

Breves Aspectos do “Pignus” no Direito Romano

MURILO DE BARROS GUIMARÃES

Em face das accepções as mais diversas a que póde corresponder a palavra — *pignus* — é oportuno traçar os precisos limites em que se contém o presente trabalho.

Com efeito, o *pignus* ora representa uma simples convenção, ora um direito real, ora a propria coisa que é objeto desse direito.

Encarada como relação jurídica, essa expressão póde ser tomada em duas accepções distintas, de accordo com a extensão que lhe é concedida.

Em uma accepção lata, diz Dernburg, “é un diritto invariabile su di un oggetto patrimoniale, dal quale si puó desumere il sodisfacimento, nel caso del mancato pagamento in tempo debito di un credito. In questo senso esso non é vincolato ad una singola forma giuridica, ma aassume invece diversi aspetti”. (1)

Em um sentido particular e proprio, continúa o mesmo autor, “noi designiamo come diritto di pegno il diritto su di una cosa corporea altrui, che serve all’assicurazione di un credito, e che autorizza il creditore alla vendita di essa, allo scopo del suo sodisfacci-

(1) ARRIGO DERNBURG, “Pandette” trad. Ciccala, vol. 1.^o, parte 2.^a. “Diritti Reali”, Sec. V, § 261, pg. 407.

mento. Questa forma di costituzione di pegno é la piú comune". (2)

Mas, ainda nesse sentido restrito podemos destacar duas especies de *pignus* entre os romanos: a) o *pignus* propriamente dito (penhor manual), que se constitue mediante entrega da coisa penhorada ao credor; b) *hipoteca*, que se constitue sem a *imediata* entrega da coisa ao credor.

E' no primeiro sentido que pretendemos estudar essa relação jurídica entre os romanos, e desde já fica assente que a palavra "*pignus*", quando aqui empregada simplesmente, deve ser entendida como restrita á forma de penhor manual.

Essa limitação necessaria, dada a grande extensão da materia, não impede que, sobre as demais fórmulas de garantias reais, procuremos traçar algumas

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nos primitivos tempos de Roma, não eram conhecidas as garantias reais para segurança dos créditos. O credor que tinha pouca confiança na solvencia do devedor, exigia deste garantias pessoais, isto é, exigia que juntamente com o devedor fossem vinculadas outras pessoas ao cumprimento da obrigação. Estas garantias pessoais que assumiam diferentes fórmulas, foram sempre muito apreciadas pelos romanos.

Não tardaram, porém, a surgir as garantias reais ao lado das garantias pessoais. O desenvolvimento das relações econômicas, as necessidades crescentes de credito, a relativa independencia que iam adquirindo os bens que faziam parte do patrimonio do devedor em relação á sua pessoa, as complicações que surgiam do caucionamento, especialmente depois da criação dos beneficios de discussão e de divisão — além do perigo de insolvabilidade do caucionador e da dificuldade, por vezes, de encontrar-se uma caução idônea — condicionaram o aparecimento das garantias reais para segurança da solvencia do devedor. Convém mencionar, entretanto, que essa nova orientação imprimi-

(2) DERNBURG, op. e loc. cit.

da às garantias creditorias, não determinou o desaparecimento das garantias pessoais que continuaram a vigorar amplamente. Muito ao contrario, pôde-se mesmo afirmar que os romanos sempre demonstraram uma acentuada preferéncia pelas garantias pessoais para segurança dos seus créditos, o que explica o pouco desenvolvimento dos direitos reais de garantia no direito romano, em relação aos demais institutos.

Em Roma foram admitidas três fórmulas de garantias reais, assim classificadas em ordem cronológica: *fidúcia*, *pignus*, hipoteca.

O direito romano primitivo, que só conhecia como direitos reais, a propriedade e as servidões, não podia conceber a existência de uma garantia real para segurança do crédito — sem uma translação de propriedade. Por meio da *mancipatio* ou da *in jure cessio*, o devedor transferia a propriedade de um dos seus bens ao credor, estabelecendo juntamente ao ato de alienação um pacto acessório, o *pactum fiduciæ*, o qual impunha ao credor a obrigação de retransferir a propriedade ao devedor após a extinção da dívida garantida.

Esta fórmula primeira de garantia, a *fidúcia*, dava ao credor a mais completa segurança. Assumindo a qualidade de proprietário do bem, ele tinha o seu direito sancionado pela mais enérgica das ações reais, a *reivindicatio*.

Mas, o devedor era extraordinariamente sacrificado. Transferindo a propriedade do bem, como faz notar Girard (3), — tivesse mesmo este um valor muito superior á importância da dívida, — o devedor exgotava de uma só vez, todo o crédito que lhe poderia resultar desse bem. Na qualidade de proprietário o credor podia alienar o bem, e os meios de defesa do devedor eram muito imperfeitos. Em resumo, a transmissão da propriedade era mais do que uma simples garantia acessória; o devedor ficava á inteira mercê do credor.

No intuito de corrigir esses defeitos, criou-se o

(3) GIRARD, "Manuel élémentaire de droit romain", 1921, 7.^a ed. Tit. V cap. III, pg.

pignus, uma nova combinação em que não mais se operava a transferencia da propriedade e sim unicamente da posse.

Esta variedade que tinha em seu inicio um caráter extra-jurídico sumamente desvantajoso para o credor, começou a apresentar um valor legal, depois do estabelecimento dos interditos e da introdução do processo formulario.

Este sistema obviava a um dos defeitos da fórmula anteriormente descrita, consistente no risco que corria o devedor de vêr o bem dado em garantia, objeto de uma alienação deshonesta por parte do credor. Realmente, este já não obtinha a propriedade do bem e a *rei vindicatio* competia então ao devedor.

Esta garantia, porém, ainda encerrava grandes inconvenientes, especialmente de ordem economica, para o devedor. Do mesmo medo que na *fiducia*, ficava ele privado do uso e gozo do bem apenhado, o que se procurava remediar com uma concessão de *precario* ou de *locatio*.

Esses meios, entretanto, ainda muito imperfeitos, apenas conseguiam minorar um pouco os inconvenientes do sistema.

Por essa fórmula, tambem o credor ficava menos protegido. Ao envéz de uma *rei vindicatio*, como lhe era assegurada na *fiducia*, para defesa de sua garantia dispunha ele tão sómente dos interditos possessorios, meios de defesa mais prontos do que o *petitorio*, porém mais frageis e de menor alcance.

As dificuldades provenientes da pratica desses dois sistemas, — para cuja adaptação ás necessidades economicas se fazia mistér uma série de remedios que tornavam extremamente complexas as relações de credito, — determinaram a criação de uma outra garantia, a *hipoteca*, que é uma combinação dos dois precedentes sistemas, atenuados os seus peores inconvenientes e melhor distribuidas as vantagens e garantias entre credor e devedor.

Assim é que, como no *pignus*, o credor adquire o direito á posse, mas somente por ocasião do vencimento. O devedor, ficando na posse do bem até á data do vencimento do credito, tem maiores possibilida-

des de pagar a dívida, extinguindo, por esse modo, o vínculo real que pesava sobre o bem.

O credor, por sua vez, é perfeitamente protegido. Do mesmo modo que na *fiducia* fica ele armado de uma ação real analoga á *rei vindicatio*, uma *vindicatio pignoris*, que é a ação *quasi-serviaria* ou *hipotecaria*.

Esta ultima garantia não se substituiu, de pleno, ás duas outras formas. Continuaram a subsistir os dois anteriores sistemas. A *fiducia*, no entretanto, foi aos poucos caindo em desuso, e se póde afirmar que ao tempo de Justiniano, este instituto tinha completamente desaparecido: O *pignus* persistiu ao lado da hipoteca, sensivelmente aperfeiçoado por influencia desta, applicando-se de preferencia aos moveis, concedendo pelo fato da posse, uma maior segurança ao credor.

Antes de entrarmos no estudo desta espécie de garantia real, seja-nos permitida uma rápida digressão sobre os caracteristicos essenciaes da

FIDUCIA

Os textos romanos não fornecem uma teoria de conjunto sobre a *fiducia*. Estatuem apenas sobre alguns pontos particulares que permitem recompôr este instituto.

Esses textos quasi todos anteriores á época de Justiniano, constam principalmente de fragmentos de Gaio, Paulo e Papiniano, de algumas passagens de Cícero e de várias inscrições descobertas por ocasião de pesquisas científicas. Ainda se póde incluir entre as suas fontes de estudo várias passagens do Digesto que dispõem sobre instituições diferentes da *fiducia*, mas em que a ciencia moderna tem visto interpolações com o fito de conservar esses textos, adaptando-os a instituições mais novas.

E' difficil precisar quando surgiu pela primeira vez entre os romanos esta forma de garantia real que veio imprimir uma nova orientação ás operações de credito.

Na opinião de Cogliolo, que se apoia em Dareste,

“la fiducia o dazione fondata su la fede se trova pure nell’antico diritto latino e nell’ellenico”. (4)

René Jacquelin (5) é de opinião que, nem mesmo com o auxilio das sanções que recaíam sobre o pacto da fiducia, seria possível determinar rigorosamente a época do seu aparecimento. No seu entender, porém, a fiducia já existia no IV século de Roma, e seria mesmo possível admitir-se o seu uso, ao tempo da lei das Doze Taboas.

Seja como fôr, póde-se afirmar que a fiducia foi cêdo conhecida pelos romanos, e durante algum tempo dominou entre esse povo, como unica fórmula jurídica de garantia real.

Conforme dissemos acima, a *fiducia* — (entenda-se a *fiducia cum creditore*, unica espécie de que nos ocuparemos aqui) consistia na transferencia feita pelo devedor de um dos seus bens ao credor, para garantia do credito, com um pacto anexo pelo qual o credor era obrigado a retransferir a propriedade do bem ao devedor, depois de extinta a dívida.

A volta da propriedade ao poder do devedor podia operar-se pelos modos usuais de transferencia de propriedade admitidos em Roma, ou por uma fórmula especial de usocapião do devedor sobre o seu proprio bem, a *usureceptio*, primeira sanção que conheceu a fiducia.

E’ facil de perceber que essa *usureceptio*, se bem que vantajosa para o devedor, — mórmente se considerarmos os prazos pequenos em que ela se realizava — trazia-lhe tambem graves inconvenientes, de vez que não lhe podia ser permitida a posse do bem até, pelo menos, á data do vencimento do credito. Para remediar a essa situação, era costume praticar-se a alienação fiduciaria, acompanhada de uma clausula accessória de *locatio* ou de *precario*, caso em que não podia ter logar a *usureceptio*.

De acordo com Maynz, o *precario* e a *locatio*, eram ordinariamente concedidos, pois que a transfe-

(4) PIETRO COGLIOLO, “Storia del diritto privato romano”, 1889, vol. 2.º, § 51, pg. 54.

(5) RÉNÉ JACQUELIN, “De la fiducia”, 1891.

rencia da propriedade para o credor visava simplesmente dar a este a *rei vindicatio*, sem lhe atribuir as vantagens materiais contidas no direito de propriedade. A posse e o gozo do bem eram *geralmente* reservados ao devedor por essas convenções especiais. (5)

Esta opinião de Maynz não deve ser aceita totalmente, pelo menos quanto aos primeiros tempos da fiducia. Realmente, na sua origem, quando ainda não gozava o credor dos benefícios da *lex commissoria* ou do pacto *de vendendo*, a detenção do bem era o meio de pressão que ele exercia sobre o devedor para forçá-lo ao pagamento da dívida. O credor, na qualidade de proprietário do bem, *podia*, com efeito, vendê-lo a quem quer que fosse, e essa venda era perfeita. Mas, anexa à *mancipatio* que lhe havia sido feita pelo devedor, havia o pacto de fiducia que o obrigava a retransferir o bem para o devedor no caso de pagamento da dívida. O credor, portanto, não *devia* transferir o bem a terceiros, pois seria responsável perante o devedor que pagasse a sua dívida, ficando exposto à execução pessoal e à infamia, desde que lhe não fosse possível restituir o bem. Por conseguinte, o meio de coação mais eficaz de que dispunha o credor para obrigar o devedor a liquidar a sua dívida, era exatamente a detenção do bem.

E' certo, entretanto, que quando começaram a ser aplicados à fiducia aqueles pactos para liquidação da dívida, iniciou-se a praxe de reunir à alienação fiduciária, o *precario* ou uma *locatio* como meio de tornar mais vantajosa a situação do devedor.

A *lex commissoria* e o pacto *de vendendo* surgiram, assim, ao lado da fiducia, como convenções estabelecidas em favor do credor. Delas trataremos oportunamente quando estudarmos genericamente o desenvolvimento do *jus distrahendi*.

Ia-se, desse modo, corrigindo aos poucos os defeitos que apresentava a fiducia como meio de garantia para segurança do credito. Ao devedor foi concedida a *actio fiduciæ directa* para restituição do bem após

(6) CHARLES MAYNZ, "Cours de droit romain", 1876, tom. 1.º, § 153, pg. 871.

a extinção da dívida. O credor também foi munido da *actio fiduciae contraria* para obter o reembolso das despesas que houvesse feito com o bem.

Mas, o inconveniente máximo dessa forma de garantia real, — a obrigação de transferencia da propriedade — persistia, acarretando para o devedor graves prejuizos. Além disso, mesmo com os corretivos introduzidos pelo uso, as complicações que se tornavam necessarias para equilibrar do melhor modo possível os interesses do credor e devedor, não permitiam que a fiducia correspondesse ás exigencias crescentes das operações de credito que requeriam, pelo seu desenvolvimento, maiores facilidades.

E' então que surge o *pignus* como meio mais pratico de garantia da solvencia do devedor. Por esse modo, já não se requer a transferencia da propriedade do bem e sim unicamente da posse: "Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem". Florentinus, D., XIII, 7, 35.

Mas não se pôde dizer que a fiducia tenha desaparecido desde logo. Ela se manteve ainda durante algum tempo, exigida muitas vezes pelo credor a quem ela outorgava as mais amplas garantias.

René Jacquelin, tratando do desaparecimento da fiducia na variedade aqui estudada, diz: "Dans un certain nombre de ses applications, la fiducie devait tendre á être d'un usage de moins en moins fréquent dès que le résultat qu'elle avait en vue d'atteindre indirectement, put être atteint directement grace á la création de contrats nouveaux et á des réformes encore plus générales de la législation: issue des nécessités du commerce, la fiducie tomba en désuétude lorsqu'elle ne répondit plus á aucun besoin pratique". (7)

Para este autor a fiducia, ao tempo de Justiniano, desapareceu por completo: "c'est ce qui explique les nombreuses interpolations dont sont remplies les compilations de cet Empereur". (8)

(7) RÉNÉ JACQUELIN, op. cit. pg. 431.

(8) RÉNÉ JACQUELIN, op. cit. pg. 435.

Com efeito, a abolição da *mancipatio* e da *in jure cessio*, modos solenes de transferencia da propriedade, que se extinguíram definitivamente por essa época, havia de trazer, como consequência, o desaparecimento da fiducia. Esta, na realidade, não se podia compreender independentemente de uma *datio* solene

Terminado este ligeiro esboço sobre este primitivo sistema de garantia real, examinemos os caracteres gerais do *pignus* entre os romanos.

DO PIGNUS

Em sua origem, evidentemente, não gozava o *pignus* do caráter de direito real e só muito tarde lhe foi atribuído esse caráter. Mais ainda, no início, o *pignus* tinha um valor extra-jurídico; era uma méra situação de fato a que não se ligava qualquer sanção legal. O devedor para garantia do seu débito concedia ao credor a *nuda detentio* de um dos seus bens. De nenhum meio jurídico, porém, dispunha este credor para proteção desse estado de fato.

Em sua "Storia del diritto privato romano", Cogliolo se externa sobre o assunto do seguinte modo: "E' invece naturale il pensare che il pegno, non foss'altro come consegna di cose mobili, abbia esistito fin dai piú antichi tempi, non già come istituto giuridicamente costituito ma come fatto praticamente utile". (9)

A mesma opinião encontramos em Girard: "Une autre combinaison, qui put fonctionner de bonne heure dans la vie extra-juridique, mais qui ne dut guère acquérir une *valeur légale* que depuis l'établissement des interdits et même depuis l'introduction de la procédure formulaire, consistait á donner au créancier a titre de sureté la possession". (10)

Pouco a pouco foi este instituto adquirindo uma consistência jurídica. A posse do credor deixou de ser encarada como um simples fato e passou a ser protegida legalmente. Outorgou-se ao credor a *actio pigne-*

(9) PIETRO COGLIOLO, op. e loc. cit. pg. 58.

(10) GIRARD, op. cit., pg.

ratitia contraria por meio da qual êle podia defender-se contra o dóllo ou a falta do devedor.

Surgiram os interditos possessórios, como meios de defesa do credor pignoratício contra aquelles que pretendessem violar a sua posse. Ao lado do direito de retenção que resultava da *nuda detentio* do bem, introduziu-se uma convenção formal — que terminou por ser subentendida — a qual permitia ao credor vender a coisa apenhada.

E' licito, entretanto, dizer que o *pignus*, como direito real, somente teve existencia depois que surgiu a hipoteca. Realmente, antes que a hipoteca fosse introduzida entre os romanos, a posse que êle assegurava ao credor era apenas sancionada pelos interditos possessórios.

Ora, esses interditos possessórios tinham um carácter nitidamente pessoal. Por assim dizer, eles visavam apenas a repressão de um fato ilícito que não criava uma obrigação senão contra aquêle que o tivesse praticado. E' o que declara Maynz de modo categórico: "et si le créancier venait à en perdre la possession (do bem dado em garantia) il n'avait a sa disposition que le moyen, souvent insuffisant, des interdits possessoi-res, qu'il ne pouvait diriger que contre l'auteur de la dépossession". (11)

Ora, um dos caracteres fundamentais dos direitos reais é o direito de sequela, que traduz a faculdade de seguir a coisa em poder de quem quer que a detenha. As ações reais que sancionam esses direitos, pôdem ser exercidas *erga omnes*, sem que se faça necessario determinar-se um fato ilícito por parte daquêle contra quem se move estas ações.

Sómente, portanto, após a criação da hipoteca no direito romano, é que se pôde falar em direito real de *pignus*. Essa nova fórmula de garantia foi sancionada por uma acção real, a *actio hypothecaria* ou acção quasi-serviana, acção esta que se estendeu ao *pignus*.

Houve uma situação do credor pignoratício em Roma, que suscitou o aparecimento da hipoteca.

(11) CHARLES MAYNZ, op. e loc. cit. pg. 873.

Tratava-se de resolver a seguinte hipótese delicada. O locador de um predio rústico, para se assegurar do pagamento do seu aluguel, exigia do locatário uma garantia. Este, muitas vezes, só dispunha para esse fim, dos instrumentos destinados ao cultivo da terra, animais, escravos, etc., que ele introduzia no predio locado para exploração da terra.

E' evidente que se essa garantia assumisse a forma da fiducia ou do pignus,—como eram normalmente praticados, importando na transferencia da propriedade ou da posse dos bens — ficaria o locatário impossibilitado de cultivar a terra e essa locação somente onus lhe podia trazer.

Para conciliar esses interesses divergentes, estabeleceu-se que o colono dava como penhor, ao locador, os seus bens moveis trazidos para o predio locado, *illata et invecta*, sem que, porém, se operasse desde logo a transferencia da posse desses bens. O locador ficava com o direito de retê-los no caso de falta de pagamento do aluguel. Para esse fim o pretor concedeu-lhe um interdito especial, denominado interdito Salviano, que assegurava ao locador não pago a faculdade de entrar na posse das *illata et invecta*.

Este interdito, da classe dos *adspicendæ possessionis*, tem dado margem a vivas controversias entre os romanistas. Discute-se se ele podia ser oposto unicamente ao colono ou também aos terceiros detentores dos bens, em face de textos contraditórios.

Parece-me, porém, que de acôrdo com o sistema romano, não se justifica essa extensão do interdito Salviano aos terceiros detentores de bens. Conforme dissemos acima, os interditos eram dirigidos contra uma pessoa determinada. Eles sancionam apenas uma obrigação pessoal entre o *dejiciens* e o *dejectus*. Ao contrário, as ações reais tinham como efeito principal o fato de poderem ser exercitadas contra quem quer que detivesse o bem. Se o interdito Salviano pudesse ser dirigido contra terceiros, não se compreende porque o pretor concedeu uma ação real, a *actio serviana*, para sanção do mesmo caso. Esta ação ficaria naturalmente sem aplicação, de vez que, com o interdito — meio de defesa mais pronto e de mais facil exer-

cicio — era possível conseguir-se o mesmo resultado. Ademais, se um caráter de exceção tão importante fosse atribuído a esse interdito, é inexplicável o silêncio que os textos guardam a seu respeito.

Muitas outras dúvidas ainda surgem em relação ao interdito Salviano, concernentes á sua extensão além do unico caso da locação de predio rústico, e também quanto á época em que ele póde ser concedido. “Ces questions et bien d'autres encore ne sont, dans l'état actuel des sources, susceptibles d'aucune solution précise, mais heureusement aussi elles n'ont aucune importance au point de vue théorique”. (12)

O interdito salviano era ainda muito frágil para proteger eficazmente o locador do predio rústico. Tornava-se preciso fortalecer a situação deste credor que, no caso, havia renunciado á garantia efetiva da detenção do bem. Este resultado foi obtido com a criação de uma ação real, a ação serviana.

Este foi realmente o ponto de partida do pacto e do direito real de hipoteca. Aos poucos se foi ampliando o beneficio dessa ação real a todos os casos em que o devedor dava um dos seus bens em garantia de sua dívida, sem transferir nem a propriedade nem a posse desse bem. A influencia da hipoteca, como instrumento geral de credito, foi estendida gradativamente como o meio mais equitativo de garantia das obrigações, protegida por uma ação moldada sobre a ação Serviana, e chamada *actio quasi-Serviana*, *actio hypothecaria* ou *pignoratitia in rem*. “Item serviana, et quasi serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius pretoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur”. — Just. Inst. IV, VI, 7.

Esta ação quasi-Serviana tinha por fim em Roma, em todos os casos, a restituição da posse da coisa apenhadada; um credor pignoratício podia reclamar em juízo uma posse que ele havia perdido e um credor hipotecario podia agir em beneficio de uma posse que

(12) CHARLES MAYNZ, op. e loc. cit. pg. 917.

êle ainda não tinha. Já no direito comum, não era mais esse o carater da acção em relação ao credor hipotecario. A acção deste último tendia então directamente ao reconhecimento da executoriedade do seu credito sobre o bem hipotecado.

Ao lado desta acção quasi-Serviana, porém, continuaram a subsistir os interditos possessórios. Meios de defesa mais prontos e de mais facil exercicio, eram êles muitas vezes preferidos ao uso da acção. Com efeito, para o exercicio da acção devia o credor provar o seu direito de pignus, a posse do devedor, e a existencia da coisa objeto do penhor *in bonis debitoris tempore conventionis*. Nos interditos a prova era muito mais simples, o que determinou a sua permanencia ao lado da acção hipotecaria.

Com a criação desta acção — que conforme foi dito, estendeu tambem a sua protecção ao penhor manual — o *pignus* em um sentido mais amplo, (compreendendo a hipoteca e o penhor manual) assumiu um verdadeiro caráter de direito real.

Não se póde dizer, no entanto, que esta opinião seja pacifica. O caráter real do *pignus* com a extensão que lhe concedemos no período acima, tem sido vivamente contestado. Ha quem pretenda equipará-lo a um simples direito de credito, ora em relação á propria coisa apenhada, ora em relação ao proprietario de qualquer tempo da coisa.

Estas duas concepções são desprovidas de valor e Dernburg as refuta com argumentos irrespondiveis. Citemos o trecho em que este autor demonstra cabalmente o carater real do *pignus*, ao mesmo tempo que desfaz essas concepções erroneas:

a) "I creditori hanno uguali diritti, il tempo non dá all'uno alcuna preferenza di fronte all'altro; per contrario i diritti reali si ordinano traloro a seconda del tempo.

b) Se il diritto di pegno fosse un diritto di credito, esso non pottrebe resistere ai diritti reali sula cosa pignorata successivamente costituiti, per es. ad un usufrutto, e pur nondimeno cosi accade. Anche qui si manifesta il carattere del diritto reale.

c) Infine la configurazione dell azione romana del

pegno addita indubbiamente alla realtà del diritto di pegno.

Infatti l'azione del pegno non é diretta in Roma al pagamento del debito, come dovrebbe essere, qualora essa derivasse da un credito. Il *petitum* di essa é la consegna della cosa, non diversamente che in un'azione di dominie. Non si puó obbiettare che il convenuto possa rimuovere l'azione mediante l'offerta della somma del debito; infatti in ciò si contiene un diritto di difesa; non l'oggetto dell'azione". (13)

Este caráter real do *pignus* não fez desaparecer as obrigações pessoais entre credor e devedor, obrigações essas sancionadas pelas ações *pigneraticia directa* e *pigneraticia contraria*.

A *actio pigneraticia directa* cabia ao devedor para defesa do bem apenhado contra os abusos do credor.

As obrigações que competiam a este de restituir a coisa apenhada com os seus pertences após a extinção do vinculo pignoraticio, de prestar conta dos proventos auferidos da coisa durante o tempo em que ela esteve em seu poder, de restituir a *hyperocha* no caso de venda da coisa dada em garantia, de cuidar como um bom pai de familia do bem em seu poder, — eram sancionadas por esta ação.

O credor dispunha igualmente de uma ação pessoal dirigida contra o devedor, a *actio pigneraticia contraria*. Esta tinha lugar nos casos de culpa ou dolo do devedor. Quando este dava em penhor uma coisa pertencente a terceiro como se sua fosse, ou quando attribuia a coisa apenhada quantidades que ela nao possuia, podia, por meio da *actio pigneraticia contraria*, exigir o pagamento do seu credito ou um novo penhor. Para ressarcimento de danos causados pelo devedor quanto ao objeto do penhor, tambem era applicavel esta ação. Ainda no caso de despesas necessarias ou despesas feitas com a aprovação do devedor, podiam estas ser exigidas pelo credor, com o auxilio da *pigneraticia contraria*.

(13) DERNBURG, op. cit. § 262, pgs. 411 e 412.

* *

Um dos caracteres importantes do *pignus* é o relativo á sua indivisibilidade, muito embora esta não seja propriamente da essencia desse direito. Realmente, é permitido sempre ao credor renunciar a esse beneficio que a lei lhe confere.

Esta indivisibilidade, que constitue uma garantia importante para o credor, pôde ser formulada nos seguintes termos: a dívida inteira e cada uma de suas trações é garantida pela coisa inteira e por cada uma de suas partes.

Vejamos rapidamente quais as principais consequências desse caráter do *pignus*:

a) Se o devedor pagou uma parte da dívida, a coisa por inteiro permanece, não obstante, obrigada ao restante do credito, mesmo que este se refira unicamente a juros.

b) O devedor deu em garantia do seu debito, vários bens. O pagamento posterior de uma parte desse debito, não liberta um ou alguns desses bens. Continuam todos êles vinculados ao pagamento do debito.

c) Se o devedor deixa vários herdeiros e um dêles paga parte da dívida, a coisa não se liberta do vinculo real, proporcionalmente á parte da dívida liquidada.

d) Se morre o credor pignoraticio deixando vários herdeiros, o credito pessoal se divide entre estes. Mesmo, porém, que um desses herdeiros seja pago de toda a sua parte, a coisa, objeto do *pignus*, fica por inteiro vinculada ao credito dos demais coherdeiros.

* *

Merecem reparo os direitos e obrigações do credor pignoraticio em relação ás utilidades da coisa dada em garantia.

No *pignus*, a posse da coisa apenhada era conferida ao credor, continuando embora o devedor a possuí-la para efeitos de usocapião. Podia, no entanto, o devedor continuar a gozar das utilidades do bem, desde que este permanecesse em seu poder por uma convenção de *precario* ou de *locatio*.

Quando, porém, tais convenções não eram estipuladas, o credor detinha efetivamente a coisa em seu poder. Neste caso deve distinguir-se duas hipóteses, quanto ao direito de uso e gozo do credor sobre a coisa apenhada:

a) Se se trata de uma coisa não produtiva, que serve ao uso pessoal do devedor pignoratício, ao credor não é permitido, sem autorização daquele, usar ou locar a um terceiro tal coisa. Em caso de infração dessa norma o credor comete um *furtum usus* e responde pelos casos fortuitos que resultem do uso da coisa. "Se pignore creditor utatur, furti tenetur", D. 47, 2, 4. Gaio, livro 13 *ad edictum provinciale*. "Itaque, sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit". Just. Inst. IV, 1, 6.

b) Ao inverso, se a coisa é produtiva e o devedor está habituado a tirar dela o seu proveito econômico, o credor é autorizado e até mesmo obrigado a perceber-lhe os frutos que devem ser imputados sobre os juros e capital do seu crédito, prestando contas ao devedor.

Os inconvenientes que podem resultar para o credor da aplicação desses princípios, podem ser afastados por uma convenção especial, o pacto de anticrêse, que lhe permite o uso e gozo da coisa dada em garantia, sem a necessidade de prestar contas ao devedor, de vez que, por este pacto, se estabelece que os frutos da coisa se compensam *à forfait* com os interesses da dívida. É um contrato aleatório. Se a importância dos frutos colhidos excede a taxa dos juros, o credor é beneficiado; no caso contrário, ele não tem direito a reclamar o pagamento da diferença. D. XX, I, 11, Marciano.

Este pacto pôde até mesmo ser tácito. "Il y a anticrêse tacite lorsqu'une chose frugifère est donnée en gage en sureté d'un capital non productif d'intérêts; le créancier profite alors des fruits jusqu'à concurrence du taux légal des intérêts". (14). "Cum debitor gra-

(14) VAN WETTER, vol. 1.º, pg. 367.

tuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere". Paulo, D. XX, I, 8.

* *

O direito de venda do objeto do *pignus* tem uma influencia consideravel na evoluçãõ historica desse instituto.

Nos seus primordios, o *pignus* conferia apenas ao credor pignoratício o direito de retenção do bem até pagamento da divida. Esperava-se que o devedor, privado do uso e gozo do bem apenhado, se apressasse em liquidar o seu debito, e era nisso que residia toda a garantia do credor para obter o pagamento do seu credito.

Esta garantia passiva não estava, entretanto, de acôrdo com os fins visados pelo instituto. Fazia-se preciso encontrar um meio mais pratico de liquidaçãõ da divida. E' então que surge a pratica de incorporar-se ao contrato principal os pactos accessorios, já anteriormente praticados na fiducia, para mais pronta satisfaçãõ do credor.

O mais antigo desses pactos, a *lex commissoria*, tinha o efeito de atribuir ao credor a propriedade do bem apenhado, em falta de pagamento do seu credito por ocasiãõ do vencimento. (15). Estabelecia-se a presunçãõ de que o credor comprara o bem por um preço igual ao montante da divida.

A liquidaçãõ feita por esse modo era terrivelmente perigosa para o devedor. Impellido pela necessidade de arranjar o dinheiro, ele aceitava todas as condições impostas pelo credor, esperando poder pagar a divida no vencimento. Quando isto não lhe era possivel, ele se via despojado de um bem que, geralmente, tinha um valor muito superior á importancia do seu debito. Nem mesmo o pagamento de parte da divida podia impedir os efeitos rigorosos da *lex commissória*.

(15) E' evidente que, na fiducia, a *lex commissoria* visava apenas libertar o credor proprietario das obrigações que lhe impunha o *pactum fiducia*.

Mas, não era só ao devedor que este pacto prejudicava. Muitas vezes o credor, por seu intermedio, adquiria a propriedade de uma coisa que lhe era inutil e até mesmo onerosa. E' bem verdade que a este era sempre possível não se prevalecer da *lex commissoria* mas, nesse caso, ficava êle reduzido á simples garantia da retenção do bem, o que tambem não convinha aos seus interesses.

Havia uma outra fórmula da *lex commissoria* que appareceu posteriormente — menos desvantajosa para o devedor — em que o valor do bem era fixado por peritos e não mais se compensava á *forfait* com a importancia da dívida.

Mesmo assim, os inconvenientes desse pacto levaram Constantino a proibir terminantemente a *lex commissoria* por uma constituição do ano 320. Este imperador, além da proibição lançada *ad futuram*, anulou as *leges commissoriæ* já existentes, estipulando que os credores perderiam o seu direito de propriedade e recobriam os seus direitos de credito.

O *jus distrahendi* era um meio mais simples e pelo qual se obtinha uma solução mais justa para liquidação do debito. Consistia no direito que cabia ao credor de vender a coisa apenhada em falta de pagamento no vencimento, e de se pagar sobre o preço dessa venda.

Na sua origem, esse direito não fazia parte da essencia do *pignus*, e se traduzia em uma mera faculdade de estipulação entre as partes contratantes. Lentamente, foi se generalizando, até que se tornou um elemento natural desses contratos. A cláusula da venda era subentendida, e o silencio dos contratantes tinha como unico efeito impor ao credor a obrigação de dar três avisos ao devedor antes de usar do seu direito.

Mas o *jus distrahendi* ainda podia ser afastado por uma convenção expressa. Só mais tarde, — segundo a opinião de alguns, ao tempo de Justiniano — é que esse direito de venda foi elevado á categoria de elemento intrinseco do direito real de penhor. A exclusão convencional do *jus distrahendi* deixou de ser respeitada e essa cláusula se tinha sempre como não escrita. O direito de vender o bem apenhado, se, por

ocasião do vencimento, a dívida não fosse paga, passou a fazer parte integrante do *pignus*.

Esse *jus distrahendi* suscita uma questão delicada que tem sido objeto de sérias discussões.

O credor pignoraticio transfere a propriedade de um bem do qual êle não é proprietário. Com que autoridade êle assim procede? "Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet" diz Ulpiano.

Para alguns autores, quando o credor procede á venda do bem age *procuratorio nomine*, de acordo com a vontade presumida do devedor proprietário. Na opinião de outros o credor age *jure proprio*.

Esse segundo modo de ver parece mais plausivel. Como bem faz notar Dernburg (16), o credor pignoraticio é autorizado a vender o bem contra a vontade do devedor e mesmo depois da morte deste. Em ambos os casos a procuração estaria nula, de vez que, tanto a revogação como a morte do mandante extinguem o mandato. Ainda podia o credor pignoraticio exercer o *jus distrahendi* no caso em que o devedor tivesse perdido a propriedade da coisa, e é claro que, então, a venda não podia ser feita em nome deste.

Chega-se, assim, á evidencia de que o *jus distrahendi* não era exercitado *procuratorio nomine*. A faculdade de vender o objéto do *pignus* é uma parte integrante do direito real do credor pignoraticio. Este age, nesse caso, *jure proprio*, no seu único interesse, em razão do poder real que, sobre o bem apenhado, lhe conferiu o direito de penhor. D.XIII, 7, 42, D.XX, 5, 13.

Aliás, nenhum resultado pratico póde provir dessa controversia. Qualquer que seja a qualidade em que o credor pignoraticio exerce o seu direito de venda, o certo é que este está sujeito a uma regulamentação precisa, a condições que, em sua maioria, são estranhas á vontade das partes.

Assim é que, constituem requisitos essenciaes para a venda que o credito assegurado esteja vencido e não pago e que o credor dê aviso de pagamento ao devedor para este entrar em móra.

(16) DERNBURG, op. cit. § 280, pg. 457.

O devedor pignoratício deve ser notificado, com antecedência, da venda, e em falta de qualquer convenção a respeito, Justiniano exigia uma espera de dois anos antes que se procedesse a essa venda.

O credor deve vender *bona fide* e responde perante o devedor pelos danos provenientes de uma venda fraudulenta. Este, em sua defesa, dispõe da *actio pignoratícia directa* e, subsidiariamente de uma *actio doli* contra o comprador que tenha participado do dolo do vendedor. Desde que na venda, porém, se tenham observado as formalidades substanciais, ela não pôde ser declarada nula.

Com o intuito de evitar que fôsse burlada a rigorosa proibição da *lex commissoria*, era vedado ao credor adquirir por si ou por interposta pessoa, o bem penhorado. Uma exceção, porém, era aberta a esse princípio para o caso em que não se encontrava comprador para o bem. Para resolver a questão dispunha o credor de dois meios: ou comprar diretamente o bem si o devedor nisso conviesse, ou requerer ao príncipe que lhe fôsse atribuída a propriedade da coisa dada em garantia mediante uma justa estimação. Este último processo tinha, no direito romano, a denominação de *dominii impetratio* e corresponde á adjudicação no direito moderno. Ao devedor cabia ainda, pelo prazo de dois anos, o direito de resgatar o bem, pagando ao credor o capital e juros.

A importância do preço da venda que exceder o valor do crédito assegurado, a *hyperocha*, deve ser entregue ao devedor pignoratício.

Entre as causas de extinção do *pignus*, merecem especial destaque o perecimento do crédito e a venda da coisa apenhada. Este direito real, conferido para garantia do crédito deve, normalmente, ter a sua duração condicionada pela existência desse crédito.

Não se deve, entretanto, concluir do caráter acessório do *pignus* que êle se extingue, em todos os casos, com o direito pessoal ao qual está ligado. Muitas vezes essa garantia real sobrevive ao crédito que êle assegura. É esta uma consequência da forma própria da *actio hypothecaria* que exige o pagamento de uma soma ou um outro qualquer modo de satisfação do

credor: "Suas conditiones habet hypothecaria actio. id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus, tenet". D.XX,1,13.

Essas exigências específicas da *actio hypothecaria* explicam a exceção aberta para o *pignus* e para a hipoteca, ao princípio romano de que a *litis contestatio* — sob reserva de algumas derrogações por considerações de equidade — extinguiu o direito anterior (*consumitur actio*), dando nascimento a um direito novo.

A *litis contestatio* é uma espécie de novação, e, portanto, deveria extinguir juntamente com o crédito os seus acessórios. Entretanto, o *pignus* resiste a este efeito extintivo da *litis contestatio*, pelo motivo de que esta não contém pagamento nem outra qualquer satisfação para o credor. O *pignus* subsiste mesmo após a condenação, para o efeito de proteger o credor contra a insolvabilidade do devedor.

O *pignus* ainda sobrevive ao crédito, no caso em que este se tenha transformado em uma obrigação natural.

Em relação à prescrição da ação quasi-Serviana, é possível constatar um outro caso de permanência do *pignus* depois de extinto o direito de crédito.

Esta ação foi sempre regida por princípios especiais no direito romano. Em uma primeira fase, quando os romanos já admitiam a prescrição extintiva, a *actio hypothecaria* tinha um caráter perpétuo para o devedor e seus herdeiros, ficando submetida ao direito comum apenas quando o credor agia contra um terceiro. As modificações introduzidas por Justiniano acabaram com essa perpetuidade da ação quasi-Serviana. No entanto, enquanto que para as demais ações o prazo da prescrição era de trinta anos, a *actio hypothecaria* só prescrevia depois de quarenta anos. A ação quasi-Serviana sobrevivia à ação pessoal.

Esses casos de permanência do direito de penhor além da existência do crédito que êle garante, não lhe deve tirar o caráter de acessório. Como observa Dernburg: "la costruzioni giuridica dell'istituti di diritto non deve desumersi da particolari casi anormali. ma bensì dalla loro normale conformazione". (17)

(17) DERNBURG, op. cit., § 290, pg. 493.

Parece-me que a conclusão mais justa a se tirar em face desse conflito é que, entre os romanos, nenhum direito de penhor podia surgir sem uma obrigação pessoal. Quanto á sua duração, porém, éle independia da obrigação e ficava unicamente sujeito ao pagamento ou a um outro modo de satisfação do credor.

* *

Tal foi, em rápido esboço, o desenvolvimento a que atingiu o *pignus* no direito romano.

Partindo de uma méra situação de fato, este instituto foi progressivamente assumindo um caráter jurídico, pela proteção que o pretor assegurou ao credor pignoratício para defesa do bem que lhe havia sido dado em garantia do credito. Mais tarde, o simples direito de retenção do bem como meio de coagir o devedor ao pagamento da divida, — unico direito que competia originariamente ao credor — transformou-se na faculdade que a este era conferida de adquirir ou vender a coisa apenhada se, por ocasião do vencimento, o credito não houvesse sido pago. E, finalmente, com a criação da hipoteca, foi afetada a esse instituto o caráter de direito real que lhe traçou definitivamente a feição que ainda hoje mantém.

A influencia do sistema hipotecario se fez sentir poderosamente sobre o *pignus*, com a extensão a este instituto da *actio quasi-Serviana*. É sobejamente conhecida a frase de Marciano: “Inter *pignus* et *hypothecam tantum nominis sonus differt*”.

Se esta expressão serve para mostrar a analogia existente entre os dois sistemas de credito real, não ha dúvida que ela é um pouco exagerada.

Ha realmente uma distinção elementar entre o *pignus* e a hipoteca, consubstanciada no texto romano: “*proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*”. O credor pignoratício entra imediatamente na posse do bem que lhe foi dado em garantia, ao passo que, na hipoteca, o devedor só perde a posse do bem depois do vencimento do credito.

E esta distinção que permaneceu através de todas as fases do direito romano, se explica facilmente se considerarmos sobre que bens, de preferencia, se constituíam o *pignus* e a hipoteca.

“*Pignus proprie rei mobili constitui*” diz o principio romano. E’ evidente que o credor pignoratício exige uma maior segurança, afim de se defender contra as alienações que o devedor podia facilmente realizar em se tratando de coisas moveis. A posse do bem desde o dia do contrato era a melhor garantia de que podia gozar o credor para evitar essas alienações.

A hipoteca aplica-se preferentemente aos imoveis. Nesses casos, a posse é inutil ao credor; o bem dado em garantia não é suscetivel de desaparecer

Fóra desta distinção substancial, todas as demais são fortemente controvertidas. O *pignus* e a hipoteca, unidos pela *actio quasi-Serviana* — comum a esses dois institutos — evoluíram daí por deante, de mãos dadas, com as unicas restrições impostas pela especialidade do seu objeto.