lhe prive da coisa vendida, ou de seu valor, se foi condenado a pagar a avaliação”.

No mesmo sentido, a lição de S. Rodrigues⁷⁰: “A evicção na compra e venda verifica-se quando o comprador de uma mercadoria (bem móvel ou imóvel) se vê total ou parcialmente privado da mesma, em virtude de sentença judicial que a atribui a terceiro, seu verdadeiro dono. Para que a responsabilidade pela evicção se configure é mister que o contrato donde provém o direito do evicto tenha sido feito a título oneroso, e ainda que a evicção derive da sentença judicial, proferida em processo em que o alienante tenha ampla participação, por haver sido chamado à autoria”.

5. *Pactum de non praestanda evictione*

A jurisprudência clássica entendeu que a responsabilidade por evicção era um elemento natural do contrato, da qual o vendedor somente poderia se eximir se expressamente o pactuasse (*pactum de non praestanda evictione*) ou, em casos especiais, pela lei.⁷¹

Na compra e venda, a evicção é uma regra dispositiva, pois, por acordo expresso, as partes podem excluir essa responsabilidade do vendedor.⁷²

Mesma posição mantém o Direito Civil Brasileiro, pois só se excluirá a responsabilidade do vendedor se houver cláusula expressa, o denominado *pactum de non praestanda evictione*.⁷³ Podem convencionar as partes contratantes, vendedor e comprador, que o vendedor fique dispensado da prestação da garantia; a estipulação é válida, mas tem de traduzir-se em termos explícitos, categóricos, expressos, sendo inadmissível cláusula tácita de não-garantia, conforme o disposto no art. 448 do Código Civil de 2002 (art.1.107 do Código de 1916).

No Direito Romano Clássico, apesar do *pactum de non praestanda evictione*, o vendedor estava sempre obrigado pelo seu comportamento doloso, v.g., no caso de venda consciente de coisa alheia a um comprador de boa-fé.⁷⁴ A ineficácia do pacto de não prestar a evicção, neste caso, depende da convenção “*ne dolo praestando*”, conforme o disposto em Ulp. 29 *ad Sab. D.50,17,23*: “(...) *legem enim contractus dedit: excepto eo, quod Celsus*

⁷⁰ *Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, 30ªed., vol.3, São Paulo, Saraiva, 2006, pp.113-118.

⁷¹ *Diocl. et Max.*, C.8,45,27 (de 294-295 d.C.): *Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, nec quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur.* “Se Atenócles comprou um terreno sabendo que era alheio ou que estava onerado, e não se convencionou nada sobre a evicção, reclama contra a razão do direito o que deu por tal motivo. Porque se o ignorava, a disposição do direito se opõe à tua pretensão ao negar-te que se devolva aquilo”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Código*, t.V, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.381; Trif. 8 *Disput. D.20,5,12,1*.

⁷² T. Marky, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p.16.

⁷³ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 2ª parte*, vol.5, 34ªed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp.56-57.

⁷⁴ A. De Medio, *Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in *BIDR* 16 (1904), p.8.

*putat non valere, si convenerit ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur.(...)*⁷⁵ No caso em que o comprador tinha a consciência de comprar uma coisa alheia, que não era do vendedor, e se este também tivesse a mesma consciência de vender coisa alheia, não poderia ser demandado com a *actio empti* em razão de seu dolo.⁷⁶

6. Aplicação da *actio empti* para os casos de evicção

No tempo do Imperador Trajano (98-117 d.C.) a jurisprudência clássica admitiu a possibilidade de se exigir a responsabilidade por evicção pela própria *actio empti* (já não usada para obrigar o alienante a celebrar estipulação), ficando o vendedor obrigado a ressarcir o prejuízo decorrente dela.⁷⁷

A *actio empti* por ser uma *bonae fidei iudicium*⁷⁸ permitia ao *iudex* levar em consideração tudo aquilo que a boa-fé exigisse quanto ao cumprimento das obrigações do vendedor (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*). O vendedor era condenado no *id quod interest*⁷⁹ (aquilo que interessa), ou seja, no interesse que o comprador tinha de que o contrato produzisse plenamente os seus efeitos.

A *actio empti* permitia que o comprador obtivesse uma indenização correspondente ao prejuízo causado, considerando-se o valor da coisa no dia julgamento. Além disso, o comprador evicto devia exigir o reembolso das benfeitorias necessárias e úteis (*impensae*) ao proprietário reivindicante, exceto as voluptuárias (as de mero deleite ou luxo).⁸⁰

⁷⁵ Tradução cf. R. Limongi França, *Brocardos Jurídicos – As Regras de Justiniano*, 2ªed., São Paulo, RT, 1969, pp.58-59: “(...) pois assim foi dada a lei do contrato, exceto naquilo, que Celso assevera não valer, se se convencionar a irresponsabilidade pelo dolo; tal, na verdade, é contrário ao espírito da boa-fé e desse modo o consideramos(...)”. Portanto, é uma regra pertencente ao denominado direito cogente (*ius cogens*). Segundo a lição de T. Marky, *Curso Elementar de Direito Romano* cit. (nota 72 supra), p.16: “Cogente é a regra que é absoluta e cuja aplicação não pode depender das partes interessadas. Tem que ser obedecida fielmente; as partes não podem excluí-la, nem modificá-la. Neste sentido os romanos diziam: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Pap. 2 *quaest.* D.2,14,38): o direito público não pode ser alterado por acordo entre particulares”.

⁷⁶ A. De Medio, *Il patto di non praestare l'evizione* cit. (nota 73 supra), p.57.

⁷⁷ Ulp. 32 *ad Ed.* D.19,1,11,8: *Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere, ab omnibus receptum ait, et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio*. “Afirma o mesmo Nerácio, que ainda que vendesse um escravo alheio, está admitido por todos, que deves responder de que está livre de ter cometido furto e ocasionado dano, e que há ação de compra para que se dê caução de que seja lícito ao comprador tê-lo e também para que lhe entregue a posse”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Instituta, Digesta*, t.I, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.933.

⁷⁸ Gai.4,62.

⁷⁹ Paul. 5 *quaest.* D.21,2,70: *Evicta re ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest, competit; ergo et si minoris esse coepit, damnum emptoris erit*. “Ocorrida a evicção da coisa, compete ação para receber não somente o preço, mas também aquilo que interessa; logo também se a coisa comprada chegou a valer menos, o prejuízo será do comprador”. Cf. tradução de nossa lavra baseada naquela espanhola de I.L.Garcia Del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Digesta*, t.II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, p.79. Ver também, *Diocl. et Max.*, C.8,44,23 (de 293 d.C.).

⁸⁰ E. Albertario, *Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla res evicta*, in *Studi di Diritto Romano, Obligationi*, vol.3, Milano, Giuffrè, 1936, p.487. Vide arts. 453 e 454 do Novo Código Civil Brasileiro.

A *actio empti* também poderia ser utilizada mesmo antes de ser produzida a evicção, nos casos de dolo do vendedor, caracterizado pela venda de uma coisa alheia, sem o conhecimento do comprador.⁸¹

Portanto, no período clássico, em caso de evicção, ocorria uma das três hipóteses:

– comprador e vendedor celebraram a *mancipatio*, e no caso, aquele teria à sua disposição a *actio auctoritatis*;

– ambos celebraram, separadamente à compra e venda, uma *stipulatio duplae* ou uma *stipulatio habere licere*, e o comprador utilizava a *actio ex stipulato* que surgia deste contrato verbal; e

– na ausência de *mancipatio*, de *stipulatio duplae* ou de *stipulatio habere licere*, a garantia do comprador era assegurada pela *actio empti*, fundamentada exatamente no contrato consensual de compra e venda.⁸²

No direito justiniano, deixa de existir a *actio auctoritatis* em decorrência do desaparecimento da *mancipatio* e a *stipulatio habere licere* não tem mais aplicação⁸³ porque, pela simples *actio empti*, o comprador atinge o mesmo resultado: ressarcimento (simples) do prejuízo decorrente da evicção. Há possibilidade ao comprador, neste período, de utilizar-se de duas ações: a resultante da *stipulatio duplae*, quando o vendedor celebrava espontaneamente, ou quando o comprador lhe havia compelido a isso, para obtenção do dobro do valor da coisa; e a *actio empti*, quando não se celebrava a *stipulatio duplae*, para a obtenção apenas do ressarcimento do prejuízo sofrido.⁸⁴

7. Fontes jurídicas e literárias

Cícero, *Letters to Atticus*, trad. ingl. de D.R. Shackleton Bailey, v.2, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University, 1999.

Cuerpo del Derecho Civil Romano, Instituta, Digesta, Código, trad. esp. de Garcia del Corral, D. Ildefonso L., t.I a V, Barcelona, Jaime Molinas, 1892.

⁸¹ Pomp. 9 *ad Sab.* D.19,1,6,9; Ulp. 32 *ad Ed.* D.19,1,11,15 e Afr. 8 *Quaest.* D.19,1,30,1.

⁸² J. Arias Ramos, *Derecho Romano – Obligaciones (fuentes, garantía, cesión y extinción), Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, vol.2, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1940, p.101.

⁸³ A.De Medio, *La responsabilidad del venditore* cit. (nota 59 supra), p.159.

⁸⁴ I.M.Poveda Velasco, *Obrigações decorrentes da Compra e Venda consensual romana* cit. (nota 25 supra), p.62.

Fontes Iuris Romani Anteiustiniani, Pars tertia, Negotia, ed. V.Arangio-Ruiz, Firenze, Barbèra, 1943.

Pauli Sententiae – Testo e Interpretatio in Maria Bianchi Fossati Vanzetti (org.), *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, CXXX, Padova, CEDAM, 1995.

8. Bibliografia

ALBERTARIO, Emilio. *Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla res evicta*, in *Studi di Diritto Romano, Obbligazioni*, vol. 3, Milano: Giuffrè, 1936.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in Diritto Romano*, vol. 1, Napoli: Jovene, 1987.

_____. *La compravendita in Diritto Romano*, vol. 2, Napoli: Jovene, 1954.

ARIAS RAMOS, José. *Derecho Romano – Obligaciones (fuentes, garantía, cesión y extinción), Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*. Madrid, vol .2, 4. ed., Revista de Derecho Privado, 1940.

BARTOSEK, Milan. *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratzia secondo il Diritto Romano*, in *BIDR* 52 (1948).

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*, 10. ed., Torino: G. Giappichelli, 1946.

CALONGE, Alfredo. *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho Romano clásico*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1968.

CASTRO, Torquato. *Causalidade jurídica no Direito Romano – O título na linguagem jurídica dos romanos: legitimatio, causa, titulus* in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 27, São Paulo, RT, 1984.

CASTRO CORRÊA, Alexandre Augusto de. *A mancipatio, o nexum e a in iure cessio*, São Paulo: Saraiva, 1960.

CÉSAR DA SILVEIRA, Valdemar. *Dicionário de Direito Romano*, vol.1, São Paulo: José Bushatsky, 1957.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*, 6. ed., Rio de Janeiro: Rio, 1977.

CORBINO, Alessandro. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino: G. Giappichelli, 1994.

CÔRREA, Alexandre; Sciascia, Gaetano. *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1949.

_____. *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1951.

DE MEDIO, Alfredo. *Il patto di non praestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in *BIDR* 16 (1904).

_____. *La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato, nell diritto romano classico*, in *BIDR* 16 (1904).

GIORDANI, Mário Curtis. *O Novo Código Civil à Luz do Direito Romano – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4. ed., Paris: Arthur Rousseau, 1906.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUARINO, Antonio. *Istituzioni di Diritto Romano*, 12. ed., Napoli: Jovene, 2001.

KASER, Max. *Römisches Privatrecht*, München, 1992, trad. port. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, *Direito Privado Romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LENEL, Otto. *Das Edictum Perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. ed., Leipzig: Aalen, 1974.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Brocardos Jurídicos – As Regras de Justiniano*, 2. ed., São Paulo: RT, 1969.

LONDRES DA NÓBREGA, Vandick. *História e Sistema de Direito Privado Romano*, 2. ed., Rio de Janeiro - São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

MADEIRA, Hélcio Maciel França; Rodrigues, Dárcio Roberto Martins. *Introdução ao Latim Jurídico – Lucerna Iuris*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2003.

- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- POVEDA VELASCO, Ignacio M. A Boa-Fé na Formação dos Contratos (Direito Romano), in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 61, São Paulo, RT, 1992.
- _____. Obrigações decorrentes da Compra e Venda Consensual Romana, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol.45, São Paulo, RT, 1988.
- _____. *Proteção do Comprador no Direito Romano*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- RICCA-BARBERIS, Mario. *L'evizione obbligo-limite del venditore romano*, in *Studi in Onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, v.2, Milano, Fratelli Treves, 1930.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, 30. ed., vol.3, São Paulo: Saraiva, 2006.
- SCHIPANI, Sandro. *Derecho Romano – Codificacion y Unificacion del Derecho – Instituciones*, trad. esp. de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1983.
- SCHULZ, Fritz. *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, trad. esp. de José Santa Cruz Teigeiro, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona: Bosch, 1960.
- SCIALOJA, Vittorio. *L'actio ex stipulatu in caso di evizione parziale e la L.64 D. De Evictionibus 21,2* in *Studi Giuridici*, vol.1, Prima Parte, Anonima Romana, 1938.
- TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*, Milão: Giuffrè, 1990.
- _____. *Vendita (Diritto Romano)*, in *ED 46* (1993).
- TEIXEIRA PINTO, Paulo. *Auctoritas in Estudos de Direito Romano*, vol.2, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.
- THORMANN, Karl Friedrich. *Auctoritas (Ein Beitrag zum römischen Kaufsrechte)*, in *IURA 5* (1954).
- ULHOA CINTRA, Geraldo de. *De Actione Sacramento, Dissertação para concurso à cátedra de Direito Romano*, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1960.
- VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Evicção*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol.34, São Paulo: Saraiva, 1977.
- VOCI, Pasquale. *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano: Giuffrè, 2004.