

DOS RISCOS PELA PERDA FORTUITA DA COISA VENDIDA NO DIREITO ROMANO

Eduardo César Silveira Vita Marchi

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Escopo do estudo é o de apresentar uma reconstrução da temática, presente na compra e venda romana («emptio venditio»), relativa aos riscos derivados da perda fortuita da coisa vendida – «periculum rei venditae».

Procedeu-se ao aprofundamento deste problema, examinando-se as teorias do «desfazimento» («Entäußerungstheorie») de Windscheid, a teoria da culpa («Verschuldentheorie») de Jhering, a tese contrária («periculum est venditoris») de Haymann e sequazes, e a «communis opinio» atual, fundada na teoria da custódia e da compra e venda «perfecta».

Abstract:

The objective of the present essay is to arouse a reconstruction of the theme, inserted in the roman sale («emptio venditio»), relative to the risk that the object of the sale might accidentally perish – «periculum rei venditae».

This problem was analyzed thoroughly, examining the theories of the «abolishment» («Entäußerungstheorie») by Windscheid, the theory of fault («Verschuldentheorie») by Jhering, the opposed theory («periculum est venditoris») by Haymann and supporters, and the current «communis opinio», based on the theory of custody («custodia») and the theory of the perfect sale («perfecta venditio»).

Unitermos: compra e venda romana; coisa vendida; teoria da custódia.

I. Aspectos Introdutórios

Os riscos pela perda fortuita da coisa vendida antes de sua entrega – *periculum rei venditae* –, ou seja, os prejuízos decorrentes do seu perecimento antes da *traditio*, por caso fortuito ou de força maior, vale dizer, sem culpa de qualquer das

partes, são, como se sabe, atribuídos em nosso ordenamento ao vendedor – *periculum est venditoris*.

O art. 1.127 do Código Civil brasileiro, de fato, tratando deste tema, dispõe expressamente que “*até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador*”

Tal dispositivo é subsidiado pelo art. 865 do mesmo diploma legal. Este, em sua primeira parte, cuidando do problema fora da *sedes materiae* (relativa à compra e venda), ao cuidar das obrigações de dar coisa certa, assevera que caso “*a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes*”

Adotou-se, portanto, em nosso ordenamento – como bem anotado por Knütel¹ –, a solução chamada “germânica”, na qual, em tema de *periculum rei venditae*, papel fundamental é exercido pela *traditio*: o comprador deve suportar os riscos pela perda fortuita somente *a partir do momento da entrega* da coisa vendida.

Neste sentido, o “Bürgerliches Gesetzbuch” alemão – o famoso BGB –, regulando a questão especialmente em seu § 446 I 1, atribui ao vendedor, como regra geral, o *periculum* pelo perecimento acidental ou deterioração casual enquanto não entregue a coisa vendida ao comprador: “*Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache*”²

Solução diametralmente oposta parece adotar o Direito Romano – ao menos o Justinaneu –, constituindo-se esta, aliás, em uma das (poucas e) mais relevantes diferenças entre aquele ordenamento e o atual sistema alemão e o das modernas codificações nascidas sob a influência deste último, como é o caso do Código Civil pátrio.

1. Augusto Teixeira de Freitas e il “*periculum*” nella compravendita, in Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, Padova, 1988, pp. 489.

2. Bastaria, para a transmissão dos riscos, a simples “*Übergabe*” ou entrega, não sendo necessária, para a incidência da regra, nem mesmo a transferência efetiva da *propriedade*: valeria aquela norma, portanto, como já acentuava Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht. II “Periculum est emptoris”* in ZSS (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*) 41 (1920), p. 149, também nos casos de *posse* ou apenas de *detenção*.

A regra geral refere-se especialmene às coisas móveis.

Em relação aos imóveis e aos navios, os riscos, segundo o mesmo § 446 II, são atribuídos ao comprador já partir do registro no “Grundbuch” Os §§ 324 II e 447, por fim, estabelecem as exceções concernentes aos casos de “*Versendungskauf*”, a venda epistular ou por correspondência, e de “*Annahmeverzug*”, isto é, a mora de aceitação do comprador verificada no momento da perda fortuita da coisa vendida.

No *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, aparentemente como princípio geral, é o comprador a ter de suportar, desde o momento da simples celebração do contrato consensual da *emptio venditio*, os riscos pelo perecimento casual da coisa vendida: *periculum³ est emptoris*.

Portanto, perecendo a coisa vendida, por caso fortuito ou de força maior, o vendedor poderia exigir o pagamento do preço, mesmo sem entregar a *merx* – esta, aliás, já desaparecida.

Este princípio, presente na compilação justinianéia, sempre despertou grande perplexidade dentre os intérpretes modernos, dada a sua aparente iniquidade, ao penalizar o comprador mesmo estando ele ainda desprovido da posse e guarda da coisa adquirida.

Por isto mesmo, desde sempre, procuraram e procuram os romanistas oferecer justificativas para explicar o porquê da aparente adoção, pelo Direito Romano, do princípio *periculum est emptoris*.

II. Tentativas de Justificação do Princípio “*Periculum est Emptoris*”

Não são poucas as tentativas de delinear uma justificação, ou, com outros termos, os fundamentos de direito – “*Rechtsgrund*” – para o (suposto) acolhimento do princípio *periculum est emptoris* pelo direito romano (ao menos, do período clássico).

No passado, as duas principais teorias sobre este tema foram apresentadas por Windscheid e Jhering.

São elas conhecidas, respectivamente, pelos nomes de “*Entäußerungstheorie*” e “*Verschuldentheorie*”

II.1. Teoria do “*desfazimento*” da compra e venda romana _ “*Entäußerungstheorie*” – (*Windscheid*)

O fundamento do princípio *periculum est emptoris*, na visão de Windscheid, residiria na “*Entäußerungsnatur des Kaufs*”, ou seja, na natureza de “*desfazimento*” da compra e venda romana, por meio da qual concebia-se, no âmbito

3. O vocábulo *periculum*, apesar de empregado como sinônimo de *rischio* em geral, não apresenta nas fontes jurídicas romanas _ ao contrário que na dogmática moderna – um significado unívoco.

A determinação do exato sentido do termo *periculum* nas fontes constitui-se, por isto mesmo, em um dos pontos cruciais e de maior dificuldade nas pesquisas em tema de *periculum rei venditae*. Sobre isto, cf. em especial Miquel, “*Periculum locatoris*” in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 81 (1964), pp. 134 c ss.

restrito da relação entre vendedor e comprador, que a coisa vendida passasse, mesmo sem a *traditio*, imediatamente do patrimônio do primeiro para o do segundo⁴

Em outros termos, ainda que o comprador não fosse ainda legalmente o proprietário da *merx*, esta, com a celebração do contrato, já passaria a integrar o seu patrimônio.

A partir desta teoria de Windscheid, em desenvolvimento ulterior, passou-se pouco a pouco à idéia de que o comprador, mesmo antes da efetiva transmissão da coisa, fosse, de uma maneira ou de outra, já em certo sentido considerado *dominus* – e, daí, *casum sentit dominus* (os riscos cabem ao proprietário).

Esta vertente, em tempos atuais, foi retomada por Peters⁵ e especialmente por Ernst⁶

A atribuição dos riscos ao comprador, tão logo celebrado o contrato, decorreria, nas palavras de Ernst, da visão ou modo bastante elementar com a qual os clássicos provavelmente concebiam a compra e venda: ajustado o acordo, acolhia-se, no pensamento das partes, a idéia de que a coisa imediatamente devesse passar a pertencer ao comprador.

A concepção da compra e venda como negócio produtivo apenas de uma “obrigação” de transferência futura da coisa vendida seria, segundo Ernst, estranha ao Direito Romano clássico.

No âmbito, pois, das relações entre vendedor e comprador, concebia-se, com grande naturalidade, que a partir do surgimento do ajuste como negócio jurídico válido, a coisa, em certo sentido, já “pertencesse” ao comprador.

4. Cf. Windscheid-Kipp, *Pandektenrecht* II, 9ª ed., 1906, § 390, n. 2a e 3: “*Der Grund dieses Satzes ist die Entäußerungs-natur des Kaufs, welche zu der Auffassung geführt hat, daß die Kaufsache, was das Verhältnis zwischen den Parteien angeht, auch ohne Tradition aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen ist*”.

Na verdade, segundo Ernst, “*Periculum est emptoris*” in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 99 (1982), pp. 243 e ss., e KASER, *Das römische Privatrecht I - Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a.ed., München, 1971, p. 552, teria sido Pernice, *Labeo* I, 1873, pp. 463 ss., o primeiro a expor uma tal idéia.

5. *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 96 (1979), pp. 173 ss. No entendimento de Peters, acolhendo, como se disse, idéia análoga à de WINDSCHEID, o próprio contrato de compra e venda já transmitiria a propriedade da coisa ao comprador, contanto que o mesmo fosse completado pela *traditio*.

6. *Op. cit. (nota 4 supra)*, pp. 243 e ss.

Daí, então, como corolário, não só a adoção da regra *periculum est emptoris*, como também a atribuição da responsabilidade por custódia ao vendedor, a sua obrigação de restituição dos frutos produzidos ao comprador, e o ônus deste último pelos gastos de conservação da coisa até a efetiva entrega.

Poder-se-ia até mesmo dizer, em certo sentido, segundo Ernst⁷ que o comprador, do mesmo modo como no moderno direito francês e italiano, adquiriria a coisa já com fundamento no simples contrato, e não, portanto, apenas posteriormente, com base numa ulterior *traditio* ou *mancipatio*.

Quanto às conseqüências jurídicas, seria, pois, insignificante para o problema da atribuição dos riscos na compra e venda, o fato de ter ou não ocorrido a *traditio*.

O princípio *periculum est emptoris*, assim sendo, não estaria nem mesmo em contradição com o adágio *res perit domino*, como sustentado por De Zulueta⁸, já que, quando do perecimento da coisa, o comprador, como se disse, já seria *dominus*, mesmo ainda não tendo se verificado uma efetiva entrega.

“*Dominus*” no entanto – especifica Ernst –, deveria aqui ser entendido não como “proprietário” no sentido técnico-jurídico do direito das coisas, mas como “dono patrimonial”⁹

Os princípios *res perit domino* e *periculum est emptoris* estariam, assim, pelo contrário, em perfeita harmonia. Poder-se-ia até mesmo supor que o primeiro encontraria uma de suas manifestações (ou expressões) no segundo.

No âmbito da relação entre as partes, já exatamente a partir da “perfeição” da compra e venda, o comprador passaria, pois, a ser considerado como “*dominus*”

7. *Op. cit. (nota 4 supra)*, p. 244: “So kann man in gewissem Sinne sagen, daß der Käufer die Sache bereits aufgrund des Kaufvertrages erwirbt, nicht erst aufgrund einer nachfolgenden *traditio* oder *mancipatio*”

8. Cf. *The Roman Law of Sale*, Oxford, Clarendon Press, 1949 (reimpr. 1ª cd. 1945), p. 34: “In a system which, like the Roman, defers the passing of property till conveyance, *periculum emptoris* offends against the principle *res perit domino*,...”.

Em outros termos: celebrado o contrato e ainda não entregue a coisa vendida (ou seja, restando a mesma com o vendedor-proprietário), o prejuízo, em caso de perecimento, deveria caber, com base no princípio *res perit domino*, ao vendedor, e não ao comprador.

9. *Op. cit. (nota 4 supra)*, p. 245: “Der Untergang der Kaufsache trifft aber, wenn man so will, gerade den *dominus*; zwar nicht den Eigentümer im sachenrechtlichen Sinne, aber doch den Vermögensherrn, da im Verhältnis zum Verkäufer die Sache schon aufgrund des Kaufvertrages im Vermögen des Käufers steht”.

A necessidade de uma posterior efetiva transferência da propriedade da coisa (em sentido técnico-jurídico dos direitos reais) serviria unicamente, conclui Ernst, para proporcionar efeitos jurídicos contra terceiros¹⁰

II.2. Teoria da culpa – “*Verschuldentheorie*” – (Jhering)

A compra e venda romana, nas palavras de Jhering¹¹ geraria o efeito, por assim dizer, de “amarrar as mãos” do vendedor: “...sozusagen die Hände, indem er ihn nämlich verpflichtet, die Sache dem Käufer liegen zu lassen, ihn damit also der Möglichkeit beraubt, durch anderweitige Dispositionen über die Sache den Zufall von sich abzuwehren”

O vendedor, neste sentido, se obrigaria a deixar a coisa vendida à disposição do comprador, privando-se de poder fazer valer qualquer direito sobre a mesma.

Por sua vez, o comprador, na grande maioria dos casos, incidiria em culpa (“*Schuld*”) pelo não cumprimento imediato da prestação e contraprestação.

A partir destas afirmações de Jhering – e, em especial da última, relativa à culpa do comprador –, passou-se a conceber, dentre os seguidores desta teoria, que o fundamento jurídico do princípio *periculum est emptoris* residiria na *falta de retirada tempestiva* (“*Nichtabholung*”) da coisa vendida por parte do comprador.

Se a *merx* tivesse sido retirada em tempo, o comprador, quando do perecimento fortuito, seria já seu proprietário, o que justificaria, em face do princípio *res perit domino*, a atribuição dos riscos ao *emptor*.

Neste sentido, a “*Verschuldentheorie*” se baseia numa ficção: admitir-se como transferido o *dominium* ainda que não atuado qualquer modo legal de aquisição do direito de propriedade – ou seja, por força de uma aquisição de fato não realizada.

Poder-se-ia dizer que o fundamento do princípio *periculum est emptoris* residiria, em conclusão, na mora da retirada da *merx* por culpa do comprador.

10. Dentro de um tal quadro reconstutivo, aliás, completa Ernst, a *exceptio rei venditae et traditae* encontraria naturalmente o seu lugar: apesar de o comprador, a quem fosse uma *res mancipi* transferida pela simples tradição, não ser considerado formalmente seu legítimo proprietário, seria vetado ao vendedor fazer valer sua posição de dono contra o adquirente.

11. *Gesammelte Aufsätze aus dem Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* I, Aalen, 1981 (reimpr. ed. Jena 1881), pp. 291-326.

A partir destas idéias postas à luz pelos partidários da “Verschuldentheorie”, de Jhering, desenvolveram-se ulteriores tentativas de justificação do princípio *periculum est emptoris*, dentre as quais as de Seckel-Levy e a de Beseler.

A dos primeiros partia do corolário, derivado daquelas idéias, de que a não retirada (“Abholung”) tempestiva da coisa vendida por parte do comprador dependeria, evidentemente, da possibilidade de estar a mesma à disposição para ser entregue. Daí, por conseqüência, a tentativa de Seckel-Levy no sentido de provar ser pressuposto do princípio *periculum est emptoris* a exigência de “retirabilidade”(“Abholbarkeit”) da coisa.

Já Beseler partia de uma conseqüência ou efeito não anteriormente previstos pelos partidários da “Verschulden-theorie”: a rigor, aplicando-se tal teoria, enquanto o comprador não incidisse em mora na retirada, os riscos pelo perecimento da coisa não lhe seriam transmitidos, permanecendo a correr por conta do vendedor.

Nos fragmentos em que se atribuem os riscos ao comprador (*periculum est emptoris*), entendia Beseler pressuposta a inserção “*se por culpa do comprador não tiver a coisa ainda sido retirada*”) (“...*si per emptorem stat, quominus res vendita ei tradatur*”).

Analisadas com atenção as afirmações das duas teorias de Windscheid e Jhering acima examinadas, dever-se-ia necessariamente concluir, acompanhando Ernst¹², não haver divergências fundamentais entre elas.

Aqueles autores, ao falarem, respectivamente, de “Entäußerung” da coisa em favor do comprador, ou da obrigação do devedor de deixar a coisa à disposição do comprador (“...indem er ihn nämlich verpflichtet, die Sache dem Käufer liegen zu lassen”), estariam dizendo, basicamente, a mesma coisa.

A diferença entre as duas teorias seria, na verdade, apenas “eine bloße Frage des Ausdrucks”

A oposição entre as “Entäußerungstheorie” e a “Verschuldentheorie” verificada mais especialmente durante o desenvolvimento da doutrina vigente ao tempo do direito comum – e motivo, segundo Ernst –, do não acolhimento pelo BGB do princípio *periculum est emptoris*, ter-se-ia originado da má interpretação daquela infeliz frase de Jhering, na qual o pandectista falava de “Schuld” do comprador em face do não cumprimento imediato da sua prestação.

12. *Op. cit.* (nota 4 *supra*), pp. 243 e ss.

Apesar da grande influência exercida por estas duas famosas teorias, não faltaram todavia, como veremos a seguir, outras tentativas de justificar a adoção pelos romanos do princípio *periculum est emptoris*, fundadas em idéias diversas daquelas presentes nos pensamentos de Windscheid e Jhering.

II.3. Outras teorias e situação atual

As outras teorias surgidas para procurar justificar o possível acolhimento do princípio *periculum est emptoris* pelo Direito Romano poderiam ser resumidas, no dizer de Thielmann¹³ nas seguintes:

a. Teoria da dupla estipulação (*Girard-Senn, Appleton e Sargenti*).

A compra e venda, antes da sua configuração como relação obrigacional decorrente de contrato consensual, teria surgido – e adquirido eficácia jurídica –, originariamente, por meio de estipulações separadas e independentes do comprador e do vendedor.

Assim, a impossibilidade de cumprimento de uma delas (no caso, a promessa do “vendedor” – estipulante de entregar a coisa “vendida”), por caso fortuito ou de força maior, não impediria que a outra (promessa do “comprador” – estipulante de pagar um preço) continuasse exigível.

b. Teoria da compra e venda à vista (*ou real*) (*Pernice, Monier e Benöhr*).

O princípio *periculum est emptoris* refletiria um resquício ou efeito retardado da antiga e originária concepção romana da compra e venda como um negócio jurídico à vista, no qual os momentos da conclusão do contrato e o da entrega do objeto coincidiam plenamente.

Estas duas teorias pressupõem, como bem observado por Thielmann¹⁴ o grande apego dos romanos às suas antigas tradições (*mores maiorum*), fato que os teria conduzido – mesmo em época clássica, e sendo já vigente a nova concepção da compra e venda como contrato consensual –, a manter uma solução (*periculum est emptoris*) ainda ligada à antiga figura da *emptio venditio* como uma duplicidade de *stipulationes*, ou como uma compra e venda à vista ou real.

13. *Traditio und Gefahrübergang in ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 106 (1989), pp. 296 e ss.

14. *Op. cit. (nota 13 supra)*, p. 296.

c. Teoria da compra e venda como parte da “*traditio*” – “*Teiltatbestand der Übereignung*” (Kaser, Ernst, Peters e Thielmann).

É a mais recente, e que toma como ponto de partida a teoria de Jhering. Aliás, poder-se-ia dizer, em certo sentido, que é um desenvolvimento ou uma subteoria daquela de Jhering.

O contrato de compra e venda constituir-se-ia como um momento ou parte do ato de transferência da coisa vendida por meio da *traditio*.

Sob certo aspecto, a simples celebração do contrato já produziria parcialmente o efeito de transferência da propriedade da coisa ao comprador, ou, pelo menos, já teria atuado ou funcionado como *causa traditionis*.

A mora do comprador na aceitação ou na falta de retirada da *merx* não teria exercido importância significativa no tocante ao problema da atribuição dos riscos¹⁵

III. A corrente contrária à “*communis opinio*” tradicional: “*periculum est venditoris*”

Em oposição à *communis opinio*, levantaram-se as vozes de alguns poucos mas importantes autores – dentre os quais, especialmente, Arnò¹⁶, Haymann¹⁷ Konstantinovitch¹⁸ e Betti¹⁹ –, sustentando que no Direito Romano clássico os riscos pela perda fortuita da coisa vendida eram atribuídos, como no direito moderno, ao vendedor: *periculum est venditoris*.

15. Quanto a este último aspecto, cf., em sentido contrário, Thielmann, *op. cit.* (nota 13 *supra*), p. 297.

16. *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico* in *Giurisprudenza Italiana* 49 (1897), pp. 209 ss.; *Note minime sul § 3 Inst. 3,23* in *AG* 62 (1899), pp. 540 ss.; *Commento ad Cod. 4. 48. 1* in *AG* 65 (1900), pp. 301 ss.; *La const. 2 C. 4. 48 nella Summa Perusina* in *AG* 68 (1902), pp. 429 ss.; *La massima 'dolus auctoris bona fide emptori non nocet' nella c. 3 C. 4,48* in *Studi Scialoja I*, 1905, pp. 341 ss.; *Di una interpolazione certa nella c. 4 C. 4,48* in *Mélanges Fitting*, 1907, pp. 29 ss.; *La costituzione ultima del Codice de periculo et commodo rei venditae* in *Studi Brugi*, 1910, p. 154; e *Sul c. 23 dei Fragmenta Vaticana* in *Memorie della R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti in Modena* 9 (1910), pp. 73 ss.

17. *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht. I- Über Haftung für custodia* in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 40 (1919), pp. 167-350, II “*Periculum*” *cit.* (nota 2 *supra*), pp. 44-185, e *Zur klassizität des “periculum emptoris”* in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 48 (1928), pp. 314-418.

18. *Le “periculum rei venditae” en droit romain*, Lyon, 1923, pp. 10 e ss.

19. “*Periculum*” *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi De Francisci I*, Milano, 1956, pp. 131-197; *Istituzioni di diritto romano II. 1*, Padova, 1960, pp. 410-421; *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 82 (1965), pp. 1-23.

O autor foi seguido por Sargenti, *Rischio contrattuale (diritto romano)*, in *ED* 40 (1989), pp. 1126-1132.

Teriam sido os compiladores justinianeus a, mediante a interpolação de vários textos do *Corpus Iuris Civilis*, introduzir a nova solução de atribuição dos riscos ao comprador – *periculum est emptoris* –, regra esta desconhecida dos juristas clássicos.

O princípio *periculum est emptoris* – introduzido, portanto, segundo esta corrente contrária, pelo Direito Romano justinianeu – adequar-se-ia perfeitamente, neste sentido, com o direito helenístico (greco-oriental), no qual, ao contrário da tipicamente romana *emptio venditio* com efeitos obrigacionais, vigorava a compra e venda real (ou à vista), onde a entrega da *merx* é imediata, sem reenvio para momento posterior²⁰

Em contrapartida, aquele princípio dificilmente acomodaria-se ao sistema clássico, dado o caráter sinalagmático da compra e venda romana, que pressupõe um equilíbrio entre as partes, impedindo uma penalização do comprador, com a total atribuição a este último de todos os riscos²¹

Neste sentido, como acentuado por Haymann²² a associação prestação/contraprestação do sistema do direito clássico teria impossibilitado qualquer acolhimento do princípio *periculum est emptoris*, pois, como corolário daquela, o descumprimento (sem culpa) da prestação por uma das partes deveria levar à exoneração da outra (no caso a prestação comprador de pagar o preço).

Inaceitáveis, por falta de provas – continua Haymann –, seriam as teses-justificações das recíprocas estipulações (Girard e outros) e da originária compra e venda real (Pernice e outros).

Examinados os vários fragmentos onde o princípio *periculum est emptoris* encontra-se acolhido, perceber-se-ia, segundo o mesmo autor, que o “synallagma” clássico teria sido mudado pelos compiladores: o vendedor, em retribuição ao pagamento pelo comprador do preço da coisa perecida antes da entrega, era obrigado, em contrapartida, *apenas* ao esforço de ter tentado cumprir a prestação, deturpando-se o sistema perfeito do *sinallagma* direito clássico): “erst die Kompilatoren sind es, die hier durch Interpolation in Digesten und Kodex die klassische Verknüpfung von Verkäuferleistung und Kaufpreiszahlung lockern. Die stärkste und folgenschwerste

20. Cf. Betti, *Studi De Francisci I cit.* (nota 19 supra), p. 163 e *Zum Problem cit.* (nota 19 supra), p. 12.

21. Cf. ainda Betti, *Studi De Francisci I cit.* (nota 19 supra), p. 165 e *Zum Problem cit.* (nota 19 supra), p. 12, acompanhando, neste sentido, RABEL, *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 42 (1921), p. 560.

22. *Textkritische II cit.* (nota 2 supra), pp. 49-63.

Lockerung aber haben sie dadurch herbeigeführt, daß sie im Fall kasuellen Verlusts der Kaufsache vor der Übergabe dem Verkäufer den Kaufpreis belassen als Gegenleistung nun nicht mehr für die Lieferung, sondern für die pflichtmäßige, aber vergebliche Bemühung um Lieferung der Kaufsache: *Periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet*²³

O pensamento justinianeu em matéria de *periculum rei venditae*, observa Haymann²⁴ ao indagar sobre as raízes do novo dogma *periculum est emptoris*, corresponderia exatamente à nova regra de atribuição dos riscos, adotada pelos compiladores, em tema de contratos de empreitada e de contratos (onerosos) inominados.

No tocante aos primeiros (contratos de empreitada), os justinianeus, através da interpolação de alguns fragmentos – D.19,2,59, D. 19,2,37, D. 14,1,10 pr. e D. 19,2,62 –, teriam introduzido a nova doutrina do *periculum locatoris*: o comitente (“Besteller”), logo a partir do início da obra, decorrente da celebração do contrato, e, portanto, já antes da *adprobatio*, passaria a responder por *vis maior* ou pericimento fortuito da obra, devendo, pois, arcar com o pagamento do preço mesmo em caso de não recebimento da mesma²⁵

Em outros termos: o *periculum*, isto é, os riscos pela perda da empreitada (v.g., desmoronamento da construção), seria atribuído pelos compiladores ao *locator*, isto é, ao comitente. Este, portanto, em situação análoga à do *emptor*, deveria pagar o preço da empreitada – ou, *a contrario sensu*, não teria direito à restituição do dinheiro já pago (vale dizer, o *conductor* não seria obrigado a devolver o pagamento) –, mesmo no caso em que a mesma não pudesse ser entregue, por causa de pericimento fortuito.

Já no direito clássico, ao contrário, os riscos pelo pericimento fortuito da obra caberia, a partir do seu início – ou seja, a partir da entrega da coisa ao empreiteiro para que a obra fosse iniciada –, ao próprio *conductor* ou empreiteiro, o qual, em caso de pagamento já pré-efetuado, deveria devolver a importância recebida.

23. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 154.

24. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 155-172.

25. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, especialmente p. 161: “aber mit den bereits schwer verdächtigen Aussprüchen des Sabinus in l. 59, des Javolen in l. 37 codem, des Paulus in l. 10 pr. D. 14,2 und l. 62 i.f. d. 19,2 läßt der Besteller die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks von Anfang an tragen”; c p. 162: “Für *vis maior* soll der Besteller auch vor der *adprobatio*, also sofort mit Beginn des Werks auf Grund des Kontraktsschlusses die Gefahr tragen”; c, por fim, p. 163: “Der Besteller soll, obwohl das Werk vor der Abnahme untergeht, dennoch den Werklohn zahlen müssen, weil und insofern das Unglück auch ihn selbst bei eigener Arbeit getroffen hätte”

Quanto aos contratos (onerosos) inominados, o regulamento introduzido pelos justinianeus teria, segundo ainda Haymann²⁶ seguido o mesmo raciocínio ou tendência.

Através da interpolação de algumas passagens (C. 4,6,10, D. 12,4,5 pr., D. 12,4,3,3 e 4, e D. 19,5,5,1), teriam os compiladores introduzido a nova doutrina: da mesma maneira como o comprador na compra e venda (princípio *periculum est emptoris*), também o “Vorleistende” isto é, a parte que cumpre antecipadamente a prestação no contrato de troca ou no negócio jurídico *do ut facias*, arcava com os riscos decorrentes do casual ou fortuito malogro da contra-prestação²⁷

No Direito Romano clássico, ao contrário, a parte que pré-cumprir a sua prestação no contrato inominado, em caso de posterior impossibilidade de cumprimento da contra-prestação por motivo de caso fortuito ou de força maior, seria obrigada a restituir ou devolver a prestação antecipadamente recebida, exatamente como no BGB (§§ 323 e 446)²⁸

Em correspondência, portanto, a tal raciocínio, ao se tratar dos riscos na compra e venda, o vendedor, tendo já recebido o preço da venda sem ainda ter entregue a coisa, deveria ficar obrigado – segundo o Direito Romano clássico –, em caso de perecimento fortuito da mesma, a proceder à devolução do dinheiro.

A adoção pelos justinianeus do princípio *periculum est emptoris*, sustenta Haymann em conclusão ao seu estudo, encontraria suas raízes no “hellenistisch-orientalische Rechtskreis” ou seja, no ambiente jurídico helenístico-oriental:

o direito grego, assim como também o babilônico e o egípcio, não teria jamais conhecido uma compra e venda do tipo “consensual” como a romana, mas unicamente um contrato de escambo imediato e efetivo entre preço e *merx*, ou seja, a chamada “compra e venda real” ou “à vista”

26. *Textkritische II* (nota 2 supra), pp. 164-172.

27. Cf. *Textkritische II cit.* (nota 2 supra), p. 170: “Wie beim Kauf der Käufer, so trägt beim Tausch jetzt wie auch bei jedem *do ut facias*-Geschäft der Vorleistende stets die Gefahr der kasuellen Vereitelung der Gegenleistung”

28. Cf. *Textkritische II cit.* (nota 2 supra), p. 171: “Der Klassiker Julian hingegen, dem alle Späteren folgen, gewährt bei kasuellen Unmöglichwerden der Gegenleistung dem Vorleitenden ebensowohl in der l. 33 D. 19,2 *actio empti und conducti* auf Rückgabe der Vorleistung wie *condictio ob rem* in der l. 19 pr. i. f. D. 12,1 beim unbenannten *do ut facias*-Geschäft. Der Grundgedanke der §§ 323 und 446 BGB entspricht durchaus den klassischen Grundsätzen und bedeutet einen Fortschritt nur gegenüber der auf undurchdachte Billigkeitserwägungen gegründeten Gefahrlehre Justinianians”

Em um tal contexto, o problema do *periculum rei venditae*, influenciado pelo eventual ulterior perecimento fortuito do objeto da compra, não se apresentava.

Para a transferência de propriedade da coisa vendida, e, portanto, para a transmissão dos riscos ao comprador, bastava apenas, no ordenamento grego, o pagamento do preço da compra.

Até mesmo a compra e venda grega com entrega antecipada de arras não se equiparava à romana, já que tal entrega não gerava qualquer obrigação do comprador ao pagamento do restante do preço, mas uma simples garantia oferecida pelo próprio sinal.

O único efetivo paralelo com a compra e venda consensual romana, no tocante à obrigação do comprador de pagamento do preço, poderia ser encontrada na greco-oriental “compra a crédito”, na qual o vendedor, em lugar do efetivo pagamento do preço, contentava-se com o recebimento de um documento de confissão de dívida ou débito, exarado pelo comprador.

Apenas com este documento escrito, no entanto, ao contrário da compra e venda consensual romana, era já a propriedade – e, portanto, também o *periculum* – transmitida ao comprador, independentemente da entrega física da coisa²⁹

Dentre os antigos ordenamentos orientais, apenas o direito indiano teria conhecido a compra e venda consensual.

Este, porém, como se deduz da exegese de algumas de suas fontes, ao contrário do direito justinianeu, não teria jamais admitido uma solução equivalente ao princípio *periculum est emptoris*.

“So bestätigt denn”, arremata Haymann³⁰ em conclusão, “die Betrachtung des indischen Gewohnheitsrechts unser für das Gesetzesrecht gewonnenes Ergebnis, daß auch bei den Indern wie bei den Römern und Germanen der Käufer grundsätzlich nicht schon vom Abschluß des Konsensualkaufs an, sondern erst von der Übergabe oder dem Annahmeverzug die Gefahr zu tragen hat”

IV. A “*communis opinio*” atual: limitação do princípio “*periculum est emptoris*” à teoria da custódia e à compra e venda “*perfecta*”

Entre a *communis opinio* tradicional e o aparente “radicalismo”³¹ da tese de Arnò, Haymann e sequazes, colocou-se a *communis opinio* atual, capitaneada

29. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, especialmente pp. 175-177.

30. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 185.

31. A expressão é de Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 46-47.

por Seckel-Levy³²: sem refutar o caráter clássico do princípio *periculum est emptoris*, limitou-se o seu alcance, de um lado, aos casos de *vis maior* – arcando, portanto, o vendedor com os riscos decorrentes da *vis minor*, com base em uma pretensa sua responsabilidade por *custodia* –, bem como, de outro lado, ao acesso do estágio de *emptio perfecta* do negócio celebrado.

Examinemos separadamente cada um destes dois aspectos.

IV.1. *A responsabilidade por custódia do vendedor*

A responsabilidade por custódia – “*Custodiallehre*” – do Direito Romano, tratada especialmente por Gaio em suas *Institutas* (3, 205-207), consiste, em termos gerais, como ensina Arangio-Ruiz³³ em uma responsabilidade *objetiva*, ou seja, uma responsabilidade que se baseia não no exame caso por caso da diligência empregada pelo devedor para evitar a perda, mas no fato objetivo do perecimento ocorrido de uma determinada maneira.

Nas fontes romanas, este perecimento se refere, em particular, ao caso de *furto* da coisa, objeto da prestação: sendo o devedor responsável por custódia, não se verifica a sua exoneração, sem necessidade de se indagar se ele poderia ou não ter conseguido evitar tal furto, tomando todas as precauções necessárias.

Além do furto, alguns textos pareceriam incluir também as hipóteses de coisa destruída por terceiro e de fuga de escravo.

Uma eventual extensão a tais hipóteses é no entanto, bastante incerta.

Note-se que este critério da responsabilidade por *custodia* do Direito Romano não é conhecido pelo direito moderno.

“Custódia”, no direito moderno, costuma indicar não a responsabilidade objetiva, como no Direito Romano clássico, mas a comum responsabilidade (subjéitiva) por culpa: exige-se, pois, sempre o exame da diligência empregada pelo devedor.

As fontes romanas – e, em especial, como se disse, Gaio –, no entanto, não fornecem uma lista completa das categorias de devedores responsáveis por *custodia*.

Gaio, nos fragmentos citados, enumera especificamente apenas os casos do tintureiro (*fullo*), do alfaiate (*sarcinator*), e do comodatário, excluindo de modo expresso o do depositário.

32. *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 47 (1927), pp. 117-263.

33. *La compravendita in diritto romano II*, Napoli, Jovene, 1956 (reimpr.), p. 247.

A determinação dos demais (e eventuais) casos de responsabilidade por custódia, dentre eles o do *vendedor*, é objeto de grande controvérsia entre os intérpretes.

A dificuldade de se identificar as demais hipóteses de responsabilidade por custódia – dentre os quais, como se disse, eventualmente o do vendedor –, afora aqueles expressamente citados por Gaio, seria determinada, segundo Arangio-Ruiz³⁴ principalmente por duas circunstâncias.

De um lado, pelo fato de o direito justinianeu não ter acolhido tal forma de responsabilidade objetiva, substituindo-a pelo critério do rigoroso exame da diligência empregada para se evitar o furto – ou seja, retorna-se, nestes casos, à responsabilidade subjetiva, baseada na culpa.

Em outros termos, como diz Arangio-Ruiz³⁵ os compiladores justinianeus distorceram o conceito de custódia, introduzindo a equação *custodia = exacta diligentia*.

De outro lado, pelo fato de que o termo *custodia*, em época pós-clássica e justinianéia – mas já talvez, segundo ainda Arangio-Ruiz, em período anterior –, aparece algumas vezes empregado fora do seu sentido técnico.

É grande, dentre os romanistas, a discussão sobre a eventual admissibilidade, pelo Direito Romano clássico³⁶ da responsabilidade por *custodia* do *vendedor*.

A *communis opinio* atual – Kaser, Jörs-Kunkel, Wenger-Honsell, Arangio-Ruiz, Biondi, Mayer-Maly, Ernst etc. –, como já se disse, admite plenamente, fundando-se especialmente nos testemunhos de D. 18,1,35,4, D. 19,1,31 pr., D. 18,6,3, e, de modo decisivo, de D. 18,6,15,1, e no caráter de *bona fides* da compra e venda romana³⁷

Entende ela que a transformação da originária *responsabilidade (objetiva) por custódia* do vendedor em *responsabilidade (subjetiva) por culpa* tenha sido obra

34. *La compravendita II cit. (nota 33 supra)*, p. 247.

35. *La compravendita II cit. (nota 33 supra)*, p. 249.

36. Convém, quanto ao direito clássico, ressaltar que uma (eventual) responsabilidade do vendedor por custódia limitaria, evidentemente, os efeitos do (pressuposto) princípio clássico *periculum est emptoris*, o que representaria, pois, uma vantagem para o comprador (cf., neste sentido, Thielmann, *Traditio cit. [nota 17 supra]*, pp. 294-295).

Já com Justiniano, pressupondo-se que os compiladores tenham modificado o sentido de responsabilidade por custódia, equiparando-a a uma responsabilidade subjetiva (*culpa in custodiendo*), a situação do comprador agravar-se-ia. Assim sendo, com este conseqüente aumento de responsabilidade do comprador, o (pressuposto) princípio clássico *periculum est emptoris* adquiriria, no direito justinianeu, uma extensão bem mais ampla (cf. Ernst, *op. cit. [nota 4 supra]* cit., p. 217).

37. Cf. Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, Wien-New York, 1991, p. 114.

dos compiladores, cuja nova doutrina estaria exposta e contemplada nas Institutas de Justiniano – 3,23,3a³⁸ –, com a conseqüente adequação (mediante interpolações) dos fragmentos do Digesto – dentre os quais, especialmente, D. 18,1,35,4 de Gaio³⁹ – que cuidam do tema.

IV.2. A “*emptio perfecta*” como limite ao princípio “*periculum est emptoris*”

A doutrina dominante⁴⁰ com base em um famoso texto de Paulo – D. 18,6,8 pr. (“...*et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio...*”) – costuma distinguir tecnicamente os momentos de “conclusão” (ou “celebração”) do contrato de compra e venda e o da sua “perfeição” (ou “aperfeiçoamento”).

A “perfeição” significaria o momento – posterior ao da “conclusão” do contrato – fixado unicamente para o efeito de produzir a *transmissão dos riscos do vendedor ao comprador*. O princípio *periculum est emptoris*, portanto, só teria plena aplicação quando a *emptio venditio* alcançasse o estágio de *perfecta*, mediante o atendimento a certos pressupostos.

38. Inst. 3,23,3a: “*Si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem est etiam de furti et de damni iniuriæ actione.*” [= “Se fugir ou for furtado o escravo vendido, sem que tenha ocorrido dolo ou culpa do vendedor, deverá ser examinado se o vendedor tinha assumido a custódia daquele até a tradição. Se, pois, a tiver assumido, o risco diante daquele caso fortuito correrá por sua conta. Se não a tiver assumido, não será responsável. O mesmo entendemos em relação o ao restante dos animais e ao restante das outras coisas. Em qualquer caso, todavia, deverá ele ceder ao comprador a *vindicatio* da coisa e a *condictio*, pois, como é certo, aquele que ainda não entregou a coisa ao comprador, continua sendo proprietário da mesma. Isto igualmente vale para as ações de furto e de dano injusto”].

39. Com base especialmente em D. 18,1,35,4 e Inst. 3,23,3a, Betti, *op. cit. (nota 19 supra)*, contrariando tal entendimento, sustentou que a responsabilidade por *custodia* do vendedor, no Direito clássico, não representasse um elemento inerte (natural) da compra e venda, devendo, para a sua existência, ser sempre estipulada pelas partes. Na sua falta, responderia o vendedor apenas por culpa, com base na *diligentia do bonus paterfamilias*.

Em contrapartida, Schulz, *Krit. Vierteljahresschrift* 50 (1921), p. 67, ainda com base nestes dois textos, propunha que a responsabilidade por custódia constituísse um elemento natural do contrato de compra e venda, podendo ela no entanto, por acordo entre as partes, ser afastada, representando, desta forma, uma regra dispositiva e não, pois, cogente.

40. Cf., por exemplo, Wicacker, *Die juristische Sekunde Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in *Festschrift für E. Wolf 60. Geburtstag*, 1962, p. 432, Kaser, *Das römische Privatrecht I cit. (nota 4 supra)*, 1971, pp. 552-553, Knütel, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in *Festschrift Kaser z. 65. Geburtstag*, 1973, p. 44, Peters, *Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, 1973, p. 147, e Guarino, *Diritto Privato Romano*, 1984, pp. 788-799.

Em outros termos, a compra e venda, depois de “concluída” apesar de já existente e eficaz, só produziria o efeito de transmitir o *periculum* ao comprador quando da verificação desses pressupostos.

Pressupostos para a “perfeição” da *emptio venditio*, segundo declara Paulo em D. 18,6,8 pr., seriam a não sujeição daquela à uma *cláusula condicional*, a *determinação do objeto do contrato*, e a *fixação do preço*.

A ausência de tais pressupostos corresponderia a *situações de exceção* ao princípio de atribuição dos riscos ao comprador já a partir da celebração da compra e venda.

Estas situações de exceção, segundo Kaser⁴¹ seriam as seguintes:

- a) a compra e venda condicional (D. 18,6,8 pr.) ou mesmo a termo;
- b) os casos em que a *merx* ainda não fôra claramente “individualizada” como na compra e venda de limitada provisão (Frag. Vat. 16 e C. 4,48,2,1-2), compra e venda alternativa, compra e venda com cláusula de degustação (D. 18,1,35,5-7), e compra e venda com o preço dependente da medição da mercadoria (D.18,1,35,5-7);
- c) e, finalmente, também as hipóteses em que a *merx* devesse ser produzida pelo vendedor, apresentasse vícios ou defeitos, ou estivesse em posse alheia (D.19,2,33).

Estas situações de exceção, decorrentes de casos especiais em que se mostrava necessária uma decisão contrária ao princípio geral *periculum est emptoris*, teriam servido – ainda na doutrina de Kaser – como “empirische Grundlage” isto é, fundamentos ou bases empíricas para a formulação da regra especial “*perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*”

Por sua vez, também Seckel-Levy⁴² procuraram precisar a noção de *emptio perfecta*, a partir da qual o princípio *periculum est emptoris* encontraria aplicação.

Constituir-se-ia em uma compra e venda “vollziehbar” isto é, “ratificável” mediante a “Abholung” ou da “Besitzergreifung des Käufers” vale dizer, por meio do “ato de retirada” da *merx* ou da sua tomada de posse por parte do comprador⁴³

41. *Das römische Privatrecht I cit. (nota 4 supra)*, 1971, pp. 552-553.

42. *Op. cit. (nota 32 supra)*, pp. 117 e ss.

43. A paternidade desta concepção, segundo testemunho de Levy, deveria ser atribuída a Seckel, por ser “deutlich belegbar” de seu espólio.

Os riscos, portanto, passariam para o comprador no momento em que este último tomasse posse da *merx*, ou, mesmo antes da efetiva entrega, assim que a coisa, objeto da compra e venda, estivesse em condições de ser por ele retirada.

Por conta deste último aspecto, esta concepção seckel-levyana costumava ser denominada “*doutrina da ‘Abholungsreife’*”, ou seja, “*doutrina da ‘conclusão do prazo para retirada da merx’*”⁴⁴

Expirado, portanto, o prazo para a retirada da mercadoria, os riscos passariam para o comprador – assim como, obviamente, no caso de sua retirada tempestiva.

Daí, então, deduzir-se, segundo Seckel-Levy, que nas decisões das fontes em favor do princípio *periculum emptoris* estivesse pressuposto, como “*Normalfall*” um tácito “*expirar-se do prazo de retirada*” (“*Abholungsreife*”).

Nas hipóteses em que se decide, nas fontes, contra aquele princípio – atribuindo-se, pois, os riscos ao vendedor –, dever-se-ia, em contrapartida, pensar-se em uma “*falta ou inexistência do requisito da ‘retirabilidade’*” (“*mangelnde Abholbarkeit*”).

Não seriam excluídas as dúvidas, justamente nestas últimas hipóteses tratadas nas fontes, de que fosse realmente o vendedor a dever responder.

Apesar disto, concluíam Seckel-Levy, as decisões das fontes atribuindo os riscos ao vendedor, mais freqüentemente, não dependeriam da “*Abholbarkeit*” da coisa vendida.

Em outros termos, faltaria ou inexistiria o requisito da “*retirabilidade*”

Prova disto, segundo eles, seria D. 18,1,34,6, de Paulo: enquanto o vendedor, titular do direito de escolha, não se decide por um dos escravos, falta ou

Não obstante tal expressa declaração, Ernst, “*Periculum*” *cit. (nota 4 supra)*, pp. 238-239, n. 69, em sua desnecessária tentativa de reconstrução historiográfica da obra seckel-levyana, chega ao absurdo de até mesmo duvidar das palavras de Levy. A doutrina do “*Abholungsreife*” deveria, com mais probabilidade, ser reconhecida como uma criação própria daquele autor, excluindo-se uma possível autoria de Seckel. Uma posição intermediária – de atribuição da idéia original a Seckel, e do seu desenvolvimento e comprovação (por meio da exegese de fontes) por obra de Levy – seria, no entender de Ernst, menos provável!

Estas radicais conclusões de Ernst são inaceitáveis e, pode-se dizer, até mesmo contraditórias em relação à própria conduta do autor perante as fontes: não se compreende como este autor, sempre tão ortodoxo, conservador e inflexível na não admissão de quase nenhuma suspeita das declarações das fontes, possa, contraditoriamente, suspeitar justamente de uma tão clara declaração de Levy.

44. Uma tal idéia contudo, conforme ensina Ernst, “*Periculum*” *cit. (nota 4 supra)*, p. 238, n. 67, já teria sido anteriormente, no âmbito da vigência do direito comum, defendida por Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht I*, 1876, p. 593, c III-1, 1905, p. 173, c Puntchart, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse*, 1885, pp. 215 e ss.

inexiste a “retirabilidade”, já que o comprador não está em condições ainda de retirar qualquer dos escravos.

Faltando, pois, ou inexistindo a “retirabilidade”, os riscos são atribuídos então, justamente ao vendedor.

Comprovar-se-ia, pois, o aspecto de que, enquanto não expirado o prazo para a retirada (“mangelnde Abholungsreife”), os riscos correriam por conta do vendedor.

Tanto esta noção de “perfeição” apresentada por Seckel-Levy, quanto aquela da “*communis opinio*” acima vista, explicitada por Kaser, foram contraditadas especialmente por Ernst⁴⁵

Contra as observações de Kaser, à parte a dúvida sobre se a concepção kasereana de regras de direito como “normas empíricas” (“*Erfahrungssätze*”) correspondesse ao estilo de raciocínio jurídico dos clássicos, deve-se opor, em especial, segundo Ernst, a freqüente ausência nas fontes relativas ao nosso tema de uma doutrina de “perfeição” na forma por ele proposta.

Neste sentido, completa Ernst, pelo menos em Inst. 3,23,3 uma tal doutrina deveria ter sido contemplada, o que não ocorreu.

Por outro lado, as decisões especiais citadas como fundamentos de uma pretensa empírica regra *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* não constituiriam, segundo Ernst, em “exceções” ao princípio *periculum est emptoris*.

Nos casos de compra e venda condicional, bem como naqueles dependentes de uma “individualização” da *merx*, a “imperfeição” do contrato, com a conseqüente atribuição dos riscos ao vendedor, decorreria da inexistência, antes da “perfeição”, da compra e venda como ato jurídico produtivo de efeitos.

Em matéria de compra e venda alternativa, o passo normalmente citado em nosso tema, D.18,1,34,6, não alude em parte alguma à “perfeição”.

Quanto à compra e venda de *merx* produzida pelo próprio vendedor, além de Kaser não fornecer qualquer testemunho das fontes, opor-se-lhe-ia um passo de Gaio nas Institutas (3,147), onde o “*Werklieferungsvertrag*” (contrato de fornecimento de obra) é considerado uma compra e venda plenamente válida, não sujeita a condição, e, por conseguinte, “perfeita”

Já em relação ao caso de compra e venda cujo objeto estivesse na posse de terceiro (D.19,2,33), não haveria, observa Ernst, qualquer comprovação nas fontes, tratando-se, pois, de mera especulação.

45. Cf. “*Periculum*” cit. (nota 4 supra), pp. 240 e ss.

Por fim, no tocante a compra e venda de *merx* eivada de vício oculto, o texto citado como prova (D.21,1,59), além de não ser comentado por Kaser, não contém qualquer afirmação de que o vício impedisse a “perfeição” no sentido de transmissão dos riscos ao comprador.

Neste sentido, a questão sobre se o perecimento de uma *merx* defeituosa impedisse ou não o exercício da *actio redhibitoria* não teria qualquer relação com o problema da “Gefahrtragung” (atribuição dos riscos).

Contra a noção seckel-levyana de “perfeição” manifesta-se também Ernst⁴⁶

As fontes não circunscreveriam, em parte alguma, a “perfeição” a uma “Abholungsheife”

Por outro lado, bastante estranhável, seria a terminologia empregada para indicar a “perfeição” da compra e venda como um tipo de negócio jurídico. Tal geraria, diz Ernst, uma “verschrobener, unvorstellbarer Gedanke”, isto é, uma concepção excêntrica e inadmissível de ser representada.

Dever-se-ia também refutar D. 18,1,34 6 como prova de um possível requisito da “mangelnde Abholbarkeit” na fundamentação das decisões atributivas dos riscos ao vendedor.

A “Abholbarkeit” não deixaria de estar presente, ao contrário do afirmado por Seckel-Levy, já que tão logo o comprador oferecesse o preço ao vendedor, este deveria forçosamente entregar um dos escravos.

No entanto, argumento ainda mais decisivo contra a exegese de Seckel-Levy, seria a solução dada por Paulo, na parte final do mesmo texto, aos casos de direito de escolha cabente ao comprador, em que se repete a mesma atribuição de riscos (presente na primeira parte).

Nestes casos, cabendo ao comprador a escolha, não haveria, ao contrário do sustentado por Seckel-Levy, falta ou inexistência de “Abholbarkeit” já que o comprador, tendo o direito de escolha, pode a qualquer momento, ir retirar (“Abholbarkeit”) a coisa.

“Die Auflösung dieses Widerspruchs durch Levy” conclui Ernst⁴⁷ “ist unverstündlich” justificando-se, pois, a freqüente rejeição da “doutrina da ‘Abholungsreife’ pela doutrina comum – em especial, Beseler, Hoetink, e Flume.

Tanto a tese de Seckel-Levy, quanto a da *communis opinio*, capitaneada

46. Cf. “*Periculum*” cit. (nota 4 supra), pp. 238-239.

47. “*Periculum*” cit. (nota 4 supra), p. 239.

neste aspecto por Kaser, pressupõem, como se viu, distintos graus ou etapas de desenvolvimento na conclusão do contrato de compra e venda.

Em outros termos, em ambas as doutrinas, a “perfeição” constituir-se-ia em um momento posterior ao surgimento do contrato; este, portanto, já existiria antes de se tornar *perfecta*.

Ernst⁴⁸, em contrapartida, após rechaçar ambas as teorias, apresenta uma tese frontalmente oposta, entendendo *inexistente o contrato antes do momento da “perfeição”*⁴⁹

Em outros termos, antes da verificação daqueles pressupostos (previstos em D. 18,6,8 pr.) necessários para a sua “perfeição”, a compra e venda seria considerada como não existente e, assim, não produtiva de qualquer efeito.

A “perfeição” da compra e venda, portanto, seria uma exigência não para a aplicação do princípio *periculum est emptoris*, mas para o surgimento do próprio contrato, como negócio jurídico válido.

Como corolário, dever-se-ia concluir, segundo Ernst, que os romanos não tivessem admitido qualquer limitação ou exceção ao princípio *periculum est emptoris*.

Nos casos, pois, de compra e venda *imperfecta*, a atribuição dos riscos ao vendedor decorreria, assim, simplesmente da aplicação da regra geral *casum sentit dominus* (ou *res perit domino*).

Não existindo contrato (= compra e venda *imperfecta*), o vendedor, em caso de perecimento da coisa, não poderia nada exigir do comprador.

O emprego, nestes casos, da expressão *periculum venditoris* não indicaria, portanto, a adoção de uma especial regra em matéria de riscos na compra e venda, mas a mera consequência ou efeito de se considerar inexistente a *emptio venditio ‘imperfecta’*

Todas estas teses até aqui expostas admitem, como se vê, uma aplicação especial, pelos juristas clássicos, do termo técnico “perfectio” no específico âmbito da compra e venda, a significar conclusão da *emptio* “*si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit*” (D. 18,6,8 pr.).

No Direito Romano clássico, portanto, a “perfeição” da compra e venda, coincidindo (Ernst) ou não (Seckel-Levy, Kaser etc.) com o momento da sua “conclusão” possibilitaria – de qualquer modo – a aplicação do princípio *periculum est emptoris*.

48. “*Periculum*” cit. (nota 4 supra), pp. 237 e ss.

49. Tal tese repete o que já antes, em essência, havia afirmado Schulz, *Classical Roman Law*, 1951, p. 533: “*emptio perfecta* cannot possibly mean anything else but the conclusion of the contract”

Coube a Haymann descolar os termos da discussão, negando peremptoriamente – em oposição à todas aquelas teses da doutrina dominante – o acolhimento de tal princípio pelo Direito Romano clássico.

Estudando o conceito de *emptio perfecta*, com especial atenção à compra e venda de vinho, Haymann⁵⁰, através da exegese (principalmente) de D. 18,1,35,5-7, bem como de outros fragmentos afins, sustentava que tal noção teria sido introduzida pelos compiladores, através da interpolação de tais textos.

Dentre estes, notadamente – como se disse – D. 18,1,35,5 -já referido:

D. 18,1,35,7 (Gaio, l. 10 *ed. prov.*): “*Sed et si doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos.*”

D. 18,1,35,5 (Gaio, l. 10 *ed. prov.*): “*In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratae sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum ver argentum quantumcumque esset uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris.*”

Sobressair-se-iam, neste fragmento, os defeitos de ordem substancial⁵¹

As noções teóricas expressas neste texto, se aplicadas na praxe, além de gerarem enormes dificuldades práticas, pouco tratadas pelos compiladores, conduziriam a um resultado inaceitável.

50. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 99 c ss.

51. Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 100-101, apontava também, na demonstração do caráter interpolado do fragmento, incontáveis imperfeições linguísticas – “sprachliche Anstände” –, dentre as quais, em especial: o “*ceteris*” sem predicado; o segundo “*modo*”, solto no frase; a repetição de “*videatur perfecta venditio*”; a falta de objeto para “*quam si*”; o emprego na voz passiva do verbo

Qualquer “Spezialkauf” somente poderia tornar-se “*perfecta*” se houvesse a colaboração ou atuação conjunta de ambas as partes contraentes no ato de “*admitiri*”, de modo que, em termos teóricos, seria impossível a verificação de qualquer mora, quer do vendedor, quer do comprador.

Contra aquelas noções opor-se-ia uma passagem de Catão – *De agricultura* 148 –, que trata das cláusulas contratuais na compra de barril de vinho.

Ver-se-ia claramente neste fragmento que o “*admetiri*” podia ocorrer do lado de uma só das partes, sendo, portanto, a perfeição da compra completamente independente daquele ato.

No mesmo sentido manifestar-se-ia Ulpiano em D. 18,6,1,2-4, texto, segundo Haymann⁵² substancialmente genuíno.

A compra e venda no direito clássico, portanto, conclui Haymann com base nestes textos, *aperfeçoava-se independentemente de qualquer medição*.

O ato de medir, assim como o de pesar e o de contar, indicariam, na verdade, segundo Haymann⁵³ fundando-se em Varrão (*Rer.rust.* II 2,5-6), o exato momento da transmissão da propriedade através da *traditio*, e, daí, a passagem do *periculum* ou riscos ao comprador.

Por outro lado, como se deduziria dos trechos não espúrios de D. 45,1,120, D. 18,1,7,1 e D. 18,1,35, pr.-1, e de Frag. Vat. 9, não seria requisito para o surgimento do contrato, segundo o direito clássico, a fixação do *pretium* na maneira como exigida pelos compiladores na concepção justinianéia da *emptio perfecta*.

Também quanto ao pressuposto da individualização do objeto da compra, no modo como concebido pelos defensores da *emptio perfecta*, o pensamento dos clássicos, no entender de Haymann⁵⁴, seria diverso.

depoente “*admitiri*” típico do correspondente vocábulo em grego; a frase sem sentido “*uno pretio quantumcumque esset*” em lugar de “*per aversionem*”; “*singulo metretas*”, pela correspondência com o termo ou expressão em grego; “*cum adnumerata*”, ao lado da forma passiva “*admensa*” se sujeito; a frase iniciada com “*ut*”, em seguida a “*feri*”, onde falta qualquer predicado; “*universaliter uno*”; “*pretio*”; “*perfecta videtur*”; “*eadem erunt quae tractavimus*”; “*verissimum est quod et constare videtur*”; “*admetiatur*”, pela terceira vez sem sujeito; e, por fim, o fecho “*unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos*”, qualificado de “fürchterliche”

52. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 103.

53. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 103: “Wohl aber vollzieht sich im Normalfall seit alters in der Tat der Übergang des *periculum* auf den Käufer mit dem *admetiri*. Denn in dem Zumessen, Zuwägen, Zuzählen vollzieht sich die Tradition und der Eigentumsübergang, wie für den Kauf von Schafen Varro betont”.

54. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 108.

Para estes, como atestado por D. 45,1,115, a perfeição do contrato não dependia desta exata individualização, mas apenas da objetiva determinação da prestação devida, de acordo com os critérios fixados pelas partes.

A doutrina da *emptio perfecta*, interpolada pelos compiladores, corresponderia perfeitamente – concluía Haymann – à estrutura da compra e venda do direito privado grego.

Não tendo este último ordenamento conhecido uma compra e venda consensual do tipo da romana, mas somente uma “Barkauf” ou seja, uma compra e venda à vista, com prestações “Zug-um-Zug” ou simultâneas, tornava-se sempre necessário que houvesse a exata e efetiva fixação do objeto e do preço, antes da qual o contrato não poderia “aperfeiçoar-se” ou vir a existir.

Na verdade, segundo Haymann⁵⁵ o pensamento clássico em tema de *periculum rei venditae* – com respeito, em especial, à compra e venda de vinho – estaria estampado, principalmente, em Frag. Vat. 16, interpretado à luz de Catão, em *De agricultura*, 148.

Com base, pois, no depoimento de Catão e na interpretação *a contrariis* da declaração de Papiniano de que “*corpore non demonstrato vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit*”, sustentava Haymann em conclusão: o comprador, como regra geral no direito clássico, arcava com o *periculum* apenas em seguida à entrega da coisa vendida, ou à ocorrência de “*Annahmeverzug des Käufers*”. ou seja, mora daquele na aceitação da *merx*.

No entanto, em casos de compra e venda de vinho, derivado de um estoque determinado – “*Kauf aus einem bestimmten Vorrat (corpus)*” –, o comprador, excepcionalmente, antes da *traditio*, respondia apenas pela deterioração natural do vinho (*acor et mucor*), correndo por conta do vendedor todas as outras causas de deterioração do vinho ou riscos pela perda da coisa.

Esta excepcional responsabilização do comprador, no entanto, também era excluída nos casos de compra e venda com cláusula de *degustatio*, enquanto esta não se realizasse⁵⁶

55. Cf. *Textkritische II cit (nota 2 supra)*, especialmente pp. 98-99 e 108-109.

56. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, especialmente pp. 98-99 (“Der Käufer trägt die Gefahr des natürlichen Verderbs, soweit er nicht durch den Vorbehalt der degustatio oder sonstige Abrede, z.B. die Catonische quod neque accat neque mucat id dabitur oder exceptis acidis et mucidis sich geschützt hat”), pp. 108-109 (“Aus dem corpore non demonstrato nullum periculum emptoris ergibt sich per argumentum e contrario: Beim Kauf aus beschränktem Vorrat läßt Papinian gleichfalls sofort den Käufer

Os compiladores teriam, então, generalizado a atribuição dos riscos ao comprador para qualquer compra sine mensura.

Em outros termos, o comprador, no entendimento dos justinianeus, passava a responder, já antes da entrega, por qualquer risco, mesmo na compra e venda que não fosse de estoque determinado, ou seja, compra e venda em que não é necessária qualquer medição – *sine mensura*.

Já nos casos de compra e venda de coisas fungíveis, isto é, *cum mensura*, enquanto os clássicos atribuíam os riscos ao vendedor até a “Messung” ou medição, identificada por eles com a *traditio*, os compiladores, apesar de distribuir os riscos da mesma forma, teriam introduzindo o conceito de *emptio perfecta*, equiparando aquela medição à conclusão ou surgimento do contrato (“aperfeiçoamento” no sentido justinianeus).

Assim sendo, os textos concernentes à compra e venda de coisas fungíveis teriam sido interpolados pelos compiladores, de forma a se coadunarem com o novo princípio geral *periculum est emptoris*, de validade geral em época justinianéia.

Coerentemente com a nova doutrina, teriam, então, os compiladores interpolado, de acordo os critérios acima citados, vários textos, dentre os quais, em especial, D. 18,1,35,7, D. 18,6,1, pr.-1⁵⁷, D. 18,6,5⁵⁸ e, por fim, C. 4,48,2.

IV. Nossa “Arbeitshypothese” e a Proposta de Talamanca

Partimos, como “Arbeitshypothese” – acompanhando, neste sentido, a doutrina minoritária de Arnò, Haymann e sequazes, contrária à *communis opinio* –, da tese de que a “regra” *periculum est emptoris* apenas teria alcançado a qualificação ou a força de um “princípio geral” com Justiniano.

die Gefahr des natürlichen Verderbs des gesamten Vorrats treffen, jedes andere periculum deteriorationis oder das periculum sonstiger Vernichtung trägt hier wie sonst bis zur Tradition oder dem Annahmeverzug des Käufers (der z.B. den Zahlungstermin nicht einhält, an dem er Zug um Zug die Ware empfangen soll), der Verkäufer”), e, por fim, em síntese, pp. 114-115 (“Wir können zusammenfassen: Die Bizantiner wollen die Klassische Lehre, nach der der Käufer von Wein, abgesehen von der degustatio, schon vor der Tradition das periculum acoris et mucoris, aber nur dieses trägt, verallgemeinern für den Kauf sine mensura; aber für den Kauf mit degustatio bis dahin oder von Fungibilien bis zur Messung je die Gefahr beim Verkäufer belassen, so daß auch wiederum für den inneren Verderb nichts Besonderes mehr gelten soll”).

57. Neste fragmento, segundo Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 114, com ambos parágrafos “gänzlich unecht”, Triboniano teria introduzido, no primeiro, a responsabilidade por *custodia* do vendedor.

Ainda quanto a este primeiro parágrafo, observava Haymann que a frase “*post mensuram factam venditoris desinit esse periculum*” poderia, no entanto, ser clássica, já que no ato de medição, segundo o pensamento clássico, tinha lugar também a *traditio*.

58. Neste texto, Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 115-116, apontava como espúria a frase final “*si ad mensum est...per emptorem fiat*”, por não haver correspondência entre esta parte e o período inicial, onde não se faz absolutamente qualquer referência a uma compra *ad mensuram*.

É clara e indiscutível a expressa tomada de posição do Imperador em suas *Institutas* – 3,23,3⁵⁹ –, acolhendo com todas as letras a atribuição dos riscos ao comprador desde a celebração da compra e venda.

Tal texto, como sempre apontado por aquela doutrina minoritária, não encontra parágrafo paralelo no correspondente manual clássico de Gaio, fato este extremamente significativo, dado o grande uso daquela obra por Justiniano como modelo na preparação de suas *Institutas*.

Por sua vez, o direito clássico, em contrapartida – como propõe TALAMANCA⁶⁰, retomando em parte uma tese já no passado defendida por Rabel⁶¹ –, apresentaria uma *variedade de soluções*, em consonância, de um lado, com o tipo de *fattispecie* e das circunstâncias nelas presentes, e, de outro, com o posicionamento pessoal de cada jurisconsulto.

Em outros termos, o ordenamento romano clássico, neste tema, ter-se-ia caracterizado como um modelo elástico, em que o *periculum* era atribuído ora ao comprador, ora ao vendedor, caso a caso, levando-se em consideração diferentes

59. Inst. 3,23,3: “*Cum autem emptio et venditio contracta sint (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est*” [=“Quando, por outro lado, a compra e venda tenha sido contratada (o que dissemos se produz tão logo as partes tenham acordado sobre o preço, e quando celebrada sem escritura), os riscos da coisa vendida correrão imediatamente por conta do comprador, ainda que até então a coisa não tenha sido entregue ao comprador. Se, por conseguinte, o escravo tiver morrido ou sido lesado em alguma parte do corpo, ou se a casa toda, ou parte dela, for consumida por um incêndio, ou se um imóvel, total ou parcialmente, tiver sido arrastado pela força de um rio, ou pela inundação das águas ou por um ciclone que lhe arranque as árvores, tornando-se ele consideravelmente menor ou pior, o dano correrá por conta do comprador, o qual deverá pagar o preço, mesmo não tendo recebido a coisa. Assim sendo, o vendedor estará a salvo contra tudo aquilo que vier a ocorrer, salvo na hipótese de dolo ou culpa de sua parte. Caso, todavia, depois de celebrada a compra, algo acrescentar-se ao imóvel por aluvião, tal vantagem redundará em favor do comprador, pois a vantagem deve ser atribuída àquele, a quem cabem os riscos”].

60. Cf. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, p. 451 e n. 1538; cf. também *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 588.

61. Cf. *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS* 42 (1921), pp. 543- 564 (especialmente pp. 559). Segundo Rabel, os juristas clássicos não teriam tido uma doutrina unitária no tocante ao problema do *periculum rei venditae*; a passagem dos riscos do vendedor ao comprador poderia ocorrer, dependendo do caso, em momentos diversos, representando a *traditio*, dentre estes, apenas aquele mais tardio. Além disso, em um certo número de casos, algumas espécies de riscos – como aqueles ocasionados por terceiro, ou causados por furto, e contemplados em D.18,6,13-15 – não teriam sido enquadrados no esquema conceitual do *periculum rei venditae*, o qual pressuporia unicamente os danos derivados de eventos naturais.

elementos, como, por exemplo, as características específicas de cada *merx*, a efetivação ou não da *traditio*, o tipo de poder sobre ela, e assim por diante.

Diante de tal premissa, convém, em qualquer tentativa de reconstrução histórico-jurídica do problema concernente ao *periculum rei venditae* no Direito Romano, partir-se de um *quadro geral* dos principais fragmentos tradicionalmente citados nesta matéria, buscando separar os *elementos e dados de fato* mais significativos de cada *fattispecie*, bem como as diversas *rationes decidendi* nelas presentes.

Ei-lo:

TEXTO	JURISTA	"MERX"	"TRAD."	"VIS"	RESPONS.	"RATIO DECIDENDI"
C.4,48,1	ano223	?	Não	?	Compr.	Pr.Geral/Evic.
C.4,48,2	ano223	Vinho	Não	Deter.	Vend.	Trad./Imperf.
"	"	Vinho	Sim	Deter.	Compr.	Trad./Não Medição
C.4,48,4	ano239	?	Não	?	Compr.	Pr.Geral
C.4,48,6	ano294	Escravo	Não	(Doen.)?	Compr.	(Pr.Geral)
D.12,4,16	Cels.	Escravo	(Não)	?	(Compr.)	(Pr.Geral)
D.18,1,34,6	Paul.	Escravo	(Não)	?	Compr.	Pr.Geral
D.19,1,31pr.	Ner.	?	Não	Roubo	Compr.	Não Resp.Custódia
D.19,5,20,1	Ulp.	Mulas	Sim	Roubo	Compr.	(Pr.Geral) /Perf.
D.21,2,9pr.	Paul.	Imóvel	?	Desapr.	Compr.	(Pr.Geral)/Evic.
D.23,3,14	Ulp.	?	Não	?	(Compr.)	Não Rest. Dote
D.23,3,15	Pomp.	?	Não	?	Compr.	Pr.Geral
D.18,1,35,4	Gaio	?	(Não)	Furto	Vend.	Resp.Custódia
D.18,1,35-7	Gaio	Vinho	(Não)	?	Vend.	Não Medição
D.18,1,62,2	Modest.	(Fungív.)	Não	?	Compr.	Pr.Geral

D.18,5,5,1-2	Juli.	Escravo	Não	(Morte Nat.)?	Compr.	Pr.Geral
D.18,6,3	Paul.	?	(Não)	?	Vend.	Resp.Custódia
D.18,6,7pr.	Paul.	Imóvel	(Não)	Aluvião	Compr.	Pr.Geral
		Imóvel	(Não)	Inunda.	Compr.	Pr.Geral
D.18,6,8pr.	Pr.Oc.Pom.	?	(Não)	?	Compr.	Cond.ver.(Perf.)
"	Paul.	?	Sim	Deter.	Compr.	Trad./Cond.não ver.
D.18,6,11	Paul.	Imóvel	?	Aluvião	Compr.	Pr.Geral
D.18,6,12	Alfen.	Edifício	Não	Incênd.	(Compr.)	Não Culpa
D.18,6,15,1	Paul.	Madeira	Sim	Furto	Compr.	Tradição
	"	Madeira	Não	Furto	Vend.	Tradição
D.18,6,17	Javol.	Escravo	Sim	?	Compr.	Pr.Geral
D.43,24,11,12	Ulp.	Imóvel	Não	?	Compr.	Pr.Geral
D.46,3,39	Afric.	Dinh./"Merx"	Não	?	Compr.	Mora/Perf.
D.47,2,14pr.	Ulp.	Não Imov.	Não	Furto	Compr.	Pr.Geral
Inst.3,23,3	Just.	Escravo	Não	?	Compr.	Pr.Geral
		Casa	Não	Incênd.	Compr.	Pr.Geral
"		Imóvel	Não	Enchente	Compr.	Pr.Geral
"		Imóvel	Não	Inunda.	Compr.	Pr.Geral
"		Imóvel	Não	Ciclone	Compr.	Pr.Geral
Inst.3,23,3a		Escravo	Não	Fuga	Vend.	Resp.Cust.expressa
"		Escravo	Não	Furto	Vend.	Resp.Cust.expressa
"		Animais	Não	Fug.-Furt.	Vend.	Resp.Cust.expressa
"	"	"Coisas"	Não	Fug.-Furt.	Vend.	Resp.Cust.expressa
"	"	Imóvel	Não	Aluvião	Compr.	Pr.Geral
Fr.Vat.16pr.	Papin.	Vinho	?	Deter.	Compr.	(Pr.Geral)

Com base neste quadro, pode-se procurar traçar um certo número possível de variedades de soluções aparentemente apresentadas, reagrupando-as de acordo com os elementos de fato e o tipo de problema tratado – compra e venda condicional, compra e venda sujeita à contagem, pesagem ou medição, compra e venda de vinho, de escravo etc. –, estudando-as separadamente.

Neste sentido, em tema de *periculum rei venditae*, um primeiro e importante grupo é constituído, em nossa opinião, por aquelas *fattispecie* em que o princípio da *traditio* – ou seja, como já se disse, a chamada “solução germânica” adotada também pelo nosso Código Civil – exerce, direta ou indiretamente, um papel determinante.

Dentre as *fattispecie* deste primeiro importante grupo podemos elencar, como resultado de uma primeira fase de nossos estudos⁶², D. 23, 3, 14 de Ulpiano (34 *ad ed.*) e D. 23, 3, 15 de Pompônio (14 *ad Sab.*), nos quais a atribuição do *periculum* no chamado *dos aestimata* – figura especial de constituição de dote, equiparada à *emptio venditio* na Compilação de Justiniano – recai sobre a pessoa do marido-comprador apenas a partir da realização da efetiva *traditio*.

Passo seguinte deve ser o estudo de dois conhecidos textos de Paulo – 3 *Alf. dig.*, D. 18, 6, 13 e 15 pr.-1 –, concernentes, respectivamente, aos famosos casos dos *lecti empti* destruídos pelo Edil e da *materia empti* furtada.

São Paulo, julho de 2001.

62. Cf. “*Periculum rei venditae*” e “*Periculum dotis aestimatae*” in *Revista de Processo* 93 (1999), pp. 125-150.