

“*PIGNUS DATUM*”: NÓTULAS SOBRE O PENHOR NO DIREITO ROMANO

Gustavo Juruena Eidt

Introdução; conceito; origem; forma de constituição; objeto; características; direitos e obrigações pignoratícias; tutela processual; extinção; conclusão; bibliografia.

Resumo: O trabalho a seguir apresenta, em linhas gerais, o instituto do “*pignus*” tal como foi disciplinado ao longo do império romano, considerando as peculiaridades apresentadas em cada uma das fases por que passou a sociedade romana, especialmente a época clássica. Trata-se de um estudo que perpassa pela formação e evolução da sociedade e pela utilidade do instituto do “*pignus*” para o direito privado romano.

Palavras chave: “*pignus*”; época clássica; “*bonus pater familias*”.

Abstract: The following paper work presents, in general lines, the “*pignus*” institute like was study throught de roman empire, considering the characteristics presented by each one of the roman society fases, specialy de classic. It’s a study that pass by the formation and evolution of the society and by the utility of the “*pignus*” for the private roman right.

Key words: “*pignus*”; classical time; “*bonus pater familias*”.

INTRODUÇÃO

O Direito evoluiu ao longo dos tempos tal como as sociedades, mesmo porque aquele é o reflexo dos anseios e necessidades destas. Nesta seara temos que os ordenamentos jurídicos hodiernos acabam por, inevitavelmente, resguardar preceitos e institutos criados em outros tempos, ainda que possam se configurar e se distingüir dos seus antecessores em alguns aspectos. À medida que as sociedades vão se modificando, também o Direito vai se alterando. “Afinal, também o caminho se faz caminhando¹”

Portanto, o Direito Romano ainda que não esteja vigente em quase nenhuma parte do mundo possui um reconhecido valor formativo e é insubstituível na formação

¹ Cf. SANTOS JUSTO, António dos. *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do Direito)*, (Coimbra, 2005), nota prévia.

de um bom jurista². É por esta razão que o estudo que ora se apresenta encontra sua justificação maior.

O presente trabalho versará sucintamente sobre o instituto do penhor (*pignus datum*) no direito romano. Para tanto, desde logo, tratar-se-á de apresentar o instituto em sua visão geral com o escopo de garantir subsídios que permitam compreender pormenorizadamente esta forma de garantia real. Em um segundo momento, o estudo referir-se-á às origens; modos de aquisição; objeto e características; direitos e garantias pignoratícias; tutela processual; e, das formas de extinção do *pignus*, para, ao final, traçar algumas linhas alusivas ao entendimento exprimido com o estudo.

Conceito

Ainda que seja temeroso limitar o instituto através de um conceito³, sob pena de estancar a evolução do direito, CABRAL DE MONCADA assevera que ‘não há ciência sem conceitos’⁴. A conceitualização, portanto, ainda que perigosa, é necessária.

Nessa linha, segundo as claras lições de SANTOS JUSTO, ‘O penhor (*pignus*) é um contrato bilateral imperfeito em que uma pessoa entrega a outra uma *res* para garantir uma obrigação própria ou alheia. O devedor (credor da obrigação garantida) torna-se possuidor, mas em nome do credor’⁵.

Extrai-se desta definição, que o *pignus*⁶ é um instituto que visa reforçar o cumprimento de uma obrigação contraída. É uma garantia real, pois somente pode ser constituído com a *traditio* (entrega da coisa), o que, com efeito, remete o penhor a se constituir mormente sobre coisas móveis.

Origem

² Cf. CRUZ, Sebastião, *Actualidade e utilidade dos estudos romanísticos*⁵, (Coimbra, 1987), p. 23.

³ Cf. D. 50, 17, 202. “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*”/ (Toda a definição em direito civil é perigosa).

⁴ CABRAL DE MONCADA, Luís, *Filosofia do direito e do estado II. Doutrina e crítica* (Coimbra, 1966), p. 68-69.

⁵ SANTOS JUSTO, António dos, *Direito privado romano II (Direito das obrigações)*, in *Studia Iuridica* 76 (2003), p. 47.

⁶ A etimologia do vocábulo *pignus* vem de ‘punho’, ou seja, o penhor é aquilo que se transmite (se entrega) com as mãos.

O penhor foi instituído como uma garantia real de obrigações jurídicas tão somente no período final da República Romana⁷. Mediante os *interdicta possessionis*, o pretor passou, através do seu *imperium*, a possuir certos poderes para criar *ius praetorium* (ainda que de forma indireta). Conforme VIEIRA CURA, tal não deve ter ocorrido antes de meados do século III a.C., quando foi verificado pela primeira vez o uso do edito do pretor⁸.

Anteriormente ao reconhecimento jurídico, o *pignus* já era prática comum utilizada informalmente pelos romanos para garantirem os seus negócios. A primeira vez em que foi documentado a utilização do instituto, ele apareceu em forma de três cláusulas em um contrato agrário de Catano, por volta do III e II séculos a.C.⁹.

O penhor surgiu como uma reação dos garantes ao instituto da fidúcia¹⁰. Para eles (os garantes), a entrega do *dominium* (propriedade) da *res*¹¹, como ocorria no instituto anterior, era inconveniente. Porque impossibilitava os devedores em conceder o bem penhorado como garantia de satisfação de outros créditos. Além disso, a fidúcia se restringia a garantir as *res Mancipi*¹², enquanto o penhor não fazia tal restrição. Ademais, porque no momento de criação do instituto jurídico, o único meio que os garantes possuíam para exigirem a restituição da coisa era uma ação pessoal (*a actio*

⁷ A República romana compreende o período entre 510 a.C. – 27 a.C.; Cf. CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius romanum)*⁴ (Coimbra, 1984), p. 41.

⁸ VIEIRA CURA, António A, *Fidúcia cum Creditore*, in BDFD Suplemento XXXIV (1991), p. 152.

⁹ Cf. BURDESE, Alberto, *Pegno in ED XXXII* (1982), p. 664.

¹⁰ “A fidúcia, no *Ius Romanum*, é uma instituição jurídica surgida na época arcaica e que, praticamente desaparecida no período pós-clássico, veio a ser formalmente abolida por Justiniano. Consistia na transferência da propriedade de uma coisa (*datio*) – ou do poder jurídico sobre uma pessoa – realizada, através de *mancipatio* ou in *iure cessio*, por alguém (fiduciante) a favor de outrem (fiduciário), para certos fins.” Cf. VIEIRA CURA, *Op. Cit.*, p. 5-7.

¹¹ “A **res** pode ter três significados em linguagem jurídica: pode ser uma coisa corporal, individual, delimitada, juridicamente autônoma (em sentido estrito); tudo aquilo que pode ser objeto de um direito privado ou de um processo civil (em sentido amplo); e, também, o patrimônio como um todo. No entanto, apenas a primeira definição pode ser relacionada aos direito reais”. Cf. KASER, Max, *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle (Lisboa, 1999) p.121.

¹² Na época clássica distinguem-se as *res Mancipi* e as *res nec Mancipi*. Os *fundi* itálicos, as casas (*aedes*) situadas em solo itálico, os *servi*, os animais maiores e as quatro servidões rústicas mais antigas: *iter*, *via*, *actus* e *aquaeductus* compreendiam as *res Mancipi*. Enquanto todas as demais eram *res nec Mancipi*. Cf. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano I – Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*,² in *Studia Iuridica* 50 (2003) p. 167; Cf. CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de Direito Romano*²¹, (Rio de Janeiro, 1998) p. 156; Cf. KASER, *Op. cit.*, p. 122.

fiduciae), o que não suscitava aos proprietários a segurança em utilizarem-se da fidúcia como forma de garantia¹³.

Com o reconhecimento jurídico do *pignus* e o conseqüente aumento da demanda pela sua utilização a fidúcia foi caindo em desuso, contudo, sem ser excluída do ordenamento jurídico¹⁴. A complexidade da realidade social acabou por impor aos Romanos o instituto jurídico do penhor, possibilitando uma forma de garantia real que evitasse a privação do *dominium*, satisfazendo, assim, a necessidade de segurança nas relações jurídicas, sem que tal desencorajasse os garantes a utilizarem-se de recursos de crédito.

Frise-se, no entanto, que o penhor não veio para substituir a fidúcia, mas sim, veio preencher uma lacuna deixada pelo instituto anterior, suprimindo, portanto, uma demanda de uma sociedade romana mais exigente, mais complexa.

Forma de constituição

A garantia pignoratícia podia ser constituída de três formas: pelo penhor voluntário, penhor judicial ou por ato *mortis causa*. Contudo, originariamente, o *pignus* constituía-se pela vontade das partes (por convenção – penhor voluntário), através da transferência (imediata) da posse de uma coisa, do devedor ou de terceiro para o credor. Realizava-se, efetivamente, pela *traditio* (entrega da coisa) de uma coisa móvel ou imóvel¹⁵ ao credor que detinha, então, a posse precária do bem, segundo lição de ULPIANUS¹⁶. De acordo com SOLAZZI, o adjetivo mais adequado para caracterizar o penhor não era garantia ‘real’, mas sim, ‘manual’, pois o penhor se constituía pela entrega efetiva da *res* (feita pela mão)¹⁷.

¹³ Em via contrária, o instituto da Fidúcia era particularmente atraente aos credores, que passavam a ter o *dominium* da *res*, e, conseqüentemente, asseguravam-se de todos os meios capazes de garantirem a propriedade. VIEIRA CURA, *Op. Cit.*, p. 153.

¹⁴ Os Romanos (em geral) não excluía de seu ordenamento as figuras jurídicas que se tornavam superadas por outras. Existia um espírito conservador e de prudência que ratificava a desnecessidade de acabar com institutos jurídicos caídos em desuso. Cf. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral* (2003), p. 22.

¹⁵ Cf. VIEIRA CURA, *Op. Cit.*, p. 155.

¹⁶ Ulpianus é considerado o último grande jurista da Época Clássica. Cf. CRUZ, *Direito Romano*, *Cit.*, p. 46.

¹⁷ Cf. SOLAZZI, Siro, *Sull'Obbligazione garantita dal pegno corporale*, in SDHI XXIII (Roma, 1957) p. 311.

O penhor judicial, de outra feita, constituía-se de duas formas: através de uma sentença do magistrado que condenava o devedor e, portanto, determinava a apreensão da coisa (*res*) para garantir a obrigação (*ex causa iudicati captum*); e a outra forma, que o direito Justinianeu atribuiu como sendo uma forma de garantia, era o meio, habitualmente operado pelo magistrado, para induzir o sujeito a um determinado comportamento (*pignus praetorium*)¹⁸.

Havia, ainda, a constituição do penhor por ato *mortis causa*. Ou seja, o penhor que decorre de legado ou fideicomisso¹⁹.

Objeto

O penhor podia ser constituído (a principio) somente com a entrega de coisas suscetíveis de posse²⁰, móveis ou imóveis. Restavam excluídas, por conseguinte, todas as *res extra commercium*²¹. Outrossim, quanto as *res commercium*, apenas podiam ser penhorados os bens corpóreos e incorpóreos passíveis de compra e venda. Tal restrição diz respeito justamente à característica da *traditio*, já que a *datio pignoris* se dava em favor do credor que necessitaria tomar a posse da *res*. Segundo SEBASTIÃO CRUZ, o ato constitutivo do penhor residia, precisamente, numa *pignoris datio*, sendo objeto da entrega não a coisa, mas o próprio direito do penhor²².

O penhor sobre coisas corpóreas, para ser válido, somente poderia ser constituído pelo proprietário, civil ou bonitário. A legitimidade para entregar em penhor as coisas incorpóreas, por sua vez, era unicamente do respectivo titular da *res*²³, como consta do texto de PAPIANUS²⁴.

¹⁸ Cf. BOVE, Lucio, *Diritto romano*, in NNDI XII (1957), p. 764.

¹⁹ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*. vol. I¹³ (Rio de Janeiro, 2002) p. 354.

²⁰ Mais tarde (mas ainda na Época clássica), obtendo o credor pignoratício o *ius distrahendi* (direito de vender o objeto do penhor), tudo aquilo que fosse alienável passou a ser objeto de penhor. Na época clássica era possível, destarte, constituir-se o penhor sobre alguns direitos: direitos de crédito, sobre o próprio penhor (*pignoris pignus*) e sobre o usufruto. Já no direito justinianeu poderiam ser objeto de penhor: as servidões rústicas, a enfiteuse e a superfície. Cf. MOREIRA ALVES, *Op. Cit*, p. 355.

²¹ As *res extra commercium* eram as *res divini iuris* (bens que compreendiam o patrimônio dos Deuses); as *res communes omnium* (o ar, a água da chuva e dos rios, o mar); e, as *res publicae* (coisas em propriedade do Estado). Cf. KASER, *Op. Cit*, p. 122; Cf. CRETELLA JUNIOR, *Op. Cit*, p. 164-167.

²² Cf. CRUZ, *Direito romano*,. Cit, p. 243.

²³ Cf. D. 20,1,3 pr. “*Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam nom probaret, aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti, res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse; sede t si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Servianae neglecta de*

Ressalte-se que era permitido, ainda, recair-se o penhor sobre coisa alheia, desde que o terceiro proprietário desse o seu consentimento. Mais tarde, no direito Justinianeu²⁵, foi concedida a hipótese de este consentimento ser ratificado ulteriormente a constituição do *pignus*²⁶. Nesse sentido, o texto de PAULUS²⁷ que diz: “*Aliena res pignori dare voluntate domini potest [:sed et si ignorante eo data site ratum habuerit, pignus valebit].*”²⁸ O penhor sobre coisa alheia tinha ainda cabimento se o objeto viesse a se constituir no patrimônio do garante²⁹, o que se costuma denominar constituição antecipada de penhor³⁰.

Há que referir, ainda, que acaso o co-proprietário entregasse a *res* em penhor, este só o poderia fazer até a sua quota parte da coisa³¹, resguardando, assim, a quota parte dos demais proprietários.

Características

Para se assegurar o penhor sobre uma *res* era necessário que houvesse uma obrigação cujo cumprimento garantia. Ou seja, a garantia (penhor) assegurava o cumprimento de uma obrigação. Sendo assim, a garantia só existe como forma

hereditate dieta sententia pignoris causam inspicere debet. Atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est, quum secundum eum, qui legitimam hereditatem vidicabat, sententia dieta est. Sed creditor nom bene legatariis per omnia comparatur, quum legata quidem aliter valere nom possunt, quam si testamentum ratum esse constaret; enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum, nee tamem abe o lis bene instituta.”/ “Se houver sido vencido o devedor que reivindicava uma coisa sua, mas não havia conseguido provar, também se reservaria a ação Serviana ao credor que provar que a coisa esteve em sua posse pelo tempo que perdurou o penhor, mas também será vencido o devedor que reivindicasse a herança em vez da ação. A ação Serviana irá examinar as causas do penhor que prescinde da sentença pronunciada sobre a herança. Certo que foram ditos outras coisas sobre os legados e quando se pronunciava a sentença à favor de quem reivindicasse a herança legítima. Entretanto, o credor não se amolda exatamente na figura do legatário, porque os legados não podem ser válidos de outro modo, senão conforme conste no testamento, mas pode suceder que o penhor havia sido devidamente recebido, sendo que o litígio não tenha correspondido à situação”.

²⁴ Aemilius Papinianus foi um notável jurista do século III d.C, a quem o Imperador Justiniano e os romanistas antigos julgavam o maior que Roma tivera. Cf. CRETELLA JUNIOR, *Op. Cit*, p. 39.

²⁵ Na época justinianéia o penhor podia recair sobre a garantia de uma obrigação natural, com o que não concorda, posto que uma obrigação natural, por assim ser, não pode ser exigível juridicamente. Cf. SANTOS JUSTO, *Op. Cit*, p.16¹.

²⁶ Cf. VIEIRA CURA, *op. Cit*, p. 157.

²⁷ O jurista Paulus viveu no século III d.C. A contribuição de Paulus para a compreensão atual do direito romano chegou até nós fragmentada, através das *Sentenças de Paulo*, compiladas pelos organizadores da *lex Romana Visigothorum*. Cf. CRETELLA JUNIOR, *Op. Cit*, p. 40.

²⁸ Cf. D. 13,7, 20 pr. (A coisa dada em penhor voluntariamente pelo proprietário valerá ainda que ratificada posteriormente).

²⁹ Cf. D. 20,1,16,7. “*Aliena res utiliter potest obligare sub conditione, si debitoris facta fuerit.*”/ (Uma coisa alheia podia ser validamente obrigada, com a condição, de tornar-se do devedor).

³⁰ Cf. VIEIRA CURA, *op. Cit*, p. 157³³¹.

³¹ Cf. C. 8,20 (21).

acautelatória do efetivo cumprimento obrigacional. Isso significa dizer que o *pignus* consistia em um mecanismo acessório ao negócio gerador da obrigação. Disso decorre que uma vez extinta a obrigação (principal), extinguiu-se também o penhor (acessório)³².

A garantia pignoratícia era, além de acessória, indivisível. Dessa forma, o adimplemento parcial da obrigação não extinguiu o penhor, nem mesmo fracionava a garantia. Nas palavras de PAPINIANUS, “*Propter indivisam pignoris causam*”³³. Nesse sentido, segundo ULPIANUS, a *res* ou parte de uma *res* (em caso de copropriedade) garantia a totalidade da obrigação³⁴.

Dessa última característica do penhor (indivisibilidade) tira-se a lição de que enquanto houvesse uma obrigação remanescente, ainda que se houvesse pago parte da dívida, a *res* penhorada continuaria atrelada à *obligatio*.

Direitos e obrigações pignoratícias

O penhor, em sua essência, é um instituto que tem por escopo garantir o cumprimento de uma obrigação. Sendo a *res* (o objeto) a própria garantia da obrigação,

³² Cf. D. 20, 6, 6 pr. “*Item liberatur pignus, sive sulum est debitum sive eo nomine satisfactum est*”/ (Fica liberado o penhor, caso seja resolvido o débito e o credor esteja satisfeito).

³³ Cf. D. 21,2,65. “*Rem hereditariam pignori heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponderunt; quum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit; quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat **propter indivisam pignoris causam**, nee remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur, sed familiae creiscundae iudicium eo nomine utile est; nam quid (1) interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione, quum coheredis negligenteria dammosa non debet esse alteri?” / (Os herdeiros venderam uma casa recebida em herança que estava em penhor e por razão da evicção, partilharam o valor conforme a proporção da herança; tendo um dos herdeiros liberado o penhor quanto à sua quota parte, o credor se perguntava se poderiam ser demandados todos os herdeiros? E isso parecia **possível pela indivisibilidade do penhor**, e não se considerava que pela exceção de dolo se prestasse a ação ao que deu o dinheiro ao credor porque não se disse que os dois se fizeram devedores; é útil por esse motivo, a ação de partilha de herança; pois, o que importa que um só dos herdeiros havia liberado todo o penhor, ou só a sua quota parte, toda a vez que a negligência de um for conhecida não deve ser prejudicial para o outro?).*

³⁴ Cf. D. 20,1,19. “*Qui pignori plures res accepit, nom cogitor unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur.*”/ (Quem recebeu muitas coisas em penhor não está obrigado a liberar uma, senão, se houver recebido tudo o que lhe é devido).

a segurança do credor pelo *pignus* residia, exclusivamente, na coação psicológica que estava associada à possibilidade de retenção da coisa enquanto não adimplida a dívida³⁵.

Desta forma, o cumprimento da obrigação era a única maneira de o garante, ou quem em favor dele tenha empenhado a *res*, recuperar a posse da coisa.

Contudo, ainda que a própria constituição do penhor fosse em si uma forma de coação ao adimplemento da *obligatio*, a partir da época Clássica³⁶, tornou-se corrente a elaboração de acordos específicos, que asseguravam ao credor pignoratício, quando vencida e não paga a dívida, a satisfação direta da obrigação através da coisa penhorada. Chamava-se essa satisfação da obrigação de *lex commissoria*, a qual transferia a propriedade da *res* diretamente ao credor³⁷. Tal pacto comissório conferia ao instituto do penhor não só o caráter coativo do qual era inerente, mas, também, um caráter satisfativo em caso de descumprimento da dívida. Mais tarde, o imperador Constantino, apercebendo-se do caráter usurário da *lex commissoria* (grande parte das vezes o bem penhorado tinha valor superior ao da obrigação), proibiu-a, impedindo a satisfação direta do credor.

Era assegurado, ainda, ao credor pignoratício, o *pactum de distrahendo*, segundo o qual o credor ficava autorizado a executar o bem em caso de descumprimento da obrigação ficando, assim, com o preço que lhe fosse devido. Ocorrendo a satisfação da dívida com a venda da *res*, o garante teria direito a ser restituído do excedente, porventura, obtido (*superfluum*). Para tanto, o garante dispunha da *actio pigneraticia in personam* contra o credor pignoratício. Contudo, a venda do bem através do *ius distrahendi* deveria, a princípio, constar de um pacto expresso³⁸, sem o qual o credor estaria incorrendo em um *furtum*. Na época Pós-Clássica³⁹ tornar-se-ia exigido a ocorrência de uma tríplice denúncia⁴⁰ que precedesse a excussão do bem, o que tornaria dispensável a confecção do *pactum de distrahendo*. Este excesso de zelo (obrigação de

³⁵ Cf. VIEIRA CURA, Op. Cit, p. 160.

³⁶ A época clássica compreendeu o período entre os anos de 130 a.C. a 230. Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, cit., p. 18.

³⁷ “O credor passaria a ter a propriedade quiritária quando se tratasse de uma *res nec Mancipi*; apenas teria, no entanto, a pretória no caso de se tratar de uma *res Mancipi*.” VIEIRA CURA, Op. cit, p. 160³³⁹.

³⁸ O *pactum de distrahendo* tornar-se-ia tão freqüente que, ao final do século II considerar-se-ia como um elemento natural do *pignus*. Cf. VIEIRA CURA, Op. cit, p. 162 e ED, p. 670.

³⁹ A época clássica compreendeu o período entre os anos de 230 a 530. Cf. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, cit., p. 19.

⁴⁰ Cf. VIEIRA CURA, Op. cit, p. 160.

comunicar três vezes o devedor pignoratício) tinha o escopo de garantir a segurança do instituto, bem como garantir o cumprimento de um eventual *pactum de non vendendo pignore*. Este pacto proibia o credor pignoratício de vender o bem penhorado quando assim estivesse expressamente acordado, incorrendo em *furtum* se o fizesse⁴¹.

Havia, ainda, o chamado *pactum de antichresis*, pelo qual, conforme leciona VIEIRA CURA, o garante e o credor acordavam no sentido daquele renunciar aos frutos percebidos pela coisa, enquanto a mesma estivesse na posse do credor,⁴² e de este renunciar aos juros da dívida⁴³. Quando inexistia este pacto, os frutos percebidos durante a posse do credor eram imputados, primeiro, para o pagamento dos juros devidos; segundo, caso houvesse algum excedente, este serviria para abater parte da dívida; e, ainda, nos casos onde os frutos ultrapassassem o valor da própria dívida, o excedente era tido como *superfluum* e deveria ser retornado ao garante⁴⁴.

O garante possuía, também, outra forma de tutela sobre a sua *res* dada em penhor, qual seja, a impossibilidade de o credor pignoratício adquirir, mediante o

⁴¹ Cf. D. 13, 7, 4. “*Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne licea; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit*” / (Se foi convencionado vender o penhor, desde o princípio, ou depois, não é somente válida a venda, como também o comprador passa a ter a propriedade do bem. Contudo, ainda que não tenha sido convencionada a venda, usamos deste direito de ser lícita a venda, se não foi convencionada a ilicitude da venda; entretanto, se foi convencionada a proibição de venda do bem, o credor comete furto se vender, e se por três vezes não houver comunicado o devedor sobre a intenção de vender).

⁴² A posse assegurada ao credor pignoratício por conta da *traditio* era uma posse precária, ou seja, que não lhe permitia dispor da *res*. Acaso o credor usasse a coisa sem o consentimento do garante estaria cometendo furto de uso, ficando, portanto, sujeito a ação de *furtum*. Cf. D. 47, 2, 54 (55).

⁴³ Cf. VIEIRA CURA, Op. cit, p. 161.

⁴⁴ Cf. D. 36, 4, 5, 21. “*Quaeri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur. Et quum exemplum, pignorum sequimur, id, quod ex fructibus percipitur in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari. Quin imo et si amplius, quam sibi debetur, perceperit legatarius, exemplo pignoratitiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debet. Sed pignora quidem quis et distrahere potest; hie autem frui tantum ei Constitutio permisit, ut festinetur ad sententiam*” / (Se deve perguntar se os frutos cabem aos interesses do fideicomisso. E como seguimos o exemplo do penhor, o que se percebe pelos frutos deve servir primeiro aos interesses e depois, se houver sobras, deve servir ao capital. Contudo, se o legatário houver percebido mais do que deve, deverá devolver o excedente, cabendo ação semelhante a ação pignoratícia. Mas, certamente que pode ser vendido o penhor; mas no presente caso, a constituição permite a este somente o desfrute do bem, para o cumprimento da sentença).

instituto da usucapição, a propriedade da *res*⁴⁵. Considerava-se que o credor pignoratício⁴⁶, por deter apenas a posse precária do bem penhorado, não possuía o necessário *animus* para adquirir o *dominium* mediante usucapição.

Tutela processual

O direito romano era, fundamentalmente, um direito de *actiones*. De modo que, todas as garantias de que se tratou no capítulo anterior eram asseguradas processualmente, tanto para o devedor quanto para o credor pignoratício.

Ainda que o garante estivesse privado da posse do bem penhorado este poderia, na condição de proprietário da *res*, intentar a *reivindicatio* contra um terceiro que tomasse para si a coisa. Tem-se assim, que a *reivindicatio*⁴⁷ era uma ação de um proprietário de uma *res* contra qualquer pessoa que indevidamente se apoderasse desse bem⁴⁸. Contudo, tendo o proprietário do bem intentado tal ação contra o credor pignoratício, enquanto a obrigação não estivesse vencida, este último teria contra o garante (proprietário do bem) uma *exceptio*⁴⁹.

Ao proprietário da *res* era defeso, também, intentar contra o credor pignoratício uma *actio in factum in personam*⁵⁰. Tal ação tinha cabimento quando se resolvida a obrigação o credor (que detinha a posse da *res*) não restituísse o bem ao proprietário⁵¹.

Por outro lado, o credor pignoratício gozava da *actio pignoratícia contraria* oponível em face do garante que, indevidamente, se apoderasse da *res* antes de findo o

⁴⁵ Cf. D. 41, 3, 16; D. 41, 2, 36; D. 41, 3, 33; e, D. 41, 2, 1, 15.

⁴⁶ “Na época clássica, o credor pignoratício era responsável por *custódia*. No direito justinianeu, a sua responsabilidade dependia de *culpa levis* (ou *in abstracto*).” SANTOS JUSTO, *Direito privado romano II*, cit. (2003) p. 47.

⁴⁷ Na era Pós-clássica, o resultado da empreitada processual é que realmente contava, não imortando se para tanto, fosse utilizada a *reivindicatio* ou a *actio pignoratícia in personam*. Cf. ALBANESE, Bernardo, ‘*Actio pignoratícia in personam*’ ed *inesistenza del credito garantito*.in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 1 (Palermo, 1991) p. 19.

⁴⁸ Cf. VIEIRA CURA, Op. cit, p. 158-159.

⁴⁹ Cf. D. 6, 1, 9. “[*Officium autem in hac actione erit, ut iudex inspiciat, na réus possideat:*] *nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui nom obiecit aliquam exceptionem ...*”/ (Nesta ação o ofício do Juiz consistirá em que este inspecione se o demandado possa intentar tal ação. Não importará aqui, acaso possa intentar a ação, porque a possua, porque logo que for provado que a coisa é sua haverá a necessidade de restituir-se pelo possuidor, que não opuser nenhuma exceção).

⁵⁰ Cf. SANTOS JUSTO. *Direito privado romano II*, cit. p. 47-48.

⁵¹ Na época Clássica, contudo, duvida-se que o garante fosse protegido também por uma *actio civilis* de boa fé. Cf. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano II*, cit. p. 48.

prazo para o adimplemento da obrigação. ALVARO D'ORS define as ações *in factum* como sendo ações 'quase' creditícias, já que delas poderia se obter o crédito referente ao valor do bem penhorado⁵². Não obstante, o credor pignoratício era tutelado, ainda, pelo *ius retentionis*⁵³.

Outrossim, para recuperar o bem de que um terceiro havia se apoderado, 'violenta ou clandestinamente'⁵⁴, cabia ao credor pignoratício utilizar-se da *actio in rem* ou *actio quasi Serviana*⁵⁵ e também dos *interdicta* possessórios⁵⁶.

Extinção do penhor

Tendo-se em vista que o *pignus* era uma garantia acessória a uma obrigação principal tinha-se, conforme ressaltado alhures, que uma vez extinta a relação obrigacional o penhor também se extinguia.

Entretanto, a relação pignoratícia ainda poderia se extinguir de outras formas. Quais sejam: (i) a venda⁵⁷ da coisa penhorada⁵⁸; (ii) a confusão entre o credor e o devedor pignoratício. Ou seja, quando não se soubesse, inequivocamente, quem era o credor e quem era o devedor do bem penhorado; (iii) a destruição total da *res*, salvo quando por transformação ou modificação; (iv) a renúncia do credor à garantia e; (v) por usucapião em favor de terceiro, quando este, com justo título e boa-fé, possuísse a coisa dada em penhor por dez ou vinte anos(entre presentes ou entre ausentes,

⁵² Cf. D'ORS, Álvaro, 'Credutum' y 'contractus', in AHDE XXVI (1956), p. 202.

⁵³ O direito de retenção trata-se da figura do penhor legal (*pignus Gordianum*), pelo qual "O credor, mesmo depois de pago o débito em cuja garantia foi dada a coisa em penhor ou em hipoteca, tem a faculdade de retê-la em seu poder até que o devedor pague outros débitos em favor do credor, mesmo que não garantidos". Cf. MOREIRA ALVES, *Op. Cit.*, p. 357.

⁵⁴ Cf. MOREIRA ALVES, *Op. Cit.*, p. 357.

⁵⁵ A configuração dessa estrutura processual não é típica da época clássica, contudo, não se pode afirmar que seja inteiramente afinada com os preceitos da época justiniana. Cf. LA PIRA, Giorgio, *La struttura classica del pignus*, in Studi in onore di Federico Cammeo. Vol. 2 (1933), p. 5.

⁵⁶ Cf. D. 20, 1, 17 "*Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.*" (A busca pelo penhor produz ação real para o credor) e D. 20, 1, 18 "*Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, si tueretur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicanam*" (Se, quem poderia ingressar com ação Publiciana, em razão de não ter a propriedade, receber em penhor, o Pretor concederá a este a ação Serviana e ao devedor a ação Publiciana).

⁵⁷ Vendendo-se a *res pignoratata* o credor não respondia por evicção acaso não entregasse o bem ao devedor, salvo quando agisse dolosamente. Cf. BARTOSEK, Milan, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratizia secondo il diritto romano*, in BIDR X e XI (Milão, 1948), p. 271.

⁵⁸ A venda da *res*, resolvia o penhor mesmo em caso de concurso. Cf. BOVE, Lucio, *Diritto romano*, in NNDI XII (1957), p. 766.

respectivamente), ou a possuísse de boa-fé, ainda que sem justo título, por trinta ou quarenta anos.

CONCLUSÃO

Abordou-se neste trabalho, de uma forma muito sucinta, o instituto do *pignus datum*, dentro do direito privado romano.

Ainda que o estudo não tenha o escopo de traçar qualquer paralelo com o direito civil atual, é clarividente a herança romana que o direito privado ocidental carrega intrincada em seus ordenamentos jurídicos. É oportuno, portanto, mencionar e refletir sobre a sábia lição de CRETELLA JUNIOR, de que ‘Povo nenhum na antigüidade constitui um monumento tão completo, sistemático, penetrante como o legado jurídico do Direito Romano que floresceu por mais de dois mil anos, sendo como um vasto campo de observações; um verdadeiro laboratório de direito que permite por isso, surpreender o instante exato em que o direito nasce; as vicissitudes por que passa até se transformar em decorrência de causas políticas, religiosas, sociais e morais até o instante exato que depois de haver atingido sua total plenitude, declina e, finalmente, desaparece do cenário jurídico e extingue-se para sempre’⁵⁹.

O trabalho ora apresentado aclarou, ainda que singelamente, o instituto da garantia real do penhor no direito romano. Mostrou-se, ainda, como uma alavanca propulsora para o desenvolvimento dos estudos romanísticos, bem como serviu para uma melhor compreensão deste instituto no direito civil atual.

Por derradeiro, exprime-se deste estudo, assim como de diversas outras normas e institutos romanos, a necessidade de estudá-los, não só pela atualidade que possuem, mas também pelo aprendizado que representam. Tal conjunto de normas permite-nos fugir do tecnicismo e compreender o puro e verdadeiro raciocínio jurídico, o qual precisa fazer parte da formação de todo e qualquer estudante de Direito. Parafraseando, por fim, o eminente Professor SEBASTIÃO CRUZ ‘O técnico fica preparado para dirigir máquinas, o «jurisprudente» (o jurista) está formado para dirigir homens’⁶⁰.

⁵⁹ CRETELLA JUNIOR, José, *Direito romano moderno*⁴. (Rio de Janeiro, 1986) p. 2.

⁶⁰ CRUZ, op. cit, p. 3.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Bernardo, *Actio pignoratitia in personam ed inesistenza del credito garantito*, in Studi in onore di C. Sanfilippo (Editora Palumbo / Palermo, 1991), p. 1-19.

BARTOSEK, Milan, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratizia secondo il diritto romano*, in BIDR X e XI (1948), p. 238-280.

BOVE, Lucio, *Diritto romano*, in NNDI XII (1957), p. 763-766.

BURDESE, Alberto, *Pegno*, in ED XXXII (1982), p. 662-675.

CRUZ, Sebastião, *Actualidade e utilidade dos estudos romanísticos*⁵, (Coimbra, 1987).

_____. *Diritto Romano (Ius romanum); I Introdução. Fontes*⁴ (Coimbra, 1984).

CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de direito romano: O direito romano e o direito civil brasileiro*²¹ (Editora Forense / Rio de Janeiro, 1998).

_____. *Diritto romano moderno*⁴ (Editora Forense / Rio de Janeiro, 1986).

D'ORS, Álvaro, *Creditum y contractus*, in AHDE XXVI (1956), p. 183-207.

KASER, Max, *Diritto Privado Romano*, Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle, (Fundação Calouste Gulbenkian / Lisboa, 1999).

LA PIRA, Giorgio, *La struttura clássica del pignus*, in Studi in onore di Frederico Cammeo II (1933), p. 3-22.

MOREIRA ALVES, José C, *Diritto Romano I (História do direito romano – Instituições do direito romano: A) – Parte geral; B) – Parte especial: Direito das coisas*¹³ (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2002).

ROBAYE, René, *Sanction Judiciaire du contract de gage em droitromain classique*, in RIDA XXXIV (1987), p. 311-326.

SANTOS JUSTO, António dos, *Direito Privado Romano – II. (Direito das Obrigações)* in *Studia Iuridica* 76 (2003).

_____. *Direito Privado Romano – I Parte Geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*² in *Studia Iuridica* 50 (2003).

_____. *Direito Privado Romano – III (Direitos reais)*, in *Studia Iuridica* 26 (1997).

_____. *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do Direito)*, (Coimbra Editora / Coimbra, 2005).

SOLAZZI, Siro, *Sull'obbligazione garantita dal pegno corporale*, in *SDHI* XXIII (1957), p. 311-323.

VIEIRA CURA, António A, *Fiduciae cum creditore*, in *BFDC* Suplemento XXXIV (1991), p. 2-285.