

ACERCA DA *TRADITIO* NO ÂMBITO DO PROBLEMA DOS RISCOS NA
COMPRA-E-VENDA.
OS CASOS DAS “CAMAS VENDIDAS” (PAUL., 3 *ALF. EPIT.*, D. 18,6,13 E 15 PR.) E
DA “MADEIRA COMPRADA” (PAUL., 3 *ALF. EPIT.*, D. 18,6,15,1)

Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi
Diretor e Professor Titular de Direito Romano da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo.

Resumo:

Após o preâmbulo, o autor enfoca o caso das camas vendidas (“*lectos emptos*”), finalizando a exposição com o caso da madeira comprada (“*materia empti*”) e a exegese conjunta das duas “*fattispecie*” tendo como premissa maior a “*traditio*” no âmbito do problema dos riscos na compra-e-venda.

Abstract:

After the preamble, the author focuses the case of the sold beds (“*lectos emptos*”), finishing the exposition with the case of the bought wood (“*materia empti*”) and the interpretation joint of the two “*fattispecie*”, having as bigger premise the “*traditio*” in the scope of the problem of the risks in the purchase-and-sell.

Unitermos: compra-e-venda; 3 Alf. Epit., D. 18,6,13 e 15 pr.-1 (Paul., 3 *Alf. Dig.*).

Keywords: purchase-and-sell; tradition.

I. Apresentação do Problema.

Em tema de riscos pela perda fortuita da coisa vendida – “*periculum rei venditae*” –, o Direito Romano, como se sabe, parece, à primeira vista, adotar solução diametralmente oposta à do Direito Civil brasileiro.

Este último, acompanhando a solução chamada “germânica”,¹ atribui os riscos decorrentes do perecimento casual ou deterioração fortuita da *merx*, uma vez celebrada a compra-e-venda, ao vendedor: “*periculum est venditoris*”

1. Cf. BGB, § 446 I 1, que, como regra geral, atribui ao vendedor, enquanto não entregue a coisa vendida, o *periculum* pelo perecimento acidental ou deterioração casual, ao declarar que “*mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über*”

Tal regra, em nosso ordenamento, se funda no papel decisivo exercido, neste tipo de situação, pela *traditio*: enquanto não procedida à efetiva *entrega* da coisa vendida – e, portanto, não transferida a propriedade da mesma –, qualquer prejuízo decorrente do seu perecimento ou deterioração corre por conta do seu dono – “*res perit domino*” –, no caso o vendedor.

É o que reza o novo Código Civil brasileiro, repetindo ao pé da letra a legislação anterior, ao dispor expressamente, em seu art. 492, “*caput*” (art. 1.127 do C.C. revogado), que “até o momento da tradição, os riscos correm por conta do vendedor”. resolvendo-se a obrigação para ambas as partes, como se declara no art. 234 (art. 865 do C.C. revogado), se “a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição”

Já o Direito Romano, em várias de suas fontes, não-só nas *Institutas* (Inst. 3,23,3) e no *Código de Justiniano* (C. 4,48,1-2, C. 4,48,4 etc.), mas também no *Digesto* (D. 12, 4, 16, D. 18, 1, 34, 6. D. 18, 1, 35, 4. D. 18, 6, 8 pr. etc.), repete várias vezes a regra *periculum est emptoris*, aparentemente generalizada e adotada como um “princípio geral”

Seria, pois, o *emptor* ou comprador, no Direito Romano, a ter que suportar os riscos decorrentes da perda fortuita da coisa já a partir do momento inicial da celebração da compra-e-venda. Desaparecida a *merx* sem culpa de qualquer das partes, o comprador continuaria obrigado a pagar o preço, mesmo sem receber a coisa, objeto do contrato.

Diante da aparente iniquidade representada pela solução romana, que atribui ao comprador o prejuízo pela perda fortuita da coisa, mesmo estando ele inteiramente desprovido da posse e guarda da *merx* comprada, não faltaram, desde sempre, entre os intérpretes, tentativas de justificação do princípio “*periculum est emptoris*” no Direito Romano.²

Dentre as várias tentativas apresentadas pelos intérpretes, a “*communis opinio*” atual, buscando atenuar a grave (para o comprador) solução presente nas fontes, limita o aparente princípio geral “*periculum est emptoris*” à uma responsabilidade por *custodia* do vendedor e à compra-e-venda *perfecta*.

2. Cf., para um panorama geral da doutrina em torno de tal aspecto, nosso estudo anterior: *Dos Riscos pela Perda Fortuita da Coisa Vendida no Direito Romano*, in *Revista da Faculdade de Direito da USP* 96 (2001), p. 45 e ss.

Capitaneada por Seckel-Levy,³ a doutrina dominante, sem refutar o caráter clássico do princípio “*periculum est emptoris*” limita o seu alcance, diminuindo a responsabilidade do comprador.

De um lado, a limitação seria imposta pelos casos de *vis maior*, cabendo ao vendedor, em face de uma sua hipotética responsabilidade por *custodia*, os riscos decorrentes de *vis minor*, como o furto.

De outro, pelo acesso, uma vez celebrada a compra-e-venda, ao estágio de *emptio perfecta*, através do qual o *periculum* só seria transmitido ao comprador após a exata individualização do objeto do contrato, como nos casos de negócio dependente da medição ou degustação da mercadoria, e verificação da condição.

De nossa parte, acompanhando, em um primeiro momento, Arnò⁴ Haymann⁵ partimos da “*Arbeitshypothese*”, contrária à *communis opinio*, de que o dogma “*periculum est emptoris*” só teria sido alçada à condição de “princípio geral” no Direito Romano justinianeu.

No Direito Romano clássico, em contrapartida, como sugerido por Talamanca,⁶ não teria havido um “princípio geral” pelo qual os riscos deveriam correr por conta do comprador – “*periculum est emptoris*” – ou do vendedor – “*periculum est venditoris*”

No ordenamento clássico ter-se-ia verificado um modelo elástico, em que o *periculum* era atribuído ora ao comprador ora ao vendedor, caso a caso, de acordo com variadas *rationes decidendi* ou *linhas de solução*, diferenciadas segundo o tipo de problema e elementos determinantes, como, dentre outros, as peculiaridades específicas de cada *merx*, a espécie de poder sobre ela, e a efetivação ou-não da *traditio*.

Dentre estas diversas linhas de soluções a serem eventualmente identificadas, parece-nos de grande relevância, nas fontes jurídicas romanas, aquela representada pela *traditio* ou entrega, a qual - como ainda hoje no Direito Civil Brasileiro

3. *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS 47 (1927), p. 117-263.

4. Cf., do autor, especialmente, *La teoria del periculum rei venditae nel diritto romano classico*, in GI 49 (1897), p. 209 e ss.

5. *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht I – Über Haftung für Custodia*, in ZSS 40 (1919), p. 167-350, c II – “*Periculum est emptoris*”, in ZSS 41 (1920), p. 44-185, e *Zur Klassizität des “periculum emptoris”*, in ZSS 48 (1928), p. 314-418.

6. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto* 46 (1993), p. 451 e ss.

- teria exercido um papel fundamental na questão concernente à atribuição dos riscos na compra-e-venda.

Em uma primeira fase de nossas pesquisas, buscamos identificar e interpretar os fragmentos em que, no Direito Romano, o elemento da *traditio* tenha exercido, como hoje entre nós, um papel fundamental na atribuição dos riscos em tema de compra-e-venda.

Após, em estudo anterior,⁷ evocar e examinar, neste sentido, D. 23,3,14 de Ulpiano e D. 23,3,15 de Pompônio – nos quais a atribuição dos riscos, no chamado “*dos aestimata*” recai sobre a pessoa do marido (equiparado, para estes efeitos, ao *emptor* ou comprador) só a partir da verificação da efetiva *traditio* – encontramos agora em condições de trazer também para este rol duas outras “*fattispecie*” a seguir examinadas.

II.1. O caso das “camas vendidas (*lectos emptos*)”.⁸

Passemos ao exame de um dos principais fragmentos em tema de riscos pela perda fortuita da coisa vendida, onde o elemento da *traditio* parece desempenhar o papel mais relevante, não-obstante o parecer contrário da *communis opinio*.

D. 18,6,13 (Paulo, l. 3 *epitomarum Alfeni*): “*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet...*”

“*O Edil destruiu algumas camas <que haviam sido> compradas, e que tinham sido colocadas na via pública. Caso tivessem sido elas entregues ao comprador, ou se dele*

7. Cf. “*Periculum rei venditae*” e “*periculum dotis aestimatae*”, in *Revista da Faculdade de Direito da USP* 93 (1998), p. 25-57 [= *Revista de Processo* 93 (1999), p. 125-150].

8. A rigor, a expressão se refere, literalmente, a camas “compradas” – “*lectos emptos*”: a opção de assim denominar o fragmento – o caso das “camas ‘vendidas’” – tem o único escopo de evitar cansativa repetição do participio passado do verbo comprar, presente também no fragmento seguinte. Não há, pois, qualquer diferença, quanto a eventuais conseqüências jurídicas, entre as expressões “camas ‘compradas’” e “camas ‘vendidas’”.

tivesse dependido a não realização da entrega, parece mais justo que o risco seja do comprador...”

D. 18,6,15 pr. (Paulo, l. 3 *epitomarum Alfeni*): “*Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.*”

“Se, porém, <as camas> não tivessem sido entregues, nem tampouco o comprador estivesse em mora pela sua não entrega, o risco será do vendedor”

Em uma determinada loja ou marcenaria, algumas camas – ou mais exatamente, como costuma observar a doutrina alemã, algumas armações ou estrados de camas (“Bettgestelle”) –, depois de compradas por um cliente, haviam sido pelo vendedor colocadas na rua, em frente ao seu estabelecimento.⁹

Um Edil, magistrado ou administrador público-municipal responsável pela fiscalização do dia-a-dia na cidade (*cura urbis*), dado o fato que tais camas possivelmente atrapalhassem a circulação tanto de pessoas quanto, possivelmente, também de carroças, determinou que elas fossem destruídas.

Consultava-se o jurista sobre quem deveria suportar o prejuízo decorrente da destruição das camas ou, mais exatamente, segundo a *communis opinio*, sobre quem deveria sofrer os efeitos da pena (destruição das camas) decorrente da infração do regulamento romano sobre o uso das estradas e vias públicas.

9. É o que muitas vezes se verifica até os dias atuais, quando um comerciante, após vender uma das peças de seu estabelecimento, a coloca para fora da loja, com a etiqueta de “vendida”, de modo a liberar espaço no recinto, e facilitar a retirada da mercadoria pelo comprador.

Pode, todavia, também ter ocorrido que as camas ou estrados já estivessem em exposição, antes da venda, na frente da loja ou marcenaria. Em outras palavras, estaríamos diante do caso de um comerciante ou marceneiro que utilizava a via pública como vitrine para a exposição de suas mercadorias ou de seus móveis já confeccionados. É uma situação que também ainda hoje pode ser comumente observada em várias cidades do mundo moderno.

Qualquer das duas reconstruções fáticas é admissível; neste aspecto, tal precisção, de qualquer modo, não tem qualquer relevância jurídica desde que pressuposta sempre a iniciativa do vendedor.

A doutrina dominante,¹⁰ diante da aparentemente clara atribuição dos riscos ao vendedor em função da *traditio*, e, portanto, do acolhimento da regra *periculum est venditoris*, recorre à responsabilidade por custódia (“Custodialehre”) do vendedor a fim de justificar a contrariedade ao dogma *periculum est emptoris*.

Estariamos, pois, nesta “fattispecie” de Paulo-Alfeno, diante de um caso de ferimento do dever de custódia (“*custodia-Verletzung*”), no âmbito de uma geral obrigação de guarda (“*Obhutsverpflichtung*”) do vendedor.

O vendedor, portanto, antes da entrega das camas, responderia por alguns tipos de *casus minor* ou evento fortuito, como aquele verificado na “fattispecie” (destruição da mercadoria pelo Edil), enquanto o comprador continuaria a suportar os riscos decorrentes de *vis maior*.

Mais exatamente, como observa Thielmann,¹¹ estariamos, nesta “fattispecie” das camas destruídas, defronte a um caso de responsabilidade do vendedor por *culpa*:¹² sendo o vendedor um carpinteiro-empresário ou profissional especializado, não poderia ter ele deixado de levar em consideração o regulamento e a regular praxe ou conduta dos órgãos públicos de Roma em matéria de fiscalização das vias públicas.¹³

Deste modo, dever-se-ia excluir tanto uma hipótese de *vis maior*, pela qual o vendedor não poderia ser responsável,¹⁴ quanto, a rigor, um eventual caso de responsabilidade deste último por fato de terceiro (a intervenção do Edil).¹⁵

10. Cf., em especial, SCHULZ, *Grinhuts Zeitschrift* 38 (1911), p. 39, SECKEL-LEVY, *ZSS* 47 (1927), pp., 246, KASER, *Das römische...*, p. 553, n. 70. e THIELMANN, *Traditio*..... p. 305 e ss.

11. *Traditio cit.*, p. 305 e ss.

12. Cf. *Traditio cit.*, p. 303: “Es soll aber schon hier gezeigt werden, daß im Alfenus/Paulus Text die *culpa* des Verkäufers für den Fall der Bettgestelle und die *custodia* Haftung für den Fall des Bauholzes anzunehmen sind.”

13. Cf. *Traditio cit.*, pp. 308-309: “Besonders was die *culpa*-Haftung angeht, so ist es Sache des Gewerbetreibenden, auf die einschlägige rechtmäßige Praxis der Ordnungsbehörden Rücksicht zu nehmen.”

14. A responsabilidade, neste caso, caberia, dentro da reconstrução proposta por THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 305, partidário da tese dominante em favor da classicidade do princípio *periculum est emptoris*, ao comprador. É portanto a exegese oposta à de HAYMANN, *ZSS* 41 (1920) 74, que, interpretando a ordem do Edil como *vis maior*, concluía ser de atribuir-se ao vendedor, antes da entrega, os riscos pelo perecimento da coisa vendida.

15. A exclusão de um tal caso, explica THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 305, decorreria das incertezas quanto à inclusão, pelos clássicos, no âmbito da responsabilidade por custódia, das hipóteses de *damnum iniuria datum* causados por terceiros. Paulo e Alfeno, conclui THIELMANN, parecem admitir uma tal possibilidade, enquanto Juliano, em contrapartida, como deduzido de D. 13,6,19 e D. 19,2,41, a negava.

A responsabilidade por culpa do vendedor, assim, verificar-se-ia no momento em que o mesmo, negligentemente, colocara as camas produzidas no meio da rua, provocando a intervenção do Edil.

Neste sentido, a responsabilidade do vendedor estaria caracterizada independentemente da discussão quanto a uma regular ou ilegal (neste caso, eventualmente equiparada à uma *vis maior*, em face do caráter de irresistibilidade do evento) conduta do Edil.

Parece-nos infrutífera a tentativa da *communis opinio*, aqui representada por Thielmann, de afastar a regra *periculum est venditoris* (e, por consequência, neste fragmento, do princípio *res perit domino*), adotada no texto por Paulo-Alfeno com fundamento na não realização da entrega ou *traditio*.

Além do evidente papel decisivo desempenhado pela tradição na *ratio decidendi*, mesmo que se admitisse, por hipótese, uma eventual responsabilidade do vendedor por custódia, tal tentativa de explicação apresentada pela *communis opinio* esbarraria em um aspecto: a intervenção do Edil.

A conduta do Edil, neste caso das camas destruídas, não seria equiparável a uma espécie de *casus minor*, pelo qual o vendedor seria responsável em face de uma pretensa obrigação de *custodia*.

Aquela intervenção ou conduta, mais exatamente, caracterizar-se-ia como um evento irresistível, comparável a um roubo efetuado por quadrilhas,¹⁶ situação esta que excluiria a responsabilidade do vendedor, não podendo ser incluída na pretensa obrigação de *custodia* deste último.

Nesta hipótese, em coerência com a “Custodialehre” aplicável ao caso pela *communis opinio*, o prejuízo pela destruição das não entregues camas pelo Edil deveria caber ao comprador, e não ao vendedor, como declarado no texto.

A intervenção do Edil, aliás, poderia até mesmo, como sugerido por parte da doutrina,¹⁷ ter-se caracterizado como uma conduta ilegal ou arbitrária, o que tornaria tal evento um tipo de *vis* ainda mais irresistível (e não, portanto, uma simples ocorrência

16. Cf. THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 307-308. Apesar da defesa, por THIELMANN, da “Custodialehre” como chave de leitura em geral do problema do *periculum rei venditae*, reconhece ele, no texto em exame, que a conduta do Edil poderia caracterizar-se como evento irresistível, não enquadrável na responsabilidade do vendedor por *custodia*.

17. Cf. neste sentido, por exemplo, MAYER-MALY, ZSS 74 (1957), p. 366.

de *casus minor*, equiparável a um furto, contra o qual certo grau de defesa – com providências prévias de maior precaução – é sempre possível).¹⁸

Eventuais excessos ou arbitrariedades por parte do Edil no caso em exame, hipotiza Mayer-Maly, poderiam ter-se verificado, não-obstante a regularidade, ou pelo menos, um não-grave comportamento do vendedor-comerciante ou carpinteiro naquela situação.

Em outros termos, podem as camas ter sido colocadas na via pública de maneira a deixar-se suficiente espaço para a circulação de pessoas ou carroças. Ou ainda, mesmo com o bloqueio da rua, ter-se verificado tal irregularidade por um curto espaço de tempo, a não-justificar, pois, uma providência tão radical por parte do magistrado-administrador.

Ou, finalmente, pressupor-se não ter sido realizada, por abuso de autoridade, falta ou irregularidade cometida pelo próprio Edil, uma necessária e indispensável notificação prévia do comerciante ou carpinteiro quanto à necessidade da imediata remoção das camas indevidamente posicionadas na via pública.¹⁹

Na interpretação deste fragmento, diante das duas mais comuns possibilidades de *rationes decidendi* até aqui expostas – o recurso à “Custodialehre” ou o reconhecimento do fundamental papel exercido pela *traditio* –, há autores, como

18. Neste aspecto, não nos parece aceitável a idéia, defendida por parte da doutrina (APPLETON, *RHS* (1926), p. 410, SECKEL-LEVY, *ZSS* 47 (1927), p. 246, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., p. 270, n.1, MAYER-MALY, *ZSS* 74 (1957), p. 365, e BENÖHR, *Synallagma*, 1965, pp.89), de que, para a responsabilidade do vendedor, até a entrega ou *mora creditoris* do comprador, não faria qualquer diferença se a ordem tivesse sido legal ou não. Contrariamente a tal idéia manifesta-se também THIELMANN, *Traditio* cit., p. 306-307, ao sustentar que uma eventual conduta ilegal do Edil caracterizar-se-ia claramente como um evento irresistível, situação esta que excluiria a responsabilidade do vendedor, não podendo ser incluída na obrigação de guarda do vendedor.

19. Cf., em sentido contrário, THIELMANN, *Traditio* cit., p. 307-308. O autor, preocupado em descaracterizar a conduta do Edil como um tipo de evento irresistível ou *vis maior* (e enquadrá-la como um caso de culpa), procura hipotizar uma intervenção regular daquele magistrado: mesmo admitindo-se uma prévia advertência ou notificação por parte da Administração, ou de uma longa tolerância de tempo, por parte do Edil, diante daquela situação irregular da posição das camas em via pública, o vendedor-comerciante ou marceneiro ter-se-ia comportado com negligência (*culpa in omittendo*), não providenciando em tempo a necessária remoção das camas. Diante da possibilidade de uma tal hipótese, THIELMANN, *Traditio* cit., p. 308, conclui ser bastante duvidosa uma suposta conduta ilegal por parte do Edil: “Rechtswidriges Verhalten des Ädils kommt also durchaus in Frage”. Neste sentido, aliás, acrescenta o autor, o texto intercalado de Juliano – D. 18,6,14 –, que cuida expressamente de um caso de conduta ilegal do Edil, não poderia servir de prova, dada a absoluta falta de detalhes sobre o tipo original de “Amtspflichtverletzung”; tratar-se-ia seguramente, segundo o autor, de uma Glosa, a qual “in den -wohl byzantinischen- Rechtsschulen ihren Ursprung hat.”

Arangio-Ruiz,²⁰ que deslocam os termos da discussão, procurando solucionar o caso de um modo diverso.

No entender deste último, tal decisão mostrar-se-ia inadequada tanto como prova da suposta adoção pelos romanos do princípio da transmissão dos riscos apenas com a *traditio (periculum est venditoris)*, quanto como testemunho da tese de que tal dogma se verificasse excepcionalmente apenas diante de determinados riscos, sempre vigente, no entanto, o princípio geral oposto *periculum est emptoris*.

O termo “*periculum*” argumenta Arangio-Ruiz, não estaria, neste fragmento, empregado em seu sentido técnico-jurídico, ou seja, de risco pela ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Não se trataria, na “*fattispecie*”. de uma hipótese de *vis maior*,²¹ mas unicamente de caso de contravenção das normas relativas ao uso das vias públicas.

Cuidar-se-ia apenas de se determinar quem devesse sofrer as conseqüências de tal ato, isto é, quem fosse o autor ou sujeito ativo da infração das normas de postura da Administração da *urbs*.

O texto, pois, em resumo, de acordo com reconstrução proposta por Arangio-Ruiz, não trataria do problema concernente à determinação de que devesse suportar o prejuízo decorrente do perecimento da coisa vendida, no caso, as camas destruídas.

Este problema não seria enfrentado neste texto, o qual cuidaria, pois, unicamente do problema da identificação do autor da contravenção.

Supondo-se, como quer Arangio-Ruiz, que o problema girasse em torno da individualização do autor da infração – o qual, neste aspecto, poderia até mesmo ser um terceiro, como, por exemplo, um transportador da mercadoria vendida –, teríamos, ao contrário, um indício de que neste fragmento discute-se, na verdade, uma questão de atribuição de riscos em matéria de compra-e-venda (e não, pois, de mera identificação do autor de uma suposta infração administrativa): o fato de que a discussão, presente neste fragmento, gire em torno só e unicamente das figuras do comprador ou vendedor (isto é, da questão quanto a quem seria o proprietário das camas – em dependência da verificação ou não da *traditio*), e não, pois, de eventual responsabilidade de um terceiro

20. *La compravendita II cit.*, p. 269-270.

21. Observa ARANGIO-RUIZ, *La compravendita II cit.*, p. 270, n.1, que nem mesmo supondo-se um abuso de poder praticado pelo Edil (como já acima referido), estar-se-ia diante de um caso fortuito ou de força maior.

(como na hipótese de um transportador, já acima referido). demonstraria que, ao contrário do sustentado por Arangio-Ruiz. não se trata de caso concernente à aplicação de pena decorrente da infração, mas sim de determinação de quem devesse suportar o prejuízo – *periculum* em sentido técnico – pela destruição das camas.

Por fim, no estudo deste fragmento, uma última chave de leitura costuma ser apresentada pela doutrina: a eventual admissão de que, na “*fattispecie*” em exame. se discutisse o problema da compra-e-venda *perfecta* ou *imperfecta* (e, portanto, da aplicação da aparente regra especial do Direito Romano clássico – tese defendida pela *communis opinio* atual –, de que, uma vez ocorrida a “perfeição” da compra-e-venda, os riscos correriam por conta do comprador (“*perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*”).

A *emptio venditio* presente na “*fattispecie*” constituir-se-ia, mais exatamente, em uma compra-e-venda em que o vendedor se obrigava a produzir ou retrabalhar uma *merx*.

Assim sendo, elencar-se-ia ela, com grande probabilidade, como sustentado, por exemplo, por Mayer-Maly²² e Thielmann,²³ dentre os casos excepcionais de *emptio venditio imperfecta*.²⁴ em outros termos, enquanto não claramente individualizadas ou identificadas as camas. ou melhor, os estrados de camas comprados, dentre aqueles expostos na via pública, em frente à loja ou marcenaria, e – mais ainda – enquanto não retirada a mercadoria ou expirado o prazo do comprador para uma tal providência (doutrina do “*Abholungsreife*”), os riscos correriam por conta do vendedor (no caso, o comerciante ou marceneiro).

22. ZSS 74 (1957), p. 365.

23. *Traditio cit.*, pp.302-303.

24. Curioso observar, todavia, que KASER, *Das römische cit.*, p. 552-553, um dos principais defensores da tese da “*emptio perfecta*” como limite ao princípio “*periculum est emptoris*”, não insere o fragmento em estudo dentre os possíveis casos de compra-e-venda *imperfecta*.

Contra a caracterização desta compra-e-venda das camas como uma “*emptio imperfecta*” se manifestam KRÜCKMANN, ZSS 60 (1940), p. 65 e ss., e ERNST, “*Periculum*” *cit.*, p. 241.

No entender do primeiro, a “compra e venda” indicada no texto seria, na verdade, uma figura *sui generis* de contrato; mais exatamente, uma tipo especial de contrato de empreitada (“*Werklieferungsvertrages*”), com base no qual o *conductor* (no caso, o “vendedor” comerciante ou marceneiro) responderia por *vis maior* (em sentido contrário, cf. THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 303: “Es kann nur *danum* gehen, ob ein auf Herstellung gerichteter Vertrag *locatio conductio* oder *emptio venditio* war”).

Já para o segundo, o contrato de empreitada (“*Werklieferungsvertrag*”), como poder-se-ia também deduzir pela declaração de Gai. 3,147, era plenamente válido, sem sujeição a qualquer cláusula condicional, tratando-se, por conseguinte, de uma compra e venda *perfecta*.

Em seguida, uma vez “aperfeiçoada” a compra-e-venda daquelas camas (com a sua individualização e com o término do prazo para a sua retirada), é que o *periculum* seria transmitido para o comprador, com a aplicação da regra especial “*perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*”

Não falta quem, por fim, na interpretação do fragmento,²⁵ justifique a atribuição dos riscos, no caso em exame, ao vendedor, por causa da natureza jurídica de *obrigação genérica* deste contrato de compra das camas, com a conseqüente aplicação do dogma “*genus non perit*”

Deixemos para o subcapítulo final, em seguida à exposição do correlato texto 3 *Alf. epit.*, D. 18,6,15,1, agora a ser examinado, para uma discussão conjunta destes dois últimos argumentos (aplicação da tese da “*emptio perfecta*” ou reconhecimento de uma *obrigação genérica*), bem como para uma análise complementar e final do pretensa incidência, neste fragmento, da obrigação de *custodia*.

II.2. O caso da “madeira comprada (*materia empti*)”

A discussão das principais questões até aqui levantadas, surgidas especialmente no exame do fragmento anterior, costuma pela doutrina ser conduzida em conjunto com a “*fattispecie*” agora em análise.

D. 18,6,15,1 (Paulo, l. 3 *epitomarum Alfeni*): “*Materia empti si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.*”

“Respondeu <o jurista Alfeno> que, se certa madeira <de construção> tivesse sido comprada e, depois de efetuada a entrega, desaparecido por causa de um furto, o

25. Cf., por exemplo, a Glosa “*ad legem*”, JHERING, *Gesam. Auf. Jahr. Dog. Privatrechts I*, 1881, p. 469 ss., e KRÜCKMANN, ZSS 60 [1940], p. 65 e 71.

risco seria do comprador. Se não²⁶ <tivesse ocorrido a entrega, a responsabilidade seria>, do vendedor. Costuma-se considerar, por outro lado, caracterizada a tradição de traves <ou vigas de madeira> quando o comprador nelas apõe um sinal <ou marca>“

A tradição simbólica de vigas de madeira através de uma marca feita pelo comprador seria, ainda nos dias de hoje, como observa Mayer-Maly,²⁷ uma prática usual no âmbito do comércio de madeiras.

Esta colocação de uma marca por parte do comprador, ao representar a tradição realizada, indicaria também, por consequência, o momento a partir do qual caberia a ele o dever de proceder à retirada das mesmas traves.²⁸

Uma bastante antiga doutrina, que remonta à Glosa de Acúrsio,²⁹ buscando harmonizar a solução presente neste fragmento (que atribui o *periculum* ao vendedor enquanto não realizada a *traditio*) com o pretense dogma geral oposto das fontes romanas – “*periculum est emptoris*” – costuma explicar a aparente contradição com o recurso à *compra-e-venda genérica*.

Em outras palavras, teríamos, na passagem em exame, uma *emptio venditio* caracterizada como uma obrigação genérica: a de entregar algumas madeiras de construção ou vigas *em geral*, isto é, quaisquer delas, desde que inseridas no *genus* ou categoria “*materia*” (vale dizer, sem a exata determinação daquelas que especificadamente deveriam ser entregues).

26. A expressão “*si minus*”, segundo alguns, seria imprópria: como observa ARANGIO-RUIZ (*La compravendita II cit.*, p. 250, n. 1), a expressão, sintaticamente, dever-se-ia referir, a rigor, ao precedente “*si furto perisset*”, e não, pois, ao “*postquam tradita esset*” (ou seja, e não, portanto, à falta de tradição), significando, em contraposição, “*si non perisset*”. De qualquer forma, diz o autor, não é improvável que tenha-se tratado de uma inexactidão terminológica por parte de Paulo, fato não raro dentre os juristas romanos, principalmente quando o contexto fosse bastante claro, de modo a não deixar margem à dúvida.

27. *Römisches cit.*, p. 114.

28. Cf. ARANGIO-RUIZ. *La compravendita II cit.*, p. 250); diante disto, de acordo com o autor, pode-se deduzir do texto que as vigas, apesar de já ocorrida a transferência da propriedade, encontrar-se-iam, quando do furto, ainda junto ao vendedor, isto é, dentro de sua esfera de atuação.

29. Cf. *Glosa ‘ad legem*

Por corolário, a responsabilidade do vendedor das madeiras pelo prejuízo decorrente do furto, declarada no fragmento, adviria da simples aplicação da regra “*genus non perit*”, sem qualquer contradição, pois, com o pretense princípio geral *periculum est emptoris*.

Ter-se-ia, pois, possivelmente cuidado, nesta hipótese reconstrutiva, como observa Krückmann,³⁰ de uma compra de madeira junto a um grande atacadista, realizada – como ainda hoje ocorre na praxe deste tipo de negócio –, através da indicação, pelo comprador, do tipo de viga procurada em um catálogo de modelos apresentados pelo vendedor.

Também muito antiga, na doutrina,³¹ é a *ratio decidendi* fundada em uma pretensa *conduta culposa* do vendedor na “*fatispecie*” em estudo: ele responderia, como declarado no texto, pelo prejuízo decorrente do desaparecimento das madeiras por furto não pelo fato de ter inexistido e *traditio* ou entrega, mas sim por ter o mesmo agido sem a necessária diligência para evitar o desaparecimento daquelas vigas de madeira vendidas.

Tentando, do mesmo modo, justificar a contradição com aquele princípio, uma *communis opinio* não tão antiga, mas já tradicional,³² reconhece neste texto a responsabilidade por custódia (“*Bewachungspflicht*”) do vendedor: ao se afirmar que, em caso de falta da tradição ou entrega, o vendedor deveria suportar o risco (*periculum*) do furto, ter-se-ia uma declaração expressa no exato sentido técnico de *custodia*.

Constituiria, pois, este texto, ao lado do anterior já examinado (D. 18,6,13), uma das principais provas em favor da doutrina dominante, que entende como clássico o princípio *periculum est emptoris*, com a limitação imposta pela responsabilidade por custódia do *venditor*.³³

30. ZSS 60 (1940), p. 69.

31. Cf. VOET, *Commentarius ad Pandectas* III, 1778, p. 474, APPLETON, *RHS* (1926), p. 411, HOETINK, *Periculum* 1928, p. 132 (que fala de violação de *custodia e diligentia*), GIRARD-SENN, *Manuel*, 8.ed., p. 365f. (que se referem à violação da *bona fides*), MIQUEL, ZSS 81 (1964), p. 143, KRÜCKMANN, ZSS 60 (1940), p. 71, e SARGENTI, *SD* 20 (1954), p. 248 (atribuindo tal solução, no entanto, aos compiladores, com a interpolação do texto de Juliano).

Contra uma responsabilidade por culpa ou por custódia do vendedor manifesta-se, especialmente, HAYMANN, ZSS 41 (1920), p. 74, e ZSS 48 (1928), p. 413 e ss.

32. Cf., especialmente, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita II cit.*, p. 249-250. MAYER-MALY, *Römisches cit.*, p. 114-115, e THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 304 e ss.

33. Neste sentido, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita II cit.*, p. 249-250, é extremamente enfático, ao afirmar ser esta passagem a mais decisiva prova em favor do reconhecimento da responsabilidade por custódia do vendedor no Direito Romano (clássico): o fragmento em que “*il dito è messo direttamente sulla piaga*” (*idem, ibidem*, p. 250).

Contra tal tese costuma-se evocar, com razão, o emprego, neste fragmento, do vocábulo “*periculum*” em expressa correspondência a “*furtum*” e ao “*venditor*”: se o “*periculum*” no texto, refere-se a furto, teríamos uma demonstração que o discutido vocábulo não indica apenas casos de “*vis maior*” – como quer a doutrina dominante capitaneada por Seckel-Levy (segundo a qual o princípio “*periculum est emptoris*” incluiria apenas a responsabilidade do comprador por ocorrências de força maior) –, mas também hipóteses de “*vis minor*”, como o caso do furto nesta passagem.³⁴

Em outros termos, se, como quer a “*communis opinio*” o vendedor é responsável por *custodia*, implicando esta na responsabilidade por furto (isto é, “*vis minor*”), enquanto o comprador arcaria com os casos de “*vis maior*”, indicado pelo termo “*periculum*” (em face do repetido dogma “*periculum est emptoris*”), haveria, no texto em exame, uma clara contradição.

Aliás, vale recordar que, também na “*fattispecie*” anterior (D. 18,6,13 e 15 pr.), o evento da destruição das camas por ordem do Edil é igualmente indicado e qualificado como *periculum*, com a sua atribuição ao vendedor.

A tentativa, frustrada, por parte da doutrina dominante, em responder a esta contradição, como se verá abaixo, residiria em um hipotético emprego especial, nas duas “*fattispecie*” (D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,5,1), do termo “*periculum*” ou seja, a sua utilização em sentido não técnico.³⁵

Em nosso parecer, esta contradição, no entanto, tem uma única explicação: o dogma *periculum est emptoris*, entendido como um princípio geral, não é clássico.

Foi ele introduzido pelos compiladores em vários textos do Digesto, tendo, todavia, alguns destes, como justamente D.18,6.13 e 15 pr. e D. 18,6,15.1, escapado da interpolação.

Contra a principal tese, sustentada pela doutrina dominante, concernente à suposta “*Obhutsverpflichtung*” do vendedor, resta o fato de que, no fragmento em exame, não há qualquer referência expressa a uma responsabilidade por *custodia* do mesmo.

34. A “*communis opinio*” reconhece ser este o “calcanhar de Aquiles” da tese da aplicação da responsabilidade por custódia em tema de “*periculum rei venditae*”: cf., neste sentido, THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 304 e ss., ao admitir a grande dificuldade trazida, neste texto, pelo uso da palavra “*periculum*” em referência a um caso de furto.

35. Cf. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita II cit.*, p. 249-250 e THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 304 e ss.

Paulo, resumindo e adotando a opinião de Alfeno, diz, simplesmente, que, ocorrida a tradição, o comprador responde pelo *periculum*, no caso, o furto verificado; antes da tradição, contudo, assevera ainda Paulo, seria o vendedor a arcar com o *periculum*.

O jurisconsulto, portanto, em nenhum momento, afirma ser o vendedor, antes da tradição, o *responsável pelo furto*; refere-se ele, em geral, ao *periculum*.

Pode-se, neste sentido, inclusive hipotizar-se que é apenas uma coincidência constituir-se o furto, nesta “*fattispecie*”, em uma das espécies de *periculum*.

Em conclusão: responde o vendedor pelo *periculum* não porque ele é responsável por custódia – algo que Paulo nunca afirmou, nem tampouco se serviu do termo *custodia* ou algum verbo com significado correspondente, como, em contrapartida, se pode verificar em outros textos, v.g., D. 18,6,3, D. 19,1,31 pr. e D. 18,1,35,4) –, mas porque *res perit domino*.

Não há, pois, como deduzir, como querem alguns, que, não ocorrida a tradição, o vendedor responderia por furto, e o comprador por “*vis maior*” Paulo, como já acima se disse, afirma unicamente que, antes da tradição, é o vendedor a responder pelo *periculum* (no caso, um furto).

O fundamento ou *ratio decidendi*, pois, da decisão do jurista, não reside em uma pretensa responsabilidade por custódia, mas, sim, na questão da *transferência da propriedade por meio da tradição ou entrega*.

II.3. *Exegese conjunta das duas “fattispecie”*

A contradição ou incompatibilidade entre a solução acolhida neste grupo de textos – D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15.1 – e a regra *periculum est emptoris*, aplicada como princípio geral em uma série de passagens no *Corpus Iuris*, foi desde sempre objeto de grande preocupação por parte dos intérpretes, os quais buscaram constantemente formas de conciliação,³⁶ como veremos em seguida.

Era metodologicamente vigente, como se sabe, a conhecida “*Pandektenharmonistik*”

36. Cf., neste aspecto, THIELMANN. *Traditio cit.*, p. 301 e ss., que traz grande apanhado historiográfico sobre a questão, como a seguir exposto.

No entender de Rabel,³⁷ não teriam os juristas clássicos uma doutrina unitária para o problema do *periculum rei venditae*.

A transmissão dos riscos do vendedor ao comprador poderia recair, de acordo com o caso, em momentos diversos, representando a *traditio* apenas o mais tardio deles.

Além disso, em um grupo de casos, determinados tipos de riscos, como danos causados por terceiros ou furto, presentes, por exemplo, nos textos em exame (D.18,6,13 e 15, pr. e D. 18,6,15,1), não eram concebidos no âmbito do assunto do *periculum rei venditae*, o qual pressuporia apenas prejuízos decorrentes de modificações naturais.³⁸

Já Beseler,³⁹ em sua hipótese reconstrutiva de D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18.6.15,1, propunha, dentre outras críticas, a eliminação do vocábulo “*periculum*” entendendo que em seu lugar, originariamente, fosse expressa a idéia de “*damnum*”

Conforme outros autores, especialmente Siber,⁴⁰ Jörs-Kunkel-Wenger,⁴¹ Honsell,⁴² e Mayer-Maly,⁴³ os riscos decorrentes de intervenções ou agressões de força do Estado, como as presentes em D.18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1, não eram enquadrados na regra *periculum est emptoris*.

Neste sentido, tal regra ou princípio geral indicaria, mais exatamente, que o comprador arcava com os prejuízos decorrentes do perecimento ou deterioração do objeto do contrato, mas não respondia por riscos derivados da aplicação de “medidas legais” (“*Rechtsverlust*”).⁴⁴

Meylan,⁴⁵ por sua vez, propôs – como tese intermediária – que o princípio *periculum est emptoris* valesse apenas para os casos de deterioração do objeto da compra.

37. ZSS 42 (1921), p. 559 e ss.

38. Como observa THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 298, não fornecia RABEL, porém, uma preciso critério para a determinação exata deste grupo de casos.

39. *Tijdschrift* 8 (1928), p. 297.

40. *Röm. Recht* II, 1928, p. 197.

41. *Röm. Recht*. 3. ed., p. 229, n. 10.

42. *Quod interest im bonae fidei iudicium*, 1969, p. 125.

43. Cf. JÖRS-KUNKEL-WENGER. 4. ed., 1987, p.310, n. 60

44. Também estes autores, como salienta THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 298, não fornecem outras provas de uma tal limitação

45. *Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift für Theo Guhl*, 1950, p. 9 e 33 e ss.

Já em caso de perecimento total, dever-se-ia distinguir entre *res Mancipi* e *nec Mancipi*: no primeiro caso, permanecia a *Mancipatio* o momento determinante para a transmissão dos riscos ao comprador; no segundo, em contrapartida, tal momento recairia no pagamento do preço, ainda que em certos casos, como no das camas destruídas ou das madeiras roubadas (D.18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1), ter-se-ia excepcionalmente levado em consideração, na atribuição dos riscos, a situação da coisa quanto à sua posse.⁴⁶

Por fim, Sargenti⁴⁷ – também como proposta de meio-termo –, sugeriu que o princípio *periculum est emptoris*, apesar de clássico, e resultado da evolução da originária compra e venda romana concebida como dupla estipulação, tivesse admitido exceções, especialmente quando, como em D.18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1, o comprador não contasse com a guarda do objeto. A responsabilidade por custódia do vendedor, por sua vez, não ter-se-ia constituído como elemento inerente da compra e venda.

Não obstante tais esforços, as duas mais importantes tentativas de compatibilização do grupo de textos em exame com o princípio “*periculum est emptoris*” orientaram-se – e orientam-se ainda hoje –, basicamente, por dois outros caminhos: ora com o recurso à figura da *obrigação genérica*, ora à da *responsabilidade do vendedor por culpa ou custódia*.

1) Com a primeira, salienta-se que, tratando estes passos de compra e venda genérica, deveria o vendedor, antes da *traditio* ou da *mora creditoris* do comprador (ou seja, já a partir da celebração do contrato), responder, excepcionalmente (isto é, contrariamente ao pretense princípio geral *periculum est emptoris*), pelo *periculum*, como corolário do dogma *genus non perit*.

Em outros termos, se o gênero não parece, não pode, em teoria, ter aplicação o princípio *periculum est emptoris*, já que, antes da entrega ou mora, o objeto da compra e venda ainda não estaria juridicamente individualizado.

Por conseqüência, a *emptio venditio* apresentar-se-ia como *imperfecta*.

46. A fim de enquadrar o caso das madeiras roubadas – D.18,6,15,1 – dentro deste esquema interpretativo, como observa THIELMANN. *Traditio cã.*, p. 298, viu-se MEYLAN obrigado, evidentemente, a supor, forçosamente, que as madeiras tivessem sido provavelmente destruídas pelo ladrão; deste modo, o fato da não aplicação do princípio *periculum rei venditae* (válido, segundo o autor, apenas para os casos de deterioração da coisa) poderia encontrar justificativa.

47. *SD* 20 [1954], p. 211.

Daí, a atribuição dos riscos ao vendedor.⁴⁸

O principal argumento contra a solução da compra e venda genérica, segundo a opinião dominante,⁴⁹ à qual, neste ponto, nos filiamos, funda-se na terminologia empregada através das expressões “*lectos emptos*” e “*materia emptā*”.

Com estas expressões, parece fazer-se referimento não a camas ou madeira em sentido genérico, mas, especificamente, “àquelas” camas ou madeiras objeto da compra. As camas e as madeiras, portanto, apresentar-se-iam como bens certos e determinados, vale dizer, como *species*, constituindo, assim, objetos de *obrigações específicas*.⁵⁰

Caso contrário, em se querendo referir-se a obrigações genéricas, dever-se-ia ter empregado o ablativo absoluto – “*lectis emptis*” “*materia emptā*” –, com o que, então, dar-se-ia o sentido genérico de “camas compradas” (qualquer uma) ou “madeira comprada” (qualquer); só em tal hipótese, então, ter-se-ia manifestado a necessidade de individualização do objeto da compra, ainda não *perfecta*.

2) Por meio da segunda principal tentativa de explicação da aparente contradição presente no grupo de textos em exame, recorre-se, como já se disse acima, no exame separado dos fragmentos, à responsabilidade do vendedor por *culpa e custodia*.

Esta interpretação deste grupo de passagens de Paulo-Alfeno, portanto, orienta-se em favor da tese da responsabilidade por *culpa e custodia* no âmbito de uma geral “*obrigação de guarda*” (“*Obhutspflicht*”) do vendedor.

Descumprida tal obrigação, como nas duas “*fattispecie*” em estudo, caberia ao vendedor o pagamento de uma indenização pelo *damnum* causado ao comprador.

48. Em favor de uma compra e venda genérica manifestam-se, como já acima vimos, a Glosa de Acursiō, JHERING, *Gesam. Auf. Jahr. Dog. Privatrechts* I, 1881, p. 469 e ss., KRÜCKMANN, ZSS 60 [1940], p. 65 e 71 e ss., VOET, *Commentarius ad Pandectas III*, 1778, p. 474, APPLETON, RH 5 (1926), p. 411, GIRARD-SENN, *Manuel*, 8. ed., 1929, p. 580, n. 5 e 583, n. 2, e MONIER, *Manuel* II, 5. ed., 1954, p. 48 (este último, com a particularidade de considerar a compra e venda genérica interpolada, ou seja, obra dos compiladores).

49. Cf., dentre outros, PERNICE, *Labeo* I, 1873, p. 463, n. 28, BECHMANN, *Der Kauf nach Gemeinem Recht* II, 1884, p. 335, n. 1 (limitadamente ao caso da madeira roubada), HAYMANN, ZSS 41 (1920), p. 73, HOETINK, “*Periculum*”, 1928, p. 127, SARGENTI, SD 20 (1954), p. 248 (este último autor, no entanto, admite a solução contestada – de compra-e-venda genérica para o caso da madeira roubada), PROVERA, *Studi in onore di Emilio Betti* III, 1962, p. 708.

50. Cf., neste sentido, HAYMANN, *Textkrit.* II, p. 73 e ss.

Dai, a *ratio decidendi* dos dois fragmentos estudados, no sentido – argumentando-se *a contrariis* – da atribuição do “*periculum*” ao vendedor antes da *traditio* ou *mora creditoris* (“Annahmeverzug”) do comprador.

Mais exatamente, como assevera Thielmann,⁵¹ o principal defensor de tal chave de leitura na doutrina atual, o vendedor. nestas “*fattispecie*” das camas destruídas e da madeira roubada, até o momento da *traditio* ou da incursão do comprador em *mora creditoris*, arcaria com uma “obrigação de guarda” da coisa vendida (“Obhutspflicht”).

Assim, com a destruição das camas e com o roubo da madeira, verificar-se-ia, por parte do vendedor, o descumprimento de tal obrigação, recaindo-lhe a responsabilidade.⁵²

Esta “Obhutspflicht” do vendedor poderia compreender tanto a uma responsabilidade por *custodia* quanto responsabilidade por *culpa*.⁵³

Neste aspecto, mais provavelmente, o caso das camas destruídas corresponderia à responsabilidade por *culpa*, enquanto o da madeira roubada, à responsabilidade por *custodia*.⁵⁴

Por conseqüência, conclui Thielmann, o termo *periculum*, empregado em D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1 indicaria, justamente, esta “Obhutspflichtung” bem como o seu descumprimento por parte do vendedor.

51. *Traditio cit.*, p. 303 e ss.

52. Cf. *Traditio cit.*, p. 309: “Nach alledem ist wohl für den Fall der zerschlagenen Bettstellen als auch für den des gestohlenen Bauholzes davon auszugehen, daß den Verkäufer bis zur Übergabe bzw. bis zum Eintritt des Annahmeverzuges eine Obhutspflicht traf und er wegen Verletzung dieser Pflicht verantwortlich war, wenn die Bettgestelle vorher zerschlagen oder das Bauholz vorher gestohlen wurde”

53. No que se refere, neste grupo de passos, à questão das *actiones* concedidas ao comprador e ao vendedor contra o terceiro causador do dano (mais exatamente, o Edil no caso das camas destruídas e o ladrão no da madeira roubada), cf. ainda THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 315 e ss., que conclui (sem novidades de relevo): “Es wurde zu den Klagen des Käufers gegen Dritte Stellung genommen, welche die Kaufsache zerstören oder stehlen (*actio legis Aquiliae, rei vindicatio, condictio ex causa furtiva, actio furti*). Dabei ergab sich, daß der Verkäufer dem Käufer seine Klagen zu “zedieren” hatte, wenn er für den Verlust der Sache nicht verantwortlich war. Hatte der Verkäufer seine Obhutspflicht verletzt, so entging ihm der Kaufpreis. Er behielt aber seine Klagen gegen den Drittschädiger” (*Traditio cit.*, p. 325). Observe-se que THIELMANN, *Traditio cit.*, p. 311, contrariamente a BESELER, considera clássica a cessão de ações referida no passo de Juliano-Urséio (D. 18.6.14).

54. Cf. *Traditio cit.*, p. 303: “Es soll aber schon hier gezeigt werden, daß im Alfenus/Paulus-Text die *culpa* des Verkäufers für den Fall der Bettgestelle und die *custodia*-Haftung für den Fall des Bauholzes anzunehmen sind”

Não haveria, portanto, necessidade de justificar a presença daquele vocábulo nestes passos como a significar como proposto por Arangio-Ruiz, responsabilidade por uma “contravenção penal”: “vielmehr geht es darum, ob die allgemeine Verletzung der Obhutspflicht aus den Gesichtspunkten *custodia* oder *culpa* durch den Verkäufer dazu führt, daß er die ‘Gefahr’ trägt”⁵⁵

Não obstante tal observação, o grande obstáculo enfrentado por aqueles, como Thielmann, que defendem tal predominante tese continua sendo o da determinação do exato sentido do termo *periculum* no modo como empregado nos textos em investigação.

Eles pareceriam estar em contradição com a hipótese reconstrutiva da *communis opinio* (classicidade do princípio *periculum* [=risco pela *vis maior*] *estemptoris*, bem como da responsabilidade por *custodia* do vendedor).

De fato. Admitindo-se, como quer tal *communis opinio*, que aquele princípio fosse limitado pela (suposta) responsabilidade do vendedor por custódia, *periculum* deveria significar, normalmente, risco do comprador apenas por *vis maior*, já a partir da celebração do contrato, ou seja, antes da *traditio*, solução esta inteiramente contraditada pelos passos de Paulo-Alfeno em consideração.

Cabe ainda a Thielmann a mais atual tentativa de superação de tal quase intransponível obstáculo.

Segundo ele, o vocábulo “*periculum*”, nestas duas passagens, não significaria “*damnum*”, ou seja, responsabilidade pela indenização do prejuízo, como já em passado proposto por Beseler,⁵⁶ nem tampouco “*periculum culpae sive custodiae*”, isto é, risco da responsabilidade por *culpa* ou *custodia*, como defendido por grande parte da doutrina dominante.⁵⁷

A primeira leitura, segundo Thielmann, indicaria apenas o problema do “*Leistungsgefahr*”, ou seja, do *damnum* a ser indenizado do vendedor (que suporta o prejuízo pela perda da coisa, não podendo exigir o pagamento do preço), deixando-se de

55. *Traditio cit.*, p. 309.

56. *Tijdschrift* 8 (1928), p. 297.

57. Como, dentre outros, RABEL., *ZSS* 42 (1921) p. 554, SECKEL-LEVY, *ZSS* 47 (1927), p. 248 e 253, HOETINK., *Periculum*, 1928, p. 135. MIQUEL., *ZSS* 81 (1964), p. 143, BENÖHR, *Synallagma*, 1965, p. 89, e ERNST, *Gefahrtragung*, 1981, p. 20.

lado a questão do “Preisgefahr” isto é, da eventual necessidade de pagamento do preço pelo comprador, sem o recebimento da coisa comprada.

Já a segunda, apesar de poder indicar não-só o “Leistungsfahr” como também o “Preisgefahr”, mostrar-se-ia, por isto mesmo, não errada. mas “insuficiente”⁵⁸ e “imprecisa”⁵⁹

Na verdade, porém, conclui Thielmann (especialmente com base na confrontação dos fragmentos em exame com D. 19,1,54 pr., o qual, pelo seu conteúdo e posição no Digesto – título “*De actionibus empti venditi*”, em contraposição ao título “*De periculo et commodo rei venditae*”, *sedes materiae* de D. 18,6,13 e 15 –, empregaria *periculum* no sentido de *damnum*), apesar do ferimento da “obrigação de guarda” por parte do vendedor poder gerar, em teoria, tanto um problema de “Leistungsfahr”, quanto de “Preisgefahr”⁶⁰ indicar-se-ia com o termo *periculum*, nos casos específicos de D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1, apenas esta última questão⁶¹).

“*Periculum*”, mais exatamente, significaria nestes dois passos – pode-se deduzir da leitura de Thielmann –, “responsabilidade pelo perecimento da coisa decorrente de *culpa* ou *custodia*”, ou seja, por qualquer evento não consiste em *vis maior*.

Assim. dentro da hipótese reconstrutiva do autor para estas duas “*fattispecie*”, a solução *periculum est emptoris*, “*si traditi essent emptori aut per eum stetisse*” (D. 18,6,13) ou (interpretando-se *a contrariis*) “*quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur*”⁶¹ “*postquam tradita esset*” (D. 18,6,15 pr.-1), significaria: o comprador, a partir da *traditio* ou da sua incursão em *mora creditoris*, passaria a responder não só pelo perecimento da coisa por *vis maior*, já

58. *Traditio* p. 311: “Es reicht nicht aus, *periculum* generell mit ‘Gefahr der *culpa*- oder *custodia*-Haftung’ zu interpretieren, weil damit immer wieder nur auf die Schadenersatz-Haftung abgestellt würde, die in unserem Fall nicht weiterhilft”

59. *Traditio cit.*, p. 314: “Es ist nicht falsch, aber zu ungenau, das dort angesprochene *periculum* als *periculum culpae sive custodiae* zu bezeichnen; denn diese Gefahr kann sich auf Preis und/oder *damnum* erstrecken”.

60. Em outros termos: o descumprimento pelo vendedor da “Obhutspflicht” produziria, em termos gerais e teóricos (ou seja, não especificamente nos casos de D.18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1), tanto a responsabilidade daquele pela indenização, quanto a exoneração do comprador da obrigação de pagar o preço. Cf. *Traditio cit.*, p. 313: “Die *culpa* des Verkäufers in Ansehung der Obhut über die Kaufsache bzw. die Verletzung seiner Pflicht zur *custodia* hatten nach alledem eine doppelte Konsequenz. Einmal konnten sie zur Ersatzpflicht des Verkäufers führen, zum anderen aber entlasteten sie den Käufer vom *periculum emptoris* im Sinne der Preisgefahr. Von daher betrachtet erscheinen D. 18,6,13 und 15 in keiner Weise rätselhaft. Sie betreffen die Preisgefahr”

61. *Traditio cit.*, p. 314: “Nach alledem ist festzuhalten: D. 18,6,13 und 15 betreffen die Preisgefahr”.

anteriormente a seu cargo, como também por *vis minor* (furto) ou qualquer outro evento devido à *culpa* ou inobservância da obrigação de *custodia*.

Ou seja, perderia a coisa, mas deveria pagar o preço, e, se já o tivesse pago, não receberia o preço de volta (=“Preisgefahr”).

Verificar-se-ia, portanto, com os referidos elementos da *entrega* ou da *mora do comprador*, uma mudança no âmbito ou extensão do *periculum emptoris*: antes deles, responderia o vendedor por *culpa* ou *custodia* e o comprador por *vis maior*; depois deles, passaria o comprador a responder por qualquer evento, excetuando-se a hipótese de *dolus* do vendedor.

A “obrigação de guarda” do vendedor (no sentido de responsabilidade por *culpa* ou *custodia*) duraria, portanto, até a entrega.⁶²

Em conclusão: D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1 deveriam ser interpretados, no entender de Thielmann, como casos de responsabilidade do vendedor por *culpa* e *custodia* dentro dos limites ou no âmbito do problema do “Preisgefahr” permanecendo íntegro, diante destes textos, o princípio (clássico, segundo o autor) *periculum est emptoris*, em sua validade geral.⁶³

Contra a tese da responsabilidade por *culpa* ou *custodia* do vendedor, no âmbito da discussão do problema do *periculum rei venditae*, e, mais especificamente, da interpretação dos fragmentos em estudo, manifestou-se principalmente Haymann.⁶⁴

62. Cf. *Traditio cit.*, p. 313: “Die Preisgefahr im Hinblick auf das *periculum vis maioris* liegt schon vorher beim Käufer. Die Übergabe beendet aber die Obhutspflicht des Verkäufers und damit seine Verantwortlichkeit für *custodia* und *culpa*”; p. 313: “Der Satz ‘*periculum est emptoris*’ wird in seiner prinzipiellen Gültigkeit von D. 18,6,13;15 nicht tangiert. Nur verändert sich der Umfang des *periculum emptoris* mit *traditio* oder Annahmeverzug des Käufers. Diebstahl, Sachzerstörung und andere Anlässe des Sach’untergangs’, die vorher wegen *culpa* oder Verletzung der *custodia*-Pflicht des Verkäufers -gerade auch im Sinne der Preisgefahr- zu dessen Lasten gingen, führen nachher dazu, daß der Käufer die Sache verliert und trotzdem den Preis zahlen muß. Oder, wenn er schon gezahlt hat, erhält er den Preis nicht zurück”.

63. Cf. *Traditio cit.*, p. 314-315: “So erklären sich die Fragmente D. 18,6,13 und 15 aus der Verantwortlichkeit des Verkäufers für *culpa* und *custodia* im Hinblick auf die Preisgefahr”; e pp.325: “Vielmehr -und das ist der Sinn der Fragmente D. 18,6,13 und 15- führen sie zur Verlagerung der Preisgefahr auf den Verkäufer, sofern er seine Obhutspflicht verletzt. Die Obhutspflicht des Verkäufers im Sinne der Verantwortlichkeit für *culpa* und *custodia* dauert normalerweise bis zur Übergabe. Mit Eintritt des Annahmeverzuges des Käufers haftet der Verkäufer nur noch für *dolus*. Der klassische Satz *periculum est emptoris* wird also durch D. 18,6,13 und 15 nicht in seiner Geltung angefochten”

64. *Textkrit. II*. p. 74.

O jurista Paulo, já em outro fragmento – D.19,1,54 –, argumenta Haymann, discutia com grande preocupação acerca de um possível errôneo manuseio da coisa por parte do vendedor como verdadeira causa da deterioração da mesma.

Assim sendo, não poderia o jurista, em D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1, aceitar aquela hipótese, não ter de modo algum feito referência ao “Schuldmoment”

Também uma eventual responsabilidade por custódia, segundo Haymann, seria de excluir-se, já que a desapropriação, presente no primeiro texto, equivaler-se-iam aos casos de “Räuberbande” ou da “Reparatur eines Hauses”. não alcançados pela pretensa *custodia* do vendedor.

Quanto, enfim, ao significado da presença destes textos – ou seja, D.18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1 (que contradizem o princípio *periculum est emptoris*) – na Compilação, propunha Haymann,⁶⁵ com razão, em nosso entender, uma *duplex interpretatio*:

a) no Direito clássico, indicaria a relevância fundamental desempenhada pela *traditio* na questão da atribuição dos riscos na compra-e-venda (“*res perit domino*”).

b) no Direito justinianeu a atribuição do *periculum* ao vendedor antes da entrega das coisas decorreria, no caso de D. 18,6,13 e 15 pr., de *culpa* do vendedor, o qual, ao deixar as coisas na rua, não teria agido com a *diligentia boni patris familias*, grau de culpabilidade imposto ao *venditor* pelos compiladores de Justiniano, e, no caso de D. 18,6,15.1, de *dolus* ainda do vendedor ou conduta sua em desacordo com a *bona fides* da fórmula.

Concluimos.

O emprego do vocábulo *periculum* no sentido empregado nas duas “*fattispecie*”, objeto deste estudo, parece-nos prova irrefutável, ao contrário do sustentado por Thielmann e sequazes, de que o pretense princípio *periculum est emptoris*, no direito clássico, não se teria configurado como um “princípio”

Nem tampouco a *traditio*, em relação ao problema dos riscos na compra-e-venda, significaria ou indicaria, como sugerido por aqueles, apenas “o momento da cessação da obrigação de custódia do vendedor”

Em época clássica, pois, em nosso entendimento, um dos papéis fundamentais – senão o mais relevante – na questão da atribuição de riscos era desempenhado pela ocorrência ou não da *traditio* ou entrega.

65. *Textkrit.* II, p. 76.

De acordo com esta, decidia-se, caso a caso, a quem atribuir o risco, ou seja, o *periculum*.

Justamente por tal motivo, a presença, em alguns textos do Digesto – como aqueles objeto do presente estudo (D. 18,6,13 e 15 pr. e D. 18,6,15,1) – não-só da expressão *periculum emptoris* quanto também de *periculum venditoris*, aspecto este que sempre representou, como acima vimos, sempre um grave obstáculo aos defensores da tese da responsabilidade por *culpa* ou *custodia* do vendedor.

Foram, portanto, os justinianeus, com grandíssima probabilidade, os responsáveis pela elevação da solução *periculum est emptoris* – válida, segundo os clássicos, apenas se a *tradio* já tivesse ocorrido – ao status de um “*princípio geral*”

São Paulo, setembro de 2004.