

AS RELAÇÕES DE VIZINHANÇA E A “CAUTIO DAMNI INFECTI” (DIREITO ROMANO. ÉPOCA CLÁSSICA)*

António dos Santos Justo
Universidade de Coimbra

Em homenagem ao princípio que IAVOLENUS nos transmite –“*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*”– (1), jamais os jurisconsultos romanos elaboraram uma definição de propriedade.

Mesmo a terminologia não é uniforme e os vocábulos *dominium* e *proprietas* e a expressão *in bonis habere* referem realidades originariamente diferentes, cuja natureza jurídica está longe de ser pacífica (2).

Não temos o propósito de abordar esta matéria na expectativa de podermos emitir uma opinião. Além de dispensável ao tema que nos propomos estudar, seria uma tarefa extremamente arriscada, como, referindo-se a determinados problemas jurídicos da época arcaica, advertiu Alvaro D'ORS: “Creo que, como en tantas otras cuestiones de orígenes, debemos practicar la *ars ignorandi*” (3). E, na mesma linha, me recordou o seu

* O presente texto reproduz a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela em 20 de Abril de 1993, na “Semana Jurídica Portuguesa”. Apenas se acrescentaram as notas de roda-pé por se julgarem complemento necessário.

O Autor aproveita a oportunidade para transcrever as suas primeiras palavras: “Antes de comenzar mi participación en ésta semana de intercambio jurídico, quiero dirigir un saludo a la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, ésta “ciudad santa, grave y vetusta”, como ha llamado ROSALÍA; y que mi Profesor, Sebastião CRUZ, recuerda como “la que más quiero después de la mía”. Y quiero, también, invocar él eminente Don Álvaro D'ORS, Maestro de mi Maestro, que saludo con mucha estima y respeto profundo”.

(1) Cf. D. 50,17,202.

(2) Vid. BRASIELLO, U., *Proprietà (Diritto Romano)* no *NNDI* 14 (1967) 113-114, que nos sintetiza, em três, as posições da doutrina: de BONFANTE, de DE VISSCHER e de KASER.

(3) Vid. D'ORS, A., no *AHDE* 20(1950) 901.

discípulo Sebastião CRUZ o conselho bíblico (Rom. XII 3): “*Non plus sapere quam oportet sapere, sed sapere ad sobrietatem*” (4).

Sabemos, porém, que o vocábulo *dominium* (provavelmente derivado de *dominus*) surgiu na *iurisprudencia* nos últimos anos da República; e refere o poder do proprietário (*dominus*) que se traduz no exercício de uma série de faculdades que, nas palavras de BRASIELLO, “sono alquanto indeterminate nel numero ed in genere, almeno potenzialmente, illimitate nell’esercizio” (5).

Em relação ao termo *proprietas*, a sua origem parece ser a vulgar: adquiriu sentido jurídico na literatura não-jurídica do Principado; e, como ensina Alvaro D’ORS, foi utilizado pela *iurisprudencia* para designar “la propiedad en cuanto privada del usufructo (*nuda proprietas*)” (6).

Quanto à expressão *in bonis habere*, indica a propriedade “pretória” ou “bonitária”: que o pretor protegia quando alguém adquiria uma *res* sem ter cumprido as formalidades –a *mancipatio* ou a *in iure cessio*– exigidas pelo *ius civile* (7).

A existência do *ius vitae ac necis* que o *paterfamilias* tinha sobre os seus *fili* fez pensar que o proprietário gozou, nos tempos mais antigos, de um vasto e absoluto poder de domínio sobre as *res*, consubstanciado

(4) Vid. CRUZ, S., *Da “Solutio” I* (Coimbra 1962) 17³.

(5) Vid. BRASIELLO, o.c. 112. Segundo D’ORS (*Derecho Privado Romano*⁶ (Pamplona 1986) 185), Cícero ainda ignora o termo *dominium*, mas Aféno Varo (que foi cônsul em 30 a.C.) “parece conocerlo ya: D. 8,3,30”. Vid. ainda GARCIA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones. Casos. Instituciones*⁴ (Madrid 1989) 276-277.

(6) Vid. D’ORS, o.c. 185. No mesmo sentido, cf. BRASIELLO, o.c. 112; e GARCIA GARRIDO, o.c. 276-277.

(7) Além da propriedade civil (expressa pelos vocábulos *dominium* e *proprietas*) e da propriedade pretória (referida pela expressão *in bonis habere*), pode falar-se, ainda, da propriedade dos peregrinos (protegida com *actiones ficticiae*) e da propriedade provincial (os imóveis situados nas províncias pertenciam ao *dominium populi Romani vel Caesaris* (GAIUS 2,7), que os arrendavam a particulares mediante o pagamento de um *tributum* (nas províncias imperiais) ou *stipendium* (nas províncias senatoriais).

Vid. D’ORS, o.c. 186; GARCIA GARRIDO, o.c. 278-280; BRASIELLO, o.c. 119-120; e a nossa *A “Fictio Iuris” no Direito Romano. Aspectos Gerais*, na separata do BFDC 26 (Coimbra 1983) 132-134.

nas faculdades a que os juristas medievais chamaram *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi* (8).

No entanto, a verdade é muito diferente: desde muito cedo, a propriedade só potencialmente se conservou ilimitada, sendo raríssimo encontrar, especialmente nos *fundi*, um caso em que o proprietário pudesse utilizar plenamente os seus poderes.

Além da naturalmente inevitável projecção de pedras, terras e poeiras e da nem sempre eliminável introdução de fumos, humidade e odores que impedem o pleno gozo das *res*, há, ainda, várias actividades que historicamente foram proibidas em número crescente, por ameaçarem a integridade e a segurança de *res* vizinhas (9).

Com efeito, à parte os limites voluntariamente impostos pelos proprietários –as *servitutes* que as fontes apresentam como *iura in re aliena* (10)–, urge considerar, ainda, as limitações determinadas por interesses públicos e privados.

Quanto às primeiras, já a Lei das XII Tábuas, inspirada por vários motivos –sanitários, religiosos, morais, etc.–, proibiu a sepultura de cadáveres e a sua incineração dentro do *prommerium* da cidade; e prescreveu que entre *aedes* fosse deixado um espaço de passagem (*ambitus*) de 2,5 pés (11). Os augures ordenavam a demolição de *aedes* que os impedissem de prescrutar e voo das aves (12). E os *censores* encarregaram-se de prote-

(8) Vid. BRASIELLO, *o.c.* 112 e 115. Segundo D'ORS (*o.c.* 187), o conteúdo da propriedade é expreso, a propósito da propriedade não-civil de imóveis, na fórmula legal *uti frui habere possidere*. Na opinião de GARCIA GARRIDO (*o.c.* 281), *uti* significa o *usus*: a obtenção de "alguna utilidad de una cosa sin alterarla ni consumirla"; *frui* refere os "actos de disfrute, que consisten en consumir los frutos periódicos producidos por una cosa sin alterar su sustancia"; *habere* "debe entenderse como obtener con efecto (real)", ou seja, "es lo que puede reclamarse (por vindicación)"; e *possidere* refere-se "a la *possessio* o situación de hecho protegida por el Pretor mediante los interdictos".

(9) Vid. BRASIELLO, *o.c.* 112-113.

(10) Vid. GARCIA GARRIDO, *o.c.* 284-286; e FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano* (Madrid 1978) 105.

(11) Cf. VII,1; X,1; X,9; e CÍCERO, *De Leg.* 2,24,61.

(12) Vid. CÍCERO, *De off.* 3,16,66; e PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano* (Pádua 1986) 133 e 492-493.

ger indirectamente as restrições à propriedade, inscrevendo, na última classe dos cidadãos (*aerarii*), os que não cultivassem os *fundi* ou não cuidassem dos seus *animalia*. Embora estas sanções não atingissem a natureza do *dominium*, não deixavam de constituir meios práticos que impediam eficazmente os proprietários de exercer os seus poderes sem a consideração dos interesses públicos (13).

Em relação às segundas, que especialmente serviam os interesses dos proprietários ou possuidores vizinhos, a Lei das XII Tábuas proibiu o proprietário de alterar o curso natural das águas pluviais com prejuízo do vizinho (14); permitiu que o *dominus*, prejudicado pela sombra dos ramos de uma árvore plantada num *fundus* vizinho, exigisse a corte dos ramos até à altura de 15 pés e os cortasse se o *dominus arboris* recusasse (15); e autorizou o dono de uma árvore a penetrar, em dias alternados (*“tertio quoque die”*), no *fundus* vizinho, para aí colher os frutos caídos (16).

A estas, juntaram-se outras limitações que não cessaram de crescer nas épocas clássica, pós-clássica (17) e justinianeia.

(13) Vid. CORREIA, A. e SCIASCIA, G., *Manual de Direito Romano*⁵ (S. Paulo 1970) 126; KASER, M., *Römisches Privatrecht*⁴ (Munique e Berlim 1965) 89; e PUGLIESE, o.c. 492.

(14) Cf. VII, 8a.

(15) Cf. VII, 9a.

(16) Cf. VII, 10.

(17) Como refere CHAMOUN, neste período as restrições avolumaram-se extraordinariamente: u.g., as novas construções não devem privar de luz as casas vizinhas (D. 7,1,30; -8,2,10; -8,2,11pr. todos interpolados) nem tolher o vento (C. 3,34,14,1); proibe-se a construção, a menos de 100 pés, de edifícios com vistas para o mar (C. 8,10,12,4; N. 63 e 165); e é fixada, em 12 pés, a distância mínima entre edifícios (C. 8,10,11,2) e a altura máxima em 100 pés (C. 8,10,12,4). Trata-se, na opinião de TALAMANCA, de “evidenti influssi ellenistici”.

Merece destaque a legislação de ZENÃO, no séc. V, que contém normas minuciosas e claras sobre a altura, a distância e a estética dos edifícios e sobre a exploração de minas privadas. Antes, porém, já uma *constitutio* do ano 382 (C. 11,7,3) concedeu o direito de exploração mineira em *fundi alieni*, mediante o pagamento de 1/10 dos benefícios ao fisco e de 1/10 ao proprietário do terreno (C. 8,10,12). Também nesta época, Constantino proibiu a alienação, pelo *paterfamilias*, dos *bona materna*.

Vid. KASER, o.c. 91; GARCIA GARRIDO, o.c. 284-286; CHAMOUN, E., *Instituições de Direito Romano*⁶ (Rio - S. Paulo 1962) 233-234; FUENTESECA, o.c. 107; e TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano* (Milão 1990) 406.

Na época clássica, foi desenvolvida a *actio aquae pluviae arcendae* que remonta à Lei das XII Tábuas (18) e permitia ao *dominus* pedir a demolição de obras realizadas no *fundus* vizinho que alterassem o curso natural das águas, causando-lhe prejuízos (19). O direito de o vizinho exigir o corte dos ramos pendentes sobre o seu *fundus* e de altura não superior a 15 pés é, agora, reforçado com os *interdicta de arboribus caedendis* que impedem o *dominus arboris* de se opor, com a força, ao corte e à apropriação dos ramos (20). O direito de o vizinho se introduzir, em dias alternados, no *fundus* alheio para aí recolher os frutos caídos da sua árvore é, igualmente, reforçado com o *interdictum de glande legenda*: o *dominus* dos frutos pode recolhê-los sem oposição do proprietário do *fundus* vizinho (21). E, no caso de uma *via* ter sido obstruída por inundação ou ruína, o proprietário do *fundus* mais próximo devia permitir a passagem: *praestare viam* (22).

Ao mesmo tempo, regulamentaram-se a altura, a distância e a est tica dos edifícios e foi eliminado o *ambitus* de 2,5 p s, substituído pelo sistema moderno das paredes-meias (23). O *sc. Hosidianum* proibiu o proprietário de demolir um edifício para vender especulativamente os materiais (24); e o *sc. Acilianum* proibiu o testador de dispor, em legado, os materiais incorporados num edifício (25). Foi proibida a aliena o de *res litigiosae*, de imóveis dotais ou pertencentes a pupilos (26). Foram impostas limita es aos *fundi* ribeirinhos, ficando os seus *domini* obrigados a permitir que os *nautae* ou *piscatores* utilizassem as margens nas suas actividades de navega o ou pesca (27). Oneraram-se os *domini* com o encargo de reparar

(18) Cf. VII,8.

(19) Cf. D. 39,3,5.

(20) Cf. D. 43,27,1,7.

(21) Cf. D. 43,28,1pr.

(22) Cf. D. 8,6,14,1.

(23) Vid. MURGA, J.L., *Un Enigmatico Edicto del Emperador Vespasiano sobre Materia Urbanistica* em AHDE 47(1977) 48-58; PUGLIESE, o.c. 493; e TALAMANCA, o.c. 406.

(24) Cf. o *sc. Hosidianum* (do ano 44) no *Corpus Inscriptionum Latinarum Consilio Academiae Litterarum Borussicae Editum X* (Berlim 1863) 1401.

(25) Sobre o *sc. Acilianum* (do ano 212), vid. GARCIA GARRIDO, o.c. 196; BURDESE, A., *Manuale di Diritto Privato Romano*⁹ (Turim 1987) 335; e IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*⁹ (Barcelona 1987) 272.

(26) Cf. GAIUS, 4,17. Vid. KASER, o.c. 90.

(27) Cf. D. 1,8,5pr. Vid. GARCIA GARRIDO, o.c. 285; e CHAMOUN, o.c. 233.

as estradas públicas confinantes com os seus *fundi* ou edifícios; ou de tolerar a ingerência de órgãos públicos, nomeadamente no transporte de terra, argila e pedras destinadas à reparação de aquedutos. Permitiu-se o acesso, embora precário (mediante súplica), ao terreno encravado onde se encontrasse um sepulcro (28). Autorizou-se o vizinho a arrancar e a apoderar-se da árvore inclinada sobre a sua *aedes*, no caso de o *dominus* a não cortar (29). Enfim, ganhou consistência o princípio de que deve ser tolerada a *immissio* –desde que *non gravis*– de fumos, poeiras, vapores, humidade, odores, etc., provenientes do uso ou exercício normal da propriedade vizinha (30).

E, se quiséssemos percorrer as épocas pós-clássica e justinianeia, encontraríamos um *ius*, onde a subordinação da *proprietates* aos interesses colectivos e privados não deixou de crescer: bastaria olhar para a expropriação por utilidade pública, agora perfeitamente desenvolvida; para a concessão ao *dominus sepulchri* de uma servidão legal de passagem mediante indemnização, mais tarde estendida a todos os terrenos encravados; para o constrangimento imposto aos proprietários ou possuidores de cultivarem os seus *fundi*; para a *constitutio* de ZENÃO que regulou, em pormenor, as relações de vizinhança e proporcionou à doutrina a elaboração da noção ampla de servidão (31); para a concessão da *actio aquae pluviae arcendae* também nos casos de inexistência de um *opus manu factum* (32) e nos casos de diminuição do fluxo das águas. Nestes, impôs-se o princípio de que as águas que excedessem as necessidades de um *fundus* deviam ser restituídas aos outros *fundi*, princípio que viria a constituir um das bases sobre que foi elaborada, na Idade Média, a teoria da proibição do abuso do direito, em particular dos actos emulativos.

(28) Só o Direito justinianeu reconheceu, ao *dominus sepulchri*, o direito de passagem mediante uma indemnização (D. 11,7,12 interpolado *in fine*). Deste modo surgiu, em relação ao *iter ad sepulchrum*, uma servidão legal de passagem, mais tarde estendida a todos os terrenos encravados. Vid. IGLESIAS, o.c. 270-271; e PUGLIESE, o.c. 495.

(29) Cf. D. 43,27,1pr.-6.

(30) De contrário, o proprietário atingido poderia utilizar o *interdictum uti possidetis*. Se o proprietário do *fundus*, donde provêm os fumos, as águas, etc., invocasse um direito, aquele poderia instaurar a *actio negatoria*. Cf. D. 8,5,8,5-7 (parcialmente interpolado). Vid. KASER, o.c. 91-92; FUENTESECA, o.c. 106; BURDESE, o.c. 335; e TALAMANCA, o.c. 407.

(31) Cf. C. 8,10,12; -8,10,13.

(32) Cf. D. 39,3,2,5-6.

Trata-se, como se observa, de limites ao gozo da propriedade que, dependendo de vários factores (religiosos, políticos, económicos, etc.), variaram consoante as diferentes épocas do Direito Romano.

Sobretudo no domínio das relações de vizinhança, vemos o princípio “*nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet*” derogado pelo princípio de que tudo se pode fazer desde que não se interfira na propriedade alheia: “*in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*” (33). É, como afirma TALAMANCA, uma inequívoca manifestação da tutela, assumida pelo ordenamento jurídico romano, dos “*doveri di solidarietà o della funzione sociale della proprietà come valori prevalenti sull’egoismo del singolo proprietario*” (34).

Perante esta realidade, causa alguma surpresa que se tenha forjado, no pensamento jurídico medieval, a ideia de que, em Roma, a propriedade teve um carácter extremamente individualista e absolutista. Nas palavras de FUENTESECA, os Glosadores chegaram mesmo a considerar a propriedade imobiliária romana “*ilimitada hacia arriba y hacia abajo*”: “*usque ad sidera; usque ad inferos*” (35).

Foram considerados os princípios *qui suo iure utitur neminem laedere* e *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* (36), mas ignoraram-se as suas limitações que, *ab initio*, se afirmaram sucessiva e crescentemente (37).

De facto, à luz daqueles princípios, a propriedade revela-se um instrumento poderoso de um radical individualismo egoísta e, daí, a sua caracterização como um *ius utendi, fruendi et abutendi* (38).

(33) Cf. D. 8,5,8,5. Todavia, tolera-se a *inmissio* correspondente a um uso normal. Vid. CHAMOUN, o.c. 235; CORREIA, A. e SCIASCIA, G., o.c. 126; BURDESE, o.c. 335; e TALAMANCA, o.c. 405.

(34) Vid. TALAMANCA, o.c. 402-403.

(35) Vid. FUENTESECA, o.c. 104, para quem “los romanos no manifestaron ésta concepción talnlimitada de la propiedad inmueble”.

(36) Cf. D. 0,17,55; -50,17,151; -50,17,155.

(37) Alexandre CORREIA e Gaetano SCIASCIA (o.c. 73-74) atribuem à ética cristã –com destaque para o preceito: “*Christiani quibus verus cultus est adiuare pauperes et in necessitate positos*”– uma influência grande nas limitações da propriedade. Cf. C. 1,4,1.

(38) Vid. CORREIA, A. e SCIASCIA, G., o.c.74 e 124; e TALAMANCA, o.c. 402.

A Escola Culta manteve-se fiel ao pensamento das Escolas medievais, insistindo nos aspectos arcaico, rigoroso e individualista que marcariam todo o *Ius Romanum* (39). E, no início do nosso século, os teóricos e práticos da política e da economia, sobretudo de inspiração socialista, apresentaram a propriedade quirritária como paradigma da propriedade absoluta e ilimitada, matriz do capitalismo, quando, nas palavras de PUGLIESE, “si trattava appunto di un modello astratto, che solo parzialmente e tendenzialmente corrispondeva alla realtà storica” (40).

Com efeito, a verdade é bem diferente: o *dominium ex iure Quiritium* era um direito absoluto no sentido de que valia *erga omnes*, mas não um direito ilimitado. O princípio *qui suo iure utitur, neminem laedit* nunca foi ilimitado, pois desde os tempos mais antigos não deixou de sofrer limitações que impediam, sempre mais, um proprietário de abusar dos seus poderes (*honeste vivere*) e, em consequência, de prejudicar alguém (*alterum non laedere*) (41).

Os exemplos seleccionados são inequívocos (42) e alguns encontram plena consagração nos actuais direitos espanhol e português. Referimo-nos, muito especialmente, aos arts. 552º., 553º., 592º. do Código Civil Espanhol; e aos arts. 1351º., 1366º. e 1367º do Código Civil Português.

(39) Vid. CORREIA, A. e SCIASCIA, G., *o.c.* 123.

(40) Vid. PUGLIESE, *o.c.* 491-492.

(41) São os dois primeiros dos *tria iuris praecepta* enunciados por ULPIANUS (D. 1,1,10,1). Sobre esta matéria, vid CRUZ, S., *Direito Romano I. Introdução. Fontes*⁴ (Coimbra 1984) 12-15. Especificamente sobre o abuso do direito no âmbito da propriedade, vid. CORREIA, A. e SCIASCIA, G., *o.c.* 73-74.

(42) Permitimo-nos, ainda, citar as opiniões de ULPIANUS (D. 39,3,1,11): “... *prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur*”; de Alfenus VARUS (D. 39,3,2,5): “... *si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstat, putat aquae pluviae arcendae actione eum tenere*”; e de LABEO (D. 39,3,2,5): “...*si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non extat, agi posse, ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit*”.

Se o texto de ULPIANUS tem sido considerado interpolado, já as opiniões de VARUS e de LABEO, referidas por PAULUS, afiguram-se-nos genuínas à luz do critério interpolacionístico sustentado por VALIÑO e que suscita a nossa simpatia: se os compiladores mantiveram a citação, não seria para fazer, dizer aos juristas citados o que, na verdade, não disseram. Vid. a nossa A “*Fictio Iuris*” no *Direito Romano (“Actio Ficticia”)*. *Época Clássica I* (Coimbra 1988) 310²⁰.

E é neste quadro, em que as relações de vizinhança ocupam um lugar destacado, que nos surge, a ordená-las, a *cautio damni infecti* (43) a que vamos dedicar a nossa atenção, na época clássica do Direito Romano (44).

A *cautio damni infecti* é uma garantia em que, por imposição do magistrado (45), o proprietário (46) de um imóvel –*aedes* ou *fundus*– (47) ou autor de uma obra em curso (*opus*) promete indemnizar o vizinho, se ocorrerem os danos temidos (48) em consequência de um *vitium aedium, arboris, loci aut operis*.

Qual a sua *ratio*?

A necessidade, que a justificou, é a mesma que explica a superação da antiga *legis actio damni infecti*. Porém, há, de comum, uma realidade

- (43) Além da *cautio damni infecti*, ordenavam, igualmente, as relações de vizinhança: a *actio finium regundorum*, o *interdictum de glande legenda*, os *interdicta de arboribus caedendis*, a *actio aquae pluviae arcendae* e o *interdictum quod vi aut clam*. Quanto à tutela especificamente preventiva das relações de vizinhança, além da *cautio damni infecti*, do *interdictum quod vi aut clam* e da *actio aquae pluviae arcendae*, havia, ainda, a *operis novi nuntiatio*. Vid. D'ORS, *o.c.* 201-203; GARCIA GARRIDO, *o.c.*, 301-303; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano* II. Sez. I (Roma 1926) 325; e MOZZILLO, A., *Denuncia di Nuova Opera e di Danno Temuto* em *NNDI* 5 (1960) 458.
- (44) Seguindo o critério jurídico interno utilizado por D'ORS e acolhido, em Portugal, por Sebastião CRUZ, consideramos clássica a época que, na vigência do Direito Romano, decorre entre os anos 130 a.C. e 230. Vid. D'ORS, *o.c.* 35-39; CRUZ, S., *o.c.* 39-43 e 46-47; e as nossas *Fases do Desenvolvimento do Direito Romano* (Coimbra 1988) 9-25.
- (45) Em Roma, o pretor; nas províncias, os *praeses provinciae*, magistrados que gozavam de *imperium* (D. 2,1,4). Os magistrados municipais gozavam de uma competência delegada (*iurisdictio delegata*), não podendo exceder a *missio in possessionem ex primo decreto* (D. 39,2,1pr.; -39,2,4,3,-4; -50,1,26). Vid. MOZZILLO, *o.c.* 354.
- (46) Além do proprietário (civil ou pretório), a garantia podia ser igualmente prestada (embora já não imposta) por quem tivesse interesse em evitar as consequências resultantes da recusa, pelo proprietário, da prestação da *cautio*.
- (47) Também ao proprietário de uma árvore podia ser ordenada a prestação da *cautio*, por *vitium arborum*.
- (48) Trata-se de um dano futuro, como refere GAIUS (D. 39,2,2): "*Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur*". Vid. CRUZ, S., *Da "Solutio" I* (Coimbra 1962) 294⁵⁰⁴; TALAMANCA, *o.c.* 450-451; GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette. Libro XXXIX. Parte II* (Milão 1905) 25 e 104; AMARAL DOS SANTOS, M., "*Cautio Damni Infecti*" em *RFDSP* 52 (1957) 224; IGLESIAS, *o.c.* 316-317; e BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*⁴ (Milão 1972) 280.

que preocupou seriamente Roma: a ruína das *aedes*, que os escritores repetidamente comentavam como verdadeiras desgraças (49).

Com efeito, na sequência da repentina expansão de Roma e da aglomeração de pessoas das mais variadas raças, enveredou-se pela rápida construção de casas, sem a necessária segurança. A ambição do lucro fácil fez proliferar os construtores sem escrúpulos que, para recuperarem, em poucos anos, o capital investido, substituíram a antiga *domus terrena* por habitações de enorme e desigual altitude, edificadas a baixo preço e desordenadamente, tão-só separadas pelo *ambitus* de 2,5 pés.

E, se acrescentarmos as inundações frequentes do Tibre, por força das quais as partes baixas da *civitas* permaneciam durante muito tempo cobertas de água que abalava a resistência dos terrenos, facilmente se compreendem os temores dos Romanos e a necessidade da sua protecção dos *damni infecti* (50), cuja tutela era extemamente precária: por um lado, ter-se-ia de aguardar a ocorrência da lesão (*damnum iam factum*) e só depois, com base na censura ao proprietário da *aedes ruïnosa* por a não ter reparado, podia ser demandado com a respectiva *actio ex delicto* (51); por outro lado, a não verificação dos pressupostos exigidos pela *Lex Aquilia* –um esforço muscular (*corpore*) e um dano directamente causado: *occidere, urere, frangere* ou *runpere* (32)– implicava a não aplicação da correspondente *actio* e nem sempre esta lacuna seria integrável com uma *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*, por a sua outorga depender da culpa do lesante (53).

Ao vizinho lesado só restava conformar-se com a opção do *dominus* da *aedes ruïnosa*: ressarcir o *damnum iam factum* ou abandonar a propriedade

(49) SENECA (*Ep. ad Luc.* 90,43) diz mesmo que uma parte dos nossos temores são as nossas casas.

(50) Vid. BONFANTE, *o.c.* 327-328; GLÜCK, *o.c.* 57-59; e BRANCA, G., *Danno Temuto e Danno da Cose Inanimate nel Diritto Romano* (Pádua 1937) 3.

(51) Vid. BRANCA, *o.c.* 34-41; e AMARAL DOS SANTOS, *o.c.* 224.

(52) Vid. a nossa A "Fictio Iuris", cit. 290-291; BRANCA, *o.c.* 3; e GLÜCK, *o.c.* 3.

(53) Sobre a *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* e a necessidade de o lesante agir culposamente, vid. a nossa A "Fictio Iuris", cit. 309-315 e 291³.

Vid ainda: GLÜCK, *o.c.* 46; BRANCA, G., *La Responsabilità per Danni nel Rapporti di Vicinanza e il Pensiero dei "Veteres"* em *Studi Albertario I* (Milão 1953) 337.

da *res* causadora do dano (54). Ora, se, neste caso, o seu valor fosse inferior ao *damnum*, o vizinho sofreria um prejuízo eventualmente elevado. E de nada lhe serviria a *actio negatoria* que lhe permitiria, somente, exigir a retirada dos materiais caídos no seu *fundus* (55).

Em causa estava, também, a protecção do interesse público que não tolerava que a inércia dos proprietários pudesse lesar os seus vizinhos.

Urgia, portanto, estabelecer a necessária tutela: indirectamente, suscitando ao proprietário o interesse na reparação da sua *aedes* em ruínas; directamente, onerando-o com a *obligatio* de ressarcir o dano temido se, entretanto, ocorresse.

Todavia, seria uma intromissão demasiado gravosa na propriedade obrigar o *dominus* a abandonar ou a reparar uma *aedes* quando, somente na perspectiva do vizinho, ameaçasse ruir. E sê-lo-ia, igualmente, sustar um *opus* que nada tinha de antijurídico, porque em realização no *dominium suum*.

Impunha-se resolver este difícil conflito de interesses! E a *iurisprudentia* solucionou-o, sabiamente, com a *cautio damni infecti* que permitiu, simultaneamente:

1. combater a inércia do *dominus* da *res* em ruínas, porque, prestando-a, ficava obrigado a reparar o dano futuro; não a prestando, sujeitar-se-ia às consequências das *missiones in prosessionem*, se não restaurasse a *res ruïnosa*;
2. evitar intromissões, porventura abusivas, no *dominium alienum*;
3. dispensar o proprietário de fazer as reparações que, no seu entendimento, não se justificassem.

(54) Segundo BONFANTE (o.c. 363-364) e GLÜCK (o.c. 6-7), se não quisesse ressarcir nem abandonar, o lesado gozaria do *ius retentionis* que, em via de excepção, paralisava a *rei vindicatio* do *dominus* da *res* causadora do dano. BRANCA (*Danno Temuto* cit. 3) considera discutível se os princípios gerais do direito atribuíam ao lesado a facultade de *retendi* em relação aos materiais caídos no seu *fundus*.

(55) Cf. D. 39,2,6; -39,2,7,2; -39,2,9,2; Vid. GLÜCK, o.c. 8-12 e 28; BONFANTE, o.c. 363-366; e BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 3.

Dir-se-á, portanto, que a *cautio damni infecti* é um expediente de equilíbrio são nas relações de vizinhança: um verdadeiro postulado da *aequitas* (56).

Este expediente veio substituir a antiga *legis actio damni infecti*, cuja natureza as escassas fontes não permitem reconstituir com a necessária segurança. Apenas GAIUS e PAULUS a referem.

Segundo GAIUS, “somente em dois casos é ainda possível recorrer a uma *legis actio*: pelo dano temido (*damnum infectum*) e quando o *iudicium* deve instaurar-se no tribunal centumviral”. Simplesmente, em relação ao dano temido, “já ninguém quer utilizar a *legis actio*, optando por obrigar o adversário mediante a *stipulatio* proposta no *edictum* (do pretor), o que é juridicamente “*commodius et plenius*” (57).

E, segundo PAULUS, a Lei das XII Tábuas concede uma *actio* para indemnização do prejuízo causado por um *rivus aquae* instalado em *publicum locum* (58). Supõe-se que esta *actio* tenha sido a *legis actio damni infecti*.

À medida que recuamos no tempo, crescem as dúvidas; por isso, não surpreende que apenas se considerem pacíficas:

1. a existência da *legis actio per damnum infectum*, substituída (depois de ter coexistido) pela *cautio damni infecti*;
2. o seu carácter preventivo;
3. a sua concessão pela Lei das XII Tábuas (59).

Tudo o mais que se tem dito –sobretudo em relação à sua estrutura processual– não passa de meras conjecturas geradoras de controvérsias que, segundo parece, não têm fim.

(56) Vid. GLÜCK, o.c. 28, 33, 92, 113, 148 e 151.

(57) GAIUS (4, 31): “*tantum ex duabus causis permissum est id legis actionem facere lege agere: damni infecti, et si centumvirale iudicium futurum est (...). Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est*”.

(58) PAULUS (D. 43,8,5): “*Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino sarciatur*”.

(59) Vid. MOZZILLO, o.c. 458 e *Contributi allo Studio delle “Stipulationes Praetoriae”* (Nápoles 1960) 54; BONFANTE, o.c. 327-328; e BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 4-6.

É, no entanto, provável que a *dominus* da *aedes* em ruínas tenha sido excessivamente onerado com a obrigação de restaurar ou de permitir a intromissão do vizinho para efectuar, à custa daquele, a necessária reparação. GAIUS não afasta esta hipótese, ao considerar o novo expediente –a *cautio damni infecti*– “*commodius et plenius*” (60).

(60) Cf. GAIUS 4,31.

Segundo MOZZILLO, em face do perigo proveniente de obra feita em conduta de águas, o *dominus* ameaçado podia recorrer à *legis actio damni infecti*, que instauraria na forma da *legis actio per iudicis postulationem*. Após apreciar a situação de facto, o *arbiter* pronunciava um *iussum* que punha o *dominus operis* na alternativa –*cavere aut opus restituere*–. Se recusasse, o postulante ficaria legitimado a intervir no *fundus* vizinho para eliminar as causas do dano, devendo as despesas ser ressarcidas pelo *dominus operis*.

KARLOWA entende que o *dominus aedis* (e só este) era obrigado a restaurar o edifício ruinoso. Se recusasse, o vizinho ameaçado gozaria da *legis actio per pignoris captionem* que lhe permitira, de posse da *aedes*, efectuar a reparação.

BURKHARD sustenta que a Lei das XII Tábuas teria imposta a obrigação de reparar a *aedes* ruínosa. Havendo recusa, o vizinho recorreria à *legis actio sacramento* ou à *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: apoderar-se-ia da *aedes*, repará-la-ia e apresentaria as despesas ao *dominus*.

GLÜCK afirma que a Lei das XII Tábuas não obrigou a prestar a *cautio*, mas a reparar. O cumprimento desta obrigação era assegurado com a ameaça de um dano muito elevado: o ameaçado reparava, sendo ressarcido das despesas através duma *actio* penal.

BONFANTE julga mais provável que a *legis actio damni infecti* tenha sido uma *actio ex delicto* com base na qual se instauraria a *legis actio sacramento* ou a *legis actio per iudicis postulationem*: o *dominus aedis* praticaria um delito com a sua atitude passiva de não afastar o perigo da sua *aedes* ruínosa, tendo que suportar uma *poena* pecuniária.

Estas doutrinas (que ousámos seleccionar e sintetizar) são alvo, como se esperaria, de alguma críticas. Assim, dir-se-á, contra MOZZILLO, que, se a antiga *legis actio per damnum infectum* tivesse ordenado a prestação da uma *cautio*, não se vê como o novo expediente fosse mais cómodo e pleno. Quanto KARLOWA, sustentar-se-á que a *legis actio per pignoris captionem* era a utilizada em dívidas que consistiam num *certum*, enquanto o *damnum infectum* não só era incerto (antes de a *aedes* ruir) como também se duvidava que existisse. E as hipóteses referidas por GAIUS (4, 27-28) de aplicação daquela *legis actio* revelam a tutela de interesses verdadeiramente *sui generis* (v.g., do Estado, do culto) que se afastam do interesse que a *legis actio per damnum infectum* se propõe tutelar, além de ser muito estanho que, nos casos em que se recorria à *legis actio per pignoris captionem*, GAIUS não tivesse mencionado o *damnum infectum* que ainda subsistia na sua época. Também contra KARLOWA, BURKHARD e GLÜCK tem-se dito que a obrigação de restaurar uma *aedes* ruínosa imposta pela Lei das XII Tábuas traduzir-se-ia num ónus *in faciendo* contrário à essência originária da propriedade romana e que tão-pouco existe, no avançado direito clássico, no regime da *cautio*. Finalmente, em relação a BONFANTE, há quem entenda que o antigo e o mais recente expediente não diferiam muito, sendo o resultado prático o mesmo. Por outro lado, a hipótese antiga não teria testemunho nos textos paralelos nem sequer analogia em institutos similares do antigo *ius civile*.

Vid. MOZZILLO, *Denuncia*, cit. 458-459; KARLOWA *apud* BRANDA, *Danno Temuto*, cit. 7; BURKHARD *apud* BONFANTE, o.c. 330; GLÜCK, o.c. 65, 66 e 71-77; BONFANTE, o.c. 331. E, ainda, BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 7, 13-20 e 22-25.

Também a escassez das notícias sobre o *cautio damni infecti* dificulta a tarefa de determinar o seu *modus formandi*.

Sabemos que tem por base a *stipulatio* acolhida no *edictum*.

De que pretor?

Segundo a *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* (61), terá sido proposta no *edictum* do pretor peregrino.

Surge aqui mais uma dificuldade: porquê no edicto do pretor peregrino e não no edicto do pretor urbano, “a figura genial dentro do *Ius Romanum*”, como ensina Sebastião CRUZ? (62).

Será que o edicto do pretor urbano é posterior à *Lex Rubria*, como entende MOZZILLO? (63).

Será que esta *Lex* refere o edicto do pretor peregrino, por a *cautio damni infecti* ainda não figurar no edicto do pretor urbano, apesar de a mesma *Lex* ter concedido a cidadania romana aos habitantes da Gália Cisalpina, como pensa TOMULESCU? (64).

Será que a referência ao edicto do pretor peregrino se explica por somente este estabelecer normas sobre a *stipulatio damni infecti* por *vitium aedium*, opinião de GLÜCK? (65).

Será que a *iurisdictio* sobre *cives* da Gália Cisalpina, em matéria de *damnum infectum*, pertencia ao pretor peregrino e, daí, a sua referência pela *Lex Rubria*, no entendimento de SERRAO? (66).

(61) Cf. cap. XX da *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* nas *FIRA I* (Forença 1941) 171. Vid. também: BONFANTE, o.c. 337.

(62) Vid. CRUZ, S., *Direito Romano*, cit. 69-70.

(63) Vid. MOZZILLO, o.c. 451.

(64) Vid. TOMULESCU, C. St., *La Clause “ex fide bona” dans la Loi-Disant “Lex Rubria de Gallia Cisalpina”* em *BIDR* 17 (1975) 182.

(65) Vid. GLÜCK, o.c. 51 e 82-89.

(66) Vid. SERRAO, F., *La “Iurisdictio” del Pretor Peregrino* (Milão 1954) 97.

Não é este o momento indicado para criticar estas hipóteses. No entanto, tenha sido primeiramente acolhida no edicto do pretor peregrino (como sugere a *Lex Rubria*) ou no edicto do pretor urbano (67), é provável que tenham sido os indivíduos interessados a utilizar espontaneamente a *cautio damni infecti* (68); para não restaurar ou tolerar a intromissão do vizinho, o *dominus* da *aedes ruïnosa* ter-lhe-ia prometido o ressarcimento dos danos temidos pelo *vitium aedis*, se eventualmente ocorressem.

E terá sido a generalização desta prática, necessariamente dependente da *voluntas* das partes (69), que o pretor transformou em dever jurídico, estabelecendo no seu *edictum* o princípio de que, se *vitio aedium* é temido um *damnum*, o *dominus aedis* deve, a pedido do ameaçado, prestar a *cautio damni infecti*.

Assim, a possível obrigação antiga de restaurar ou de permitir a intromissão do vizinho para efectuar, à custa do *dominus*, a necessária reparação, foi substituída pela obrigação, imposta pelo magistrado, de prestar a *cautio*. O vizinho ficava garantido de que seriam ressarcidos os danos que eventualmente sofresse; e ao proprietário da *aedes ruïnosa* não eram retiradas as faculdades de:

1. reparar, para não se expor à indemnização;
2. não reparar, se não considerasse necessário;
3. se desobrigar por *derelictio*, se entendesse não prestar a *cautio*(70).

E, se porventura o novo expediente foi primeiramente acolhido no *edictum* do pretor peregrino, não tardou muito a penetrar no *edictum* do pretor urbano (71).

(67) Segundo BRANCA (*Danno Temuto*, cit. 90), a *cautio* relativa a *paries communis* terá sido inserida no albo do pretor por volta da segunda metade do século I a.C. e não depois do ano 17 a.C. Da *paries communis* estendeu-se a todos os danos.

(68) Cf. D. 39,2,43,1.

(69) Indiciam o uso privado da *cautio* antes de o *edictum* a consagrar: CÍCERO, *Top.* IV, 22; e ALFENUS (D. 39,2,43,1).

Vid. BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 77-79.

(70) Só depois de prestada a *cautio* era impossível a *derelictio*.

Vid. GLÜCK, *o.c.* 80-81 e 382; e BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 76.

(71) Vid. GLÜCK, *o.c.* 81; e LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*³ (Leipzig 1927) 372.

Sem prejuízo da possibilidade de os interessados (os vizinhos) continuarem a recorrer espontânea e concertadamente à *stipulatio* ordinária, a *cautio damni infecti* tem por fonte, nas situações de desacordo, a *stipulatio praetoria*. E esta é, como sabemos, um negócio jurídico tipicamente obrigacional, que o pretor impõe com base no seu *imperium* (72).

Trata-se, igualmente, de uma *stipulatio* incerta, pois tem em vista a indemnização de danos produzidos por facto futuro e incerto (73).

Em relação à *cautio damni infecti* por *vitium aedium*, podia revestir duas formas: a *repromissio* e a *satisdatio* (74). Na opinião de BONFANTE, “la ragione è meramente processuale”: o proprietário “presta cauzione suo nomine (e) tutti gli altri (interessados) *alieno nomine*”. Quando se tratasse de um *vitium operis*, impunha-se distinguir: se o *facere* é *in publico*, prestar-se-ia a *satisdatio*; não o sendo, exigir-se-ia a *repromissio*: o agente prestaria a caução *suo nomine* (75).

À *stipulatio* devia, ainda, ser aposto um termo que dependia da valorização (*causae cognitio*) das circunstâncias. Este prazo limitava, portanto, a sua eficácia: o estipulante só teria direito ao ressarcimento se o evento danoso ocorresse dentro do prazo estabelecido (76), embora o dano, na sua extensão plena, pudesse verificar-se mais tarde (77). Se as partes tivessem acordado na não fixação de um prazo, em qualquer momento o garante podia ser accionado (78). E se, decorrido o prazo estabelecido, o perigo se mantivesse, poder-se-ia pedir o seu prolongamento ou renovação (79).

(72) Vid. CRUZ, S., *Direito Romano*, cit. 302-310; e JOBBÉ-DUVAL, E., *Les Decreta des Magistrats Pourvus de la "Iurisdictio Contentiosa Inter Privatos"* em *Studi Bonfante* III (Milão 1930) 178-180.

(73) Vid. TOMULESCU, o.c. 182.

(74) Cf. D. 39,2,9,5; -39,2,10; -39,2,15,25.

(75) Vid. BONFANTE, o.c. 351-352; e GLÜCK, o.c. 344-347. Cf. D. 3,3,46,2; -39,2,13pr.; -39,2,15,26; e GAIUS 4,101.

(76) Em relação a um *opus in flumine publico*, o prazo era de 10 anos. Nos restantes casos, se as partes não o estabelecessem, o pretor fixá-lo-ia (com maior ou menor duração) após *causae cognitio*. Cf. D. 39,2,7pr.; -39,2,13,15; -39,2,15,2. Vid. MOZZILLO, o.c., 462; BONFANTE, o.c. 355; e GLÜCK, o.c. 366, 367 e 385.

(77) Cf. D. 39,2,18,11. Vid. GLÜCK, o.c. 385.

(78) Cf. D. 39,2,15,1.

(79) Cf. D. 39,2,15pr.

Uma observação se impõe, ainda: resultando a *cautio damni infecti* de uma *stipulatio*, aquele instituto parece situar-se no âmbito das obrigações contratuais, embora pudesse revestir a particularidade de ser imposto pelo pretor. Na verdade, quando os vizinhos não celebrassem espontaneamente a *stipulatio*, o pretor imporia que a realizassem, circunstância que levou BRANCA a referir “una singolarità dell’instituto che lo fa entrare da una parte nell’ambito delle obbligazioni contrattuali, dall’altra, almeno indirettamente, nel quadro della responsabilità extracontrattuale” (80). Mas também, acrescentamos nós, quando os vizinhos não celebrassem *stipulatio* alguma, o pretor fingiria, em determinadas situações, que a tinham realizado. Estamos, neste caso, afastados da responsabilidade contratual.

Parece-nos, portanto, que o instituto da *cautio damni infecti* tem uma natureza mista: tanto pode criar uma responsabilidade contratual (livremente assumida ou imposta) como extracontratual (81).

A obrigação de prestar a *cautio damni infecti* dependia de pressupostos de facto e de direito.

(80) Vid. BRANCA, *La Responsabilità*, cit. 337 e, ainda: BONFANTE, *o.c.* 357; e SCIALOJA, V., *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano I* (Roma 1928) 389.

(81) Quanto ao dano a ressarcir importa referir que, verificado o evento danoso no prazo fixado na *stipulatio*, o lesado gozava da *actio ex stipulatu*, sendo indemnizado do dano emergente e do lucro cessante (D. 39,2,19,10; - 39,2,28; - 39,2,37). Vid. MOZZILLO, *o.c.* 462; TOMULESCU, *o.c.* 182; BONFANTE, *o.c.* 356; e GLÜCK, *o.c.* 386.

Há, todavia, uma anomalia: a *actio ex stipulatu* é uma *actio stricti iuris* e, no entanto, é referida na *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* como uma *actio ex fide bona* (Cf. *FIRA I* (Florença 1941) 172). Segundo D’ORS, esta anomalia “puede explicarse suponiendo una práctica de introducir la frase *ex fide bona* en la misma *stipulatio*, de onde podia penetrar en la correspondiente fórmula procesal de la *actio incerti*”. E PASTORI entende que a referência a *bona fides* na *actio* que tutela a *stipulatio* só pode justificar-se se considerarmos a figura mais antiga da *stipulatio* fundada na *fides* como inspiradora do pretor peregrino.

Seja como for, trata-se duma figura anómala, de cuja existência a *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* não permite duvidar: “... *Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oporteret ex f(ide) b(ona) d(um) t(axat)*”.

Vid. D’ORS, *o.c.* 425-426; e PASTORI, F., *La Genesi della “Stipulatio” e la Menzione della “Bona Fides” nella “Lex de Gallia Cisalpina” con Riferimento all’“Actio ex Stipulatu”* em *Studi Betti III* (Milão 1962) 581-586. Vid. ainda: TOMULESCU, *o.c.*, 176-181, 183, 184 e 187-191; e VILLERS, R., *La Procedure Formulaire de la Lumière des Recents Découvertes en Studi Biscardi I* (Milão 1982) 214-215.

Quanto aos primeiros, exigia-se um temor fundado (82) da ocorrência de um dano por efeito de uma situação perigosa resultante de um dos seguintes *vitia* (83): *aedium, arborum, loci* e *operis quod fit*. O dano devia traduzir-se, ainda, na lesão de um direito e não devia ser provocado por uma *vis maior*.

O *vitium aedium* constitui a hipótese originária e principal de regulamentação do dano temido nas relações de vizinhança. Este *damnum* devia provir de uma *aedes vitiosa* e, também, de outras *res periculosae*: *v.g.*, de um forno que ameaçasse provocar um incêndio (84) ou de uma estremeira que humedecesse a parede do vizinho (85).

O *vitium arboris* é o estado ruinoso de árvores, normalmente causado pela *vetustas* ou *infirmatas* (86).

No *vitium operis*, importa clarificar a ambiguidade do vocábulo *opus*: tanto significava o produto da actividade humana –a obra concluída– como a própria actividade (o *facere*). Como na primeira acepção, o *vitium operis* significava o estado ruinoso de uma *aedes* ou a deficiência de outras construções –*v.g.*, *aquaeductos, fistula, furnum*– e, por isso, era utilizado como sinónimo de *vitium aedium* (87), devemos considerar a segunda acepção (de *facere*) que podia ocorrer numa *res* do agente (*facere in suo*), numa *res publica* (*facere in publico*) ou numa *res aliena* privada (*facere in alieno privato*).

(82) A *iurisprudentia* (ARISTO e CASSIUS) fala-nos de um *iustus metus ruinae*: D. 39,2,28. E, referindo-se ao *edictum* do pretor, ULPIANUS (D. 39,2,7pr.) diz que a garantia era concedida a “*qui iuraverit non calumniae causa*”. Segundo BONFANTE (o.c. 339), “siamo in un'emergenza che esige protezza ed assenza di indugi” (D. 39,2,1.). Só em casos excepcionais (*v.g.*, quando “*si dicatur per calumniam desiderari*”), o pretor deve “*super ea re summatim cognoscere et cautum iubere aut denegare*” (D. 46,5,1,9).

(83) Entendido objectivamente, o *vitium* era o estado defeituoso, de ruína, casuado por um acidente estranho à natureza de uma *res*. Vid. BETANCOURT, F., *Recursos Supletorios de la “Cautio Damni Infecti” en el Derecho Romano Clasico* em *AHDE* 45 (1975)9.

(84) Cf. D. 9,2,27,10.

(85) Cf. D. 8,5,17,2.

(86) Cf. D. 39,2,24,9. Vid. AMARAL DOS SANTOS, o.c. 229; BETANCOURT, o.c. 11; e GLÜCK, o.c. 34, 104, 109 e 111.

(87) Cf. D. 39,2,24,5; -39,3,11,3. Vid. BETANCOURT, o.c. 342; e GLÜCK, o.c. 128⁵¹.

Exemplos de *facere in suo* eram as escavações que ameaçavam a estabilidade da parede do vizinho (88); o incêndio proveniente da utilização de um forno (89); a construção de aberturas por onde a água escorria, não havendo servidão (90); a formação de estrumeiras que humedeciam a parede do vizinho (91); etc. Em todos estes casos não havia uma *immissio in alienum* directa nem se pode falar duma lesão jurídica (que, aliás, ainda não existe) culposa; por isso, não se aplicava a *actio negatoria* nem a *actio legis Aquiliae*.

Quanto ao *facere in publico*, as fontes dão-nos, principalmente, exemplos de obras feitas em rios ou ribeiras e em vias públicas (92).

E em relação ao *facere in alieno privato*, dispomos, igualmente, de vários exemplos: a construção de aquedutos (93); a reparação de um

(88) Cf. D. 39,2,24,12 *in fine*.

(89) Cf. D. 9,2,27,10; - 39,2,24,7.

(90) Cf. D. 8,2,29.

(91) Cf. D. 8,5,17,2.

(92) Cf. D. 39,2,7pr.; -43,15,1pr.

Situações curiosas –pela dualidade de tratamento consoante o *opus* feito em local público ou privado– são a abertura de um poço, que corta a veia de água que abastece o terreno vizinho, e a subtracção de luz e das vistas por efeito duma construção no *fundus* do vizinho. No primeiro caso, TREBATIUS afirma que “*non teneri me damni infecti*”, vist que “*neque existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum*” (D. 39,2,24,12. Esta opinião é partilhada, igualmente, por PROCULUS e aprovada por ULPIANUS: D. 39,2,26. Também LABEO a sustenta, tratando-se de lugar público: D. 43,8,2,13). No segundo, TREBATIUS refere que “*eum accipere damnum, cuius aedium hominibus officiat*” (esta opinião parece aprovada por PAULUS, como indicia o advérbio *etiam*: D.39,2,25).

Há, portanto, uma oposição entre TREBATIUS (e PAULUS) e PROCULUS (e ULPIANUS). Ora, se TREBATIUS contraria, na subtracção da humidade e das vistas, a sua opinião acerca da privação da água, algo de anômalo é suposto ter acontecido naquela posição. RICCOBONO sustentou a interpolação do D. 39,2,25 e BURCKHARD conciliou as duas opiniões: TREBATIUS teria em vista um *facere in publico* –onde o conceito de dano é mais lato: compreende, também, a subtracção de uma pura vantagem de facto– e PROCULUS teria pensado num *facere in suo*. A explicação afigura-se-nos credível, já porque, entendemos, se os compiladores justinianeus mantiveram, no texto de PAULUS, a citação de TREBATIUS, não terá sido para lhe fazerem dizer o que, na realidade, não disse, já porque, tratando-se de um edifício construído em local público, LABEO sustenta que “*interdictum hoc competit*” (D. 43,8,2,14). Também BONFANTE considera plausível a hipótese de BURCKHARD, embora a justifique não tanto na maior latitude do dano em *locus publicus*, quanto no facto de, neste *locus*, cada um ter o seu direito, pelo que a diminuição de gozo por obras ali feitas se traduz num dano jurídico. O que houve foi, sim, a deslocação do fragmento de PAULUS (D. 39,2,25) do seu contexto.

Vid. RICCOBONO, *apud* BONFANTE, o.c. 344; BONFANTE, o.c. 344-345; e GLÜCK, o.c. 43.

(93) Cf. D. 39,2,30pr.

caminho (94); a restauração de canais ou valados (95); a limpeza de fossas (96); a recolha de frutos caídos em *fundus* alheio (97); a escavação em *fundus* alheio na procura de um tesouro próprio (98); etc.

Resta-nos o *vitium loci*.

A doutrina encontra-se dividida, havendo quem pense que o *vitium loci* não é independente do *vitium aedium* e do *vitium operis*.

Não é este o momento para expormos criticamente as diferentes opiniões (99). No entanto, entendemos que as fontes permitem sustentar a autonomia do *vitium loci*: v.g., IULIANUS (100) fala-nos apenas deste *vitium*; e GAIUS (101) separa os *vitia loci* e *operis*, cujas cauções eram pedidas, respectivamente, pelo usufrutuário e pelo nu-proprietário (102).

Outro pressuposto de facto era a circunstância de o futuro dano dever traduzir-se na lesão de um direito e não na subtracção de gozo de uma mera vantagem de facto. PAULUS (103) é claro, ao afirmar que o dano

(94) Cf. D. 43,19,3,11.

(95) Cf. D. 43,21,1pr.; -43,21,3,9.

(96) Cf. D. 43,23,1pr.; - 43,3,23,1.

(97) Cf. D. 10,4,9,1.

(98) Cf. D. 10,4,15.

(99) Vid. BONFANTE, o.c. 341-342; GLÜCK, o.c. 114-119; VOICI, P., *Istituzioni di Diritto Romano*³ (Milão 1954) 276; e BRANCA, *La Responsabilità*, cit. 340-342 e *Danno Temuto*, cit. 132.

(100) Cf. D. 39,2,10.

(101) Cf. D. 39,2,20.

(102) Outros fragmentos não contrariam a nossa interpretação: em D. 39,2,24pr., ULPIANUS observa que nos *opera* feitos em *flumina publica* e em *viae publicae*, “*de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis, quod quis facit*”. O facto de serem *res publicae* e o seu uso comum justificam a prestação da *satisfactio*, não por *vitium loci*, mas *operis*. Igualmente em D. 39,2,15,3, ULPIANUS nota que, tratando-se dum *opus* em *locus publicus*, “*non erat necesse ibidem opus faciendi de alio vitio quam operis satisfacere damni infecti*”; porém, “*si in privato fiat, et de loci et de operis vitio cavetur*”. As conjunções “*et ... et*” apontam, inequivocamente, para a existência de dois *vitia* (*loci* e *operis*) distintos. E em D. 39,2,19,1, GAIUS fala de um dano que pode derivar do defeito de uma *aedes* ou de um *opus* que se faça “*vel in loco urbano aut rustico, privato publicove*”.

(103) Cf. D. 39,2,3. ambém segundo PROCULUS, cuja opinião é acolhida por ULPIANUS (D. 39,2,26 *in fine*), “*ex ea stipulationem actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, multumque interesse, ultrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur*”. E no mesmo sentido é, ainda, a opinião de TREBATIUS referida por ULPIANUS (D. 39,2,24,12).

Vid. BONFANTE, o.c. 340-344; e GLÜCK, o.c. 40 e 46.

é uma “*diminutio patrimonii*”. E, como já afirmámos, não devia ser causado por *vis maior* (104).

Quanto aos pressupostos de direito, referimos dois: a inexistência (ou insuficiência) de um meio jurídico que tornasse possível o ressarcimento do dano; e a não exigência de culpa (105).

Dir-se-á, portanto, que a *cautio damni infecti* tinha carácter subsidiário (106); e a não exigência de culpa (107) traduz um princípio que, segundo

(104) Todavia, a *vis maior* só excluiria a responsabilidade baseada na *cautio*, se a sua relação com o dano fosse de imediata causalidade e se o estado defeituoso por ela causado fosse absolutamente irreparável.

Quanto à primeira exigência, CASSIUS (cuja opinião é referida por ULPIANUS: D. 39,2,24,8), afirma que “*stipulationem non tenere*” quando o dano foi causado por violência irresistível: “<*quando violentia*>, *damnum datum est, cui nulla ope occurri poterit*”. E em relação à segunda, LABEO (D. 39,2,24,3) refere que “*de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit*”. Também SERVIUS (D. 39,2,24,4) entende que se o vento tiver arrancado telhas que causaram dano ao vizinho, o garante só responde “*si aedificii vitio in acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam*”.

Ainda segundo SERVIUS, citado por ULPIANUS (D. 39,2,24,5), não há responsabilidade quando o dano “*nec operis nec loci vitio factum est*”. Porém, “*si aqua vitiet fundamenta et sic aedificium nuisset, committi stipulationem ait*”, pois “*multum interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit*”. No mesmo sentido, cf. D. 39,2,24,11. LABEO refere, igualmente, que “*si hoc non admittatur, iniquum erit*”. E questiona: “*quo enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit?*”. Cf. ainda D. 39,2,43pr.

Vid. MOZZILLO, o.c. 460; BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 272 e *La Responsabilità*, cit. 341-349; GIARO, T., *Il Limite della Responsabilità “ex cautio damni infecti”*, no *BIDR* 17 (1975) 282; BONFANTE, o.c. 341; e GLÜCK, o.c. 54, 111, 113 e 383.

(105) Cf. D. 39,2,24,7; -39,2,18,4.

(106) O princípio da subsidiariedade é claramente afirmado em PAULUS (D. 39,2,18,9); “*Quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur*”.

No entanto, a opinião dos Proculianos era diferente: defendia a prestação da *cautio*. Cf. GAIUS (D. 39,2,32).

Retomando a opinião dos Sabinianos, o comproprietário de uma *aedes* ruínosa e também *dominus* de uma *aedes* vizinha não podia exigir a *cautio* do outro comproprietário pelo facto de, sendo comproprietário, poder reparar a *aedes* comum e ressarcir-se das despesas mediante a *actio societatis* ou a *actio communi dividundo*. Igualmente, porque “*reficiendi habet facultatem*”, o usufrutuário não podia exigir a *cautio damni infecti* por *vitium aedis*, ainda que fosse proprietário de uma *aedes* vizinha. E o mesmo sucedia como o nuproprietário (*dominus* de uma *aedes* vizinha) em relação ao usufrutuário, porque “*habet cum fructuario actionem*”, em virtude da *cautio usufructuaria* (D. 39,2,18,2). Também ao *dominus* de um *fundus* arrendado não podia o arrendatário exigir a prestação da *cautio*

BRANCA, “non dovette essere unanime (*plerisque videtur*: D. 39,2,24,7) mas che comunque divenne dominante” (108).

Quem tinha legitimidade para requerer a prestação da *cautio damni infecti*?

(*damni infecti*) pelo dano temido por um *vitium soli*, devido a já estar obrigado pela *actio locati* (D. 39,2,18,4).

Contudo, podia suceder que o *damnum*, quando se verificasse, fosse ressarcível através de uma outra *actio* (não a oriunda da *cautio damni infecti*) que, todavia, não era suficiente. POMPONIUS (D. 8,2,18) refere que se uma conduta de água causa dano a uma *aedes* contigua, haverá lugar a uma *in factum (ad exemplum legis Aquiliae) actio*; no entanto, “*et damni infecti stipulari a te potero*”. Trata-se, como observa GLÜCK, de “due mezzi giuridici (que) mirano per lo meno allo scopo stesso: il risarcimento del danno”. Simplesmente, “ciò malgrado il carattere sussidiario della cauzione resti salvo”, pois “l’altro mezzo giuridico, in forza dei suoi presupposti più gravi, ha un dominio più limitato, e quindi il caso per cui la cauzione socorre non viene ad esservi ricompreso”.

Quanto à *actio negatoria*, a *cautio damni infecti* surge ora como único meio de protecção ora como seu complemento. BONFANTE notou que a *actio negatoria* “è rivolta unicamente ad impedire e togliere di mezzo lo stato antigiuridico, non a fornire il risarcimento del danno verificatosi”. Simplesmente, de harmonia com o princípio *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* (D. 8,5,8,5), esse “stato antigiuridico” estava de todo ausente quando um *facere in suo* não ultrapassasse a extrema: não havendo uma *immissio in alienum*, o vizinho não o podia impedir com fundamento na sua propriedade; restar-lhe-ia, somente, qual postulado da *aequitas*, a possibilidade de exigir a prestação da *cautio damni infecti*. No entanto, podia suceder que a concessão da *actio negatoria* se revelasse insuficiente: *v.g.*, se *in suo* se abrisse um poço, cuja água, temia-se, iria invadir e lesar o *fundus* vizinho e as *res* que aí se encontrassem, a *actio negatoria* permitiria, somente, pôr termo à *immissio* da água; e a *cautio damni infecti*, previamente prestada, o ressarcimento do dano que eventualmente viesse a ser causado.

Vid. GLÜCK, *o.c.*, 149, 152, 158, 159, 182, 183, 189, 192 e 198; BONFANTE, *o.c.* 358; e BURDESE, *o.c.* 357.

(107) ULPIANUS (D. 39,2,24,7) fala-nos claramente deste pressuposto: “*Praetera si furni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa damnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem plerisque videtur*”. No mesmo sentido, Cf. PAULUS, D. 39,2,18,4 *in fine*.

(108) Ainda segundo BRANCA (*La Responsabilità*, cit. 350-351), “il *vitium*, elemento obbiettivo, è contraposto decisamente alla *culpa*, fatto soggettivo”. BONFANTE (*o.c.* 325 e 338) observa que “i Romani partono dal concetto che responsabilità legale per danno recato dalla cosa mia non v’è quando il proprietario non è in colpa”; por isso, “il motivo fondamentale che ha dettato l’istituto della *cautio* è (...) l’intento di stabilire una responsabilità indipendente dalla colpa nel campo dei rapporti di vicinanza”.

Vid. ainda: MOZZILLO, *o.c.* 459; e GLÜCK, *o.c.* 4, 5, 48, 109 e 111.

Inicialmente, só o *dominus* (109) e o titular de um *ius* equiparado ao *dominium* – o *ager vectigalis* (110), a *bonorum possessio* (111) e o *ius sepulchri* (112) – ameaçado de sofrer um dano causado por *vitium* (*aedium*, *arborum*, *loci* ou *operis quod fit*).

Todavia, a legitimidade activa foi-se estendendo paulatinamente a novos interessados, culminando a evolução com a afirmação (por PAULUS) do princípio de que “*damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etia cuius periculo res est*” (113). A classicidade de

(109) Com proprietário dos móveis introduzidos na *aedes* ameaçada, também o inquilino (*conductor*) podia exigir a prestação da *cautio*. Era a opinião de LABEO, referida por ULPIANUS (D. 39,2,13,5): “*Vicinis plane inquilinisque eorum et inquilinorum uxoris cavendum esse*”. Havendo condóminos, IULIANUS (cuja opinião POMPONIUS segue) entende que cada um pode exigir a prestação da *cautio*, gozando da respectiva *actio*, mas somente “*in parte aedium cuique socio datum fuerit*”.

Cf. D. 39,2,18,5; -39,2,40,3-4. Vid. GLÜCK, *o.c.* 210.

(110) É certo que as fontes (*v.g.*, D. 39,2,15,26) referem, tão-só, a obrigação de prestar a *cautio* por “*vectigalibus aedibus*” (legitimidade passiva). No entanto, se deve ser prestada a *cautio* (isto é, a simples *repromissio* e não a *satisdatio*), é porque o *vectigalis* actua *suo nomine* e não *alieno nomine* (D. 39,2,7pr.). Sabemos, também, que “*abbandonata la costruzione gaiana del rapporto obbligatorio di locazione fra il proprietario e il vettigalista, il nuovo diritto* (por obra de uma constituição de ZENÃO: C. 4,66,1) considerava la disponibilità del fondo da parte del vettigalista sotto l’aspetto del rapporto di natura reale, riassumendolo nel nuovo istituto dell’enfiteusi”. (Vid. VOLTERRA, *o.c.* 379 e 434). Ora, segundo GLÜCK, “*il diritto dell’enfiteuta è quasi identico a quello del proprietario*”. E se é verdade que “*la teoria di quei giuristi i quali attribuivano all’enfiteuta soltanto un ius in re ha il sopravvento nella compilazione giustiniana*”, também o é que “*da questi giuristi il diritto enfiteutico venne riguardato e trattato come qualcosa di diverso dagli altri iura in re e di modo affine alla proprietà*”. Esta afinidade bem pode explicar-se pela circunstância de também o antecedente da enfiteuse – o *ager vectigalis* – ser afim ao *dominium*. E dificilmente se explicaria que o *vectigalis* fosse obrigado a prestar a *cautio* (*damni infecti*) e não a pudesse exigir de um vizinho.

Vid. GLÜCK, *o.c.* 294-295; e BONFANTE, *o.c.* 350-351.

(111) Cf. D. 39,2,18pr.

(112) Cf. D. 39,2,13,7.

(113) Cf. D. 39,2,18pr. Nas palavras de BONFANTE (*o.c.* 345), “*se nel concetto generale e sino a qual segno nelle speciali applicazioni questa estensione nel tema della c.d.inf., come in altri istituti paralleli nel campo dei rapporti di vicinanza, appartenga ai complitarii o a qualche più larga corrente tra i giureconsulti classici, può essere dubbio*”. Dúvidas que, inevitavelmente, suscitam controvérsia: *v.g.*, enquanto MOZZILLO (*o.c.* 461) entende que “*si può ritenere che la generale estensione a tutti gli interessati (...) sia da attribuirsi al riordinamento giustiniano*”, GLÜCK (*o.c.* 207-208), embora reconheça que “*è frutto di uno sviluppo più tardo accordare la difesa destinata anzitutto per il proprietario ad altre persone*”, sustenta que “*il pensiero che il diritto debba spettare a chiunque è colpito dal danno erompa*

algumas extensões parece-nos óbvia: não se compreenderá que a *iurisprudencia* clássica tenha estendido a *actio legis Aquiliae* e outras *actiones* (v.g.: a *actio arborum furtim caesarum* e a *actio aquae pluviae arcendae*) a não-proprietários (v.g., ao possuidor de boa fé, ao usufrutuário, ao usuário, ao titular duma servidão de aqueduto (114) e não lhes tenha atribuído a faculdade de exigirem a prestação da *cautio* por eventuais danos causados por *vitia aedium, arborum, loci* e *operis quod fit*.

É certo que MARCELLUS (115) recusa a *stipulatio damni infecti* ao possuidor de boa fé. No entanto, trata-se de uma situação específica de alguém “*qui bona fide a non domino emit*”. E ULPIANUS entende “*aequissimum huic prospiciendum*” (116). Quanto ao usufrutuário e ao superficiário, “*stipulari hodie constat*” (117). E, em relação ao credor pignoratício, a opinião negativa de MARCELLUS não foi seguida por ULPIANUS (118) que, aplicando o princípio referido pelo seu contemporâneo PAULUS, faz supor encontrar-se ultrapassado o entendimento de MARCELLUS (119).

E a quem podia exigir-se a prestação da *cautio damni infecti*?

-
- soltanto tardi nella proposizioni di Paolo” (D. 39,2,18pr.), isto é, já na época clássica. O mesmo princípio transparece em GAIUS (D. 39,2,19,1: “... *curat praetor, ut timenti damnum caveatur*”).
- (114) Vid. a nossa A “*Fictio Iuris*”, cit. 302-309. Também outras *actiones* se estenderam. Como observa GLÜCK (o.c. 207-209), a *actio arborum furtim caesarum* foi concedida ao enfiteuta (“*qui autem fundum vectigalem habet, hanc actionem habet*”), embora já não ao usufrutuário (D. 47,7,5,2); e a *actio aquae pluviae arcendae* foi estendida ao enfiteuta (D. 39,3,23,1) e ao usufrutuário (D. 39,3,22pr.).
- (115) Cf. D. 39,2,13,9.
- (116) Cf. D. 39,2,11. Quanto à legitimidade passiva, ULPIANUS considera mais razoável que “*qui bona fide a non domino emit*”, preste a *repromissio* em vez da *satisfatio*: é que “*suo nomine id facit*”. E se é obrigado a prestar a *cautio*, por que recusar-lhe a faculdade de a exigir? Julgamos, portanto, verosímil a opinião de GLÜCK (o.c. 239): “Noi dobbiamo riconoscere il possessore di buona fede come legittimato alla stipulazione”.
- (117) Cf. D. 39,2,13,8; -39,2,39,2.
- (118) Cf. D. 39,2,11.
- (119) Nas palavras de GLÜCK (o.c. 224), este princípio permite que “due categorie di persone (tenham) diritto alla stipulazione pel danno che le colpisce”: são “constituite da in lato dai titolari di diritti reali, dall’altro lato da coloro che trovansi in rapporti obbligatorii come creditori e debitori; come creditori se non hanno azione di risarcimento per il danno che colpisce la cosa, come debitori se in forza della responsabilità per il caso, sono tenuti al risarcimento verso i creditori”.

Desde logo, sob pena de se verem privados da *possessio* –e, subsequentemente, dos seus *iura* por efeito da *usucapio*–, o *dominus* (120) e também os titulares de *iura* “*qui potuerunt de damno infecto satisfacere*”: os detentores de *iura in re aliena*. Trata-se de um princípio já acolhido por LABEO e reafirmado por ULPIANUS (121).

Destarte, se em causa estivesse um *vitium* em *ager vectigalis*, o seu titular devia –se lhe fosse pedido– prestar a *cautio*, pois a sua recusa permitiria ao vizinho obter a *possessio* e, através dela, o mesmo direito “*quo foret is qui non caverat*”, podendo “*post quod decretum vectigali actione uti*” (122). À luz do mesmo princípio, se o pedido da *cautio* fosse dirigido ao *dominus* de um *ager vectigalis*, a sua recusa justificaria a *possessio* que conduzia à aquisição do *dominium* pelo vizinho (123).

Tratando-se de usufruto, impunha-se atender à natureza do *vitium*: se em causa estivesse um *vitium soli*, a *cautio* devia ser exigida ao nu-proprietário. Se recusasse, e o usufrutuário a prestasse, “*ius domini ad eum transferri oportet*” quando, verificado o *damnum*, o usufrutuário o ressarcisse, afirma IULIANUS (124). Se o usufrutuário não prestasse a

(120) Cf. D. 39,2,15,24. Havendo comproprietários, cada um prestará a *cautio* somente em relação à sua parte. É que, segundo IULIANUS e SABINUS, “*si plurium sint aedes (...) pro dominicis partibus convenire eos oportere*” (D. 39,2,40,3). Esta opinião é igualmente sustentada por PAULUS (D. 39,2,5,1; -39,2,27). Todavia, se um dos comproprietários prestasse a *cautio* “*in solidum pro aedibus*” e ressarcisse o *damnum* posteriormente verificado, gozaria, segundo LABEO e ULPIANUS, não da *actio communi dividundo* (D. 10,3,6,7), mas da *actio negotiorum gestorum* (PAULUS, D. 3,5,39(40)): é que “*necesse tibi non fuerit in solidum cavere, sed sufficere pro parte tua*” (D. 10,3,6,7). A prestação da *cautio* “*in solidum pro aedibus*” permitia a um dos comproprietários evitar a consequência da *missio ex primo decreto* (e, eventualmente, *ex secundo decreto*) autorizada contra os restantes comproprietários: a detenção (e eventual *possessio*) por uma pessoa estanha (o *missus*).

Uma dificuldade poderia surgir: a controvérsia acerca do *dominus praedii*. Neste caso, POMPONIUS refere que a *cautio* deve ser prestada pelo possuidor, sob pena de perder a posse (D. 39,2,39,1). Tratar-se-ia, no entanto, duma situação excepcional, pois “regolarmente (...) si apprende, previa interrogazione giudiziale, (...) chi è il proprietario”, refere GLÜCK (o.c. 378). Segundo BONFANTE (o.c. 348), no direito clássico “aveva luogo la *translatio possessionis* e não a *missio in possessionem*”.

(121) Cf. D. 39,2,15,25.

(122) Cf. D. 39,2,15,26.

(123) Cf. D. 39,2,15,27.

(124) Cf. D. 39,2,10.

cautio, perderia o usufruto, pois, como refere CELSUS, “*si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit*” (125). No caso de o *vitium* ser da responsabilidade do usufrutuário –que não fez a módica *refectio*–, deve prestar a *cautio*; se recusar, o *dominus* só evitará que o vizinho ameaçado seja autorizado a possuir, se prestar a *cautio*. E o usufrutuário perderá o usufruto se não prestar a *cautio* ao nu-proprietário (126).

Havendo um direito de superfície, a *cautio* devia ser prestada pelo *dominus* ou pelo *superficiarius* quer *solii vitio* quer *aedificii vitio*; se não fosse prestada, o vizinho “*in possessionem mittendum*” (127), e a *superficies* extinguir-se-ia, como refere CELSUS (128).

No caso de o *vitium* derivar de uma *res* empenhada, a *cautio* devia ser prestada pelo *dominus* ou pelo credor pignoratício; de contrário, o *pignus* extinguir-se-ia, pois, segundo LABEO, “*pignoris persecutio denegetur*” (129).

Deviam, também, prestar a *cautio*: quem adquiriu, de boa fé, a *non domino* (130); o titular duma *servitus* (131); o *missus ex primo decreto* se quisesse evitar que a sua *possessio* fosse partilhada por outrem que, posteriormente, exige a prestação da *cautio* (132); e o *missus ex secundo decreto* se não quisesse perder a *possessio* a favor de quem solicitasse a *cautio* (133).

Finalmente, tratando-se de um *vitium operis*, a *cautio* devia ser prestada pelo autor do *opus*. Aliás, se no *facere in publico* a *cautio* era

(125) Cf. D. 39,2,9,5; -39,2,15,25.

(126) Cf. D. 39,2,10; -39,2,22pr.

(127) Cf. D. 39,2,9,4.

(128) Cf. D. 39,2,15,25.

(129) Cf. D. 39,2,15,25. No entanto, segundo PAULUS (D. 39,2,12), “*his qui pignori rem acceperunt potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit*”.

(130) Cf. D. 39,2,13pr.

(131) Cf. D. 39,2,13,1; -39,2,30,1.

(132) Cf. D. 39,2,15,15; -39,2,15,17.

(133) Cf. D. 39,2,15,15; -39,2,15,17.

exigida pelo magistrado como *condicio* da autorização do *opus* (134), no *facere in suo* o vizinho ameaçado podia impedi-lo mediante a *operis novi nuntiatio*, se o autor do *opus* não prestasse a *cautio* (135). E no *facere in alieno*, o proprietário impedi-lo-ia com o simples *prohibitio* que justificava o *interdictum quod vi aut clam*, se o autor do *opus* não se abstinisse ou (invocando um direito real ou pessoal) não prestasse a *cautio* (136). Tratando-se, ainda, de um *opus in alieno*, o *dominus* só devia prestar a *cautio* se o *facere* fosse determinado pela sua *voluntas*: v.g., se o ordenou, permitiu ou não impediu, podendo impedi-lo (137).

Quid iuris se a prestação da *cautio damni infecti* fosse recusada?

Tratando-se de um *vitium aedium, arborum* ou *loci*, o pretor concedia, por *decretum*, uma *missio in possessionem ex primo decreto* (138), autorizando o vizinho ameaçado a deter a *res* cuja ruína ou deterioração ameaçava *damnum*.

O interessado devia expor ao magistrado a ameaça de dano, prestar o juramento de que não agia caluniosamente e pedir-lhe que obrigasse o *dominus* da *res ruinosa*, mediante *stipulatio*, a prometer o ressarcimento no caso de o dano se verificar (139).

Com esta *missio*, o interessado obtinha a *custodia et observantia* –a mera detenção (140)–, pondo-se ao lado do *dominus* ou de quem detinha a *res* (como o *vectigalis*, o *usufructuarius*, o *superficiarius*, o *possessor bonae fidei*, o titular de uma *servitus* e até o *missus ex primo* e *ex secundo decreto* (141). E, como detentor, podia (142) eliminar a situação ruínosa,

(134) Cf. D. 43,15,1pr.; 43,15,1,3.

(135) Cr. D. 39,2,20; -39,2,30pr.; -39,2,30,1-2; -39,2,31pr.-1; -39,1,1,16; -39,1,1,17.

(136) Cf. D. 43,24,3,6.

(137) Cf. D. 39,2,24,6. Terminado o *facere* (concluído o *opus*), a *cautio* só devia ser prestada por *vitium aedium* e, portanto, pelo *dominus*. Vid. BONFANTE, o.c. 347; e GLÜCK, o.c. 247.

(138) Este expediente denomina-se *ex primo decreto* porque IULIANUS (D. 39,2,15,26) refere um eventual e subsequente *secundum decretum*.

(139) Cf. D. 39,2,7pr.; -39,2,15,11.

(140) Cf. D. 36,4,5pr.; -39,41,2,10,1; -42,4,12.

(141) Cf. D. 36,4,5pr.; -39,2,7pr.; -49,2,15,20.

gozando –se posteriormente não ocorresse uma nova *missio*: a *missio ex secundo decreto*– de uma *actio in factum* para ser indemnizado das despesas necessárias (143) e do *ius retentionis* enquanto não fosse ressarcido (144).

Quanto ao objecto, a *missio* incidia não sobre os *bona*, mas apenas sobre a *res ruinosa*. Tratando-se de um *ager*, podia delimitar-se a *pars vitiosa* e, porque a *cautio* só em relação a ela se exigia, também a *missio* a ela se limitava (145). No entanto, se *vitiosa* fosse a *pars* de uma *aedes*, a *missio* incidiria sobre toda a *aedes*, a menos que fosse muito grande e houvesse espaços entre a *pars vitiosa* e as restantes *partes* (não *vitiosae*) (146).

Deste modo, a *missio ex primo decreto* exercia uma coacção psicológica: permitindo ao *missus* a detenção da *res ruinosa*, o *dominus* (e restantes interessados) viam o seu poder sobre a *res* partilhado pela detenção incómoda do vizinho e, portanto, sentir-se-iam motivados a fazer cessar a intromissão alheia, prestando a *cautio damni infecti* (147).

(142) Podia, não era obrigado a reparar, como refere ULPIANUS (D. 39,2,15,30): “...cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessionem sit, nihil ei imputari, si non refecerit”. Vid. BONFANTE, o.c. 359.

(143) Segundo ULPIANUS (D. 39,2,15,34), só pode ser ressarcido das despesas que um *vir bonus* teria realizado: “... non amplius, quam quod boni viri arbitrato factum sit”.

(144) Cf. D. 39,2,15,31; -39,2,15,34; -42,5,9pr.; -42,5,9,4.
Vid. GLÜCK, o.c. 401 e 405; e BONFANTE, o.c. 359. À opinião de BETANCOURT (o.c. 42) de que esta *actio in factum* parece ser a *actio negotiorum gestorum* que, como *actio contraria* com fórmula *in factum* costumava ser a acção normal para o ressarcimento das despesas feitas na *aedes aliena*, opõe-se ULPIANUS (D. 42,5,9,4): “... nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur”.

(145) Cf. D. 39,2,38,1.

(146) Cf. D. 39,2,4,1; - 39,2,15,12; -39,2,15,13; -39,2,15,14; - 39,2,38,1.

(147) Vid. MOZZILLO, o.c. 462; AMARAL DOS SANTOS, o.c. 234-235; VOCI, o.c. 277; BETANCOURT, o.c. 33; e BONFANTE, o.c. 359. BRANCA (*Danno Temuto*, cit. 184-185) entende que “il rifiuto di prestare la cauzione non è solo un venir meno al generico dovere d’obbedienza al magistrato, ma costituisce una lesione vera e propria d’un interesse ch’è protetto; onde la *poena* consistente nella *missio*”. E GLÜCK (o.c. 400 e 402) afirma que, embora sirva para levar o obrigado a prestar a *cautio* devido ao incómodo da “composse del *missus*, lo scopo loro non mira a questo di essere un mezzo coattivo per vincere la disobbedienza (...), ma esse sono insieme e in prima liena destinate a garantire l’avente diritto alla cauzione: esse sono *vice cautionis*”. Por isso, ainda que “si potrebbe (...) far valere che (...) prima della prestazione della cauzione non sussistere un credito (...) con la presa di possesso è data una certa garanzia per il danno possibile”, pelo que “si può parlare anche qui di

Só não havia lugar para a *missio* (*ex primo e ex secundo decreto*), se a ameaça de dano resultasse de *vitium operis*, pois, como reonhecem BONFANTE e GLÜCK, “il posto della missione nelle opere à rappresentato

pegno pretorio”. Julgamos, porém, que as palavras de ULPIANUS (D. 39,2,15,30) de que “*vice cautionis in possessione sit*” não apoiam esta opinião. O vizinho ameaçado é autorizado a deter a *res* ruínosa porque o *domínus* (ou outro responsável) não prestou a *cautio*. Tão depressa a prestasse, cessaria a *missio ex primo decreto*; e, se continuasse a recusar, sofreria a *missio ex secundo decreto* que tem uma função punitiva. Portanto, afigura-se-nos mais acertada a opinião da maioria dos Autores que reconhecem na *missio (ex primo decreto)* uma função de coacção psicológica.

Importa, ainda, referir dois aspectos: 1. sendo detentor da *res vitiosa*, o *missus (ex primo decreto)* não gozava dos *interdicta* possessórios nem da *actio Publiciana*: era protegido somente pelo *interdictum ne vi fiat* que lhe permitia obter a *possessio* (detenção) –vencendo a resistência ao *venire in possessionem*–, conservá-la e recuperá-la de eventuais esbulhos (D. 43,4,4pr.); 2. tratando-se dum expediente vocacionado para coagir psicologicamente o *domínus* (ou outro responsável da *res vitiosa*, a *missio ex primo decreto* podia ser revogada: a) se fosse prestada a *cautio* ou reparada a *res vitiosa* (D. 39,2,4,4.; -43,4,4,1); b) se o *missus* abandonasse a *res vitiosa* por temer o seu derrubamento, podendo remediar a situação (D. 39,2,15,35); c) se, por descuido, o *missus* “*in possessionem non accesserit*” e, entretanto, “*si aedificia ruerint*” (D. 39,2,15,35); d) se o *missus* recusasse prestar a *cautio* e ao novo *missus* fosse concedida a *missio in possessionem ex secundo decreto*.

Em relação ao primeiro aspecto (não concessão dos *interdicta* possessórios nem da *actio Publiciana*), BETANCOURT (o.c. 55-57) entende que a referência à *actio in factum* (em D. 43,4,1,2) oculta o *interdictum ne vis fiat*; e, em D. 39,2,4,2, a mesma referência está interpolada, tratando-se (na versão originária) de um *interdictum* proibitório. GLÜCK (o.c. 423-425) considera que, ao lado do *interdictum* (previsto em D. 43,4,4r.), era concedida ao *missus in possessionem* uma *actio in factum* (D. 43,4,1pr.; -42,4,14pr.; - 43,4,1pr.; - 43,4,1,7-8), no caso de resistência à *missio in possessionem*. Esta *actio*, destinada ao mesmo fim do *interdictum*, justifica-se por ser “una forma dello sviluppo ulteriore del principio materiale posto nell’interdetto”. No entanto, precisa: L’interdetto o l’actio ex interdicto é fondata immediatamente coll’impedimento recato all’immissione e al tranquillo possesso, mentre l’actio in factum come azione in base alla cauzione effettivamente prestata compete solo dopo verificatosi il danno”. E refere que “il testo dell’editto che lo (o *interdictum*) conteneva non ci è stato tramandato”. A doutrina de GLÜCK não é sustentável na época clássica: primeiro, a favor da interpolação da *actio in factum* referida em D. 43,4,1,pr. fala o próprio título em que o fragmento se insere –“<*interdictum*> *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*”; depois, como reconhece, a *actio in factum* é “una forma dello sviluppo ulteriore del principio materiale posto nell’interdetto”.

Em relação ao segundo aspecto (revogação da *missio ex primo decreto*), é necessário referir que se o *missus* já tivesse sofrido um dano quando a *actio* fosse oferecida, a *missio* só podia ser removida se fosse prometido, também, o ressarcimento “*de eo damno quod contigit, posteaquam missus est in possessionem*” (D. 39,2,15,31). Do mesmo modo, deviam ser indemnizadas as despesas que o *missus* tivesse realizado para reparar e afastar o perigo, pois “*si refecit aliquid, erit probandum non prius eum discessurum, quam si ei sarciatur et de praeterito caveatur*” (D. 39,2,15,34). No entanto, o *missus* poderia exigir o ressarcimento destas despesas após a revogação da *missio*: gozava de uma *actio in factum* (D. 39,2,15,34). Vid. GLÜCK, o.c. 403 e 405; BETANCOURT, o.c. 50; BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 225; e MOZZILLO, o.c. 462.

dall'*operis novi nuntiatio*, dall'*interdictum quod vi aut clam*, dall'*interdictum uti possidetis*, dalla denegazione dell'azione a difesa del comimento dell'atto" (148).

Simplemente, a *missio ex primo decreto* era concedida apenas durante um tempo determinado (149).

Quid iuris? se, durante esse tempo, a *cautio* não fosse prestada?

Se houvesse *iusta causa*, e faltassem motivos para a revogação da *missio* (150), o magistrado outorgaria, a pedido do interessado, a *missio in possessionem ex secundo decreto*, que produzia dois efeitos: imediatamente, a transferência, para o vizinho ameaçado, da verdadeira *possessio* da *res ruïnosa*; mediatamente, permitir-lhe-ia tornar-se *dominus* através da *usucapio* (151). Em consequência de o *missus* possuir *ad usucapionem*, o *dominus* ficava imediatamente privado da *possessio* (152) e nem sequer a podia recuperar, oferecendo a *cautio* (153). E, subsequentemente, perdia

(148) Vid. GLÜCK, o.c. 139-146. No mesmo sentido, vid. BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 95. Tratando-se dum *facere in publico*, a concessão de um *interdictum*, que protegesse o autor do *opus*, dependia, por vezes, da prestação da *cautio* a favor do ameaçado "*propter vitium operis*": sucedia, v.g., com o *interdictum de ripa munienda* (D. 43,15,1,3). No caso de o *facere* ocorrer *in suo (in proprio)* e traduzir-se em actos perigosos para o vizinho, este podia denunciar *-operis novi nuntiatio* (D. 39,1,1,16; - 39,1,1,17)- ou proibir (*interdictum quod vi aut clam*: D. 43,24,3,6) -, sendo o autor obrigado a interromper o *opus* ou a prestar a *cautio*. Se o perigo derivasse de um *facere in alieno*, o *dominus fundi* utilizaria os expedientes que normalmente tutelavam o *dominium* e, se o autor do *facere* gozasse de uma *servitus* -que o *opus* visasse reparar-, seria impedido com a *operis novi nuntiatio* se não prestasse a *cautio* (D. 39,1,1pr.; - 39,1,1,17; -39,1,5,17; -39,1,5,19-20; -39,1,7pr.).

A prestação da *cautio* era, também, condição necessária à outorga da *actio conducti* (D. 19,2,19,4) e dos *interdicta de itinere actuque privato* (D. 43,19,5,4), *de rivis* (D. 43,21,3,9) e *de cloacis* (D. 43,23,1pr.). Vid. GLÜCK, o.c. 358 e 390-392; e VOICI, o.c. 277.

(149) Cf. D. 39,2,15,21.

(150) Cf. D. 39,2,7pr.; -39,2,4,4.; -39,2,15,21. Segundo GLÜCK (o.c. 409), "la *iusta causa* consiste (...) essencialmente nel continuare a non prestare cauzione". Pensamos que, referindo "essencialmente" não afasta os restantes motivos que justificavam a revogação da *missio ex primo decreto*. A este sentido aponta ULPIANUS (D. 39,2,15,21): "*quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse aut emissio in possessionem et aliquandiu immorato nemo caveat*".

(151) Cf. D. 39,2,7pr.; -39,2,15,15-18.

(152) Cf. D. 39,2,15,23; -41,2,30,2.

(153) Era já a opinião de LABEO (D. 39,2,15,33). Só em casos excepcionais era outorgada a *restitutio in integrum* que, destruindo a *missio ex secundo decreto*, permitia ao *dominus*

o *dominium*, adquirido pelo *missus* (154); e os *iura in re aliena* extinguir-se-iam (155).

Tornando-se titular do domínio bonitário, o *missus* (*ex secundo decreto*) gozava da protecção dos *interdicta* possessórios (156), da *actio Publiciana* (157) e da *actio ficticia* (158). Por outro lado, respondia pelas correspondentes obrigações, nomeadamente a de prestar a *cautio damni infecti* em nome próprio, sob pena de sofrer as mesmas consequências que atingiram o proprietário anterior (159).

(ou outro interessado) prestar a *cautio*. ULPIANUS (D. 39,2,15,33) fala-nos da *restitutio in integrum ob aetatem* ou quando "*alia iusta causa subvenitur*".

Vid. SCIALOJA, *Teoria*, cit. 409; VOICI, *o.c.* 277; GLÜCK, *o.c.* 415; BETANCOURT, *o.c.* 41-42; e BONFANTE, *o.c.* 360.

- (154) É certo que uma série de textos (*v.g.*: D. 7,1,7,1; -10, 3,5; -23,5,1pr.; - 39,2,15,16; -39,2,15,17; - 39,2,15,33) suscita a ideia de que o *missus* se torna *dominus* com o *secundum decretum*. E outros (*v.g.*: D. 39,2,5pr.; -39,2,12; -39,2,15,16; -39,2,15,26; -39,2,15,27; -39,2,18,15; -39,2,44,1) referem que o *missus ex secundo decreto* só adquire o *dominium* mediante *usucapio*. No entanto, como sublinhou GLÜCK (*o.c.* 410-412), "la forza probatoria dei testi che parlano di proprietà stabilita dal secondo decreto, si elimina da costoro intendendo per dominio il possesso di buona fede, e riguardando il possesso di buone fede come dominio pretorio o *quasi dominium*. Senonchè dal pensiero che è base della *missio in possessionem damni infecti nomine* (...) risulta che il convenuto dopo la *missio*(...) perde immediatamente la sua proprietà, e il suo diritto trapassa all'avversario, quindi a favore di questo non è fondata la *bonae fidei possessio*, bensì la proprietà. Che ciò malgrado le fonti riguardano tuttavia come necessaria l'usucapione, si spiega semplicemente per il fatto che qui se ha un modo de acquisto pretorio. Il *missus* diviene invero proprietario, ma non già *ex iure Quiritium*, egli obtiene (...) soltanto l'*in bonis* e i testi che parlano della necessità di usucapire la cosa si riferiscono, nel senso del diritto antegustiniano, alla trasformazione della proprietà bonitaria, nel *dominium ex iure Quiritium*; non v'ha quindi una contraddizione tra le diverse sentenze delle fonti". Diferente é a posição de BONFANTE (*o.c.* 359-360), segundo a qual estão interpolados os textos que referem a imediata aquisição do *dominium*.

(155) Cf. D. 39,2,15,24; -39,2,15,25; -39,2,15,27.

(156) Cf. D. 39,2,18,15. O *missus ex secundo decreto* (como já o *missus ex primo decreto*) utilizava o *interdictum ne vis fiat* contra quem se opusesse à entrada (*admissio*) na posse. Realizada esta, disporia dos restantes *interdicta* (possessórios) e da *actio Publiciana*. Segundo BETANCOURT (*o.c.* 55,56 e 89), em D. 43,4,1,2, a *actio in factum* justinianeia oculta o *interdictum ne vis fiat*.

(157) Cf. D. 39,2,18,15. A concessão da *rei vindicatio* é interpolada em D. 10,3,7,9. Vid. BONFANTE, *o.c.* 362.

(158) Cf. D. 39,2,17,3; -39,2,18,13; -39,2,18,15; -39,2,15,36 (onde a *actio ficticia* terá sido substituída pela *actio in factum*); -39,2,7pr.; -43,4,4,2. Neste sentido, vid. BRANCA *Danno Temuto*, cit. 226-232; e BETANCOURT, *o.c.* 84-90.

(159) Cf. D. 39,2,15,15; -39,2,15,17.

Sendo vários os *missi* (*ex secundo decreto*), havia, entre eles, uma relação de comunhão, de modo que as despesas feitas na *res communis* permitiam fundar a *actio communis*

Resulta, assim, que, enquanto a *missio ex primo decreto* desempenhava uma função de coacção psicológica, a *missio ex secundo decreto* tinha um carácter eminentemente punitivo (160).

Porém, nem sempre eram possíveis a outorga e a efectivação da *missio in possessionem ex primo e ex secundo decreto*.

Sempre atento, o magistrado vencia essas dificuldades, concedendo *actiones ficticiae*. Sem esgotarmos as situações, referimos alguns casos:

1. A própria *Lex Rubria* (cap. XX) atribuiu aos magistrados locais (*duumviri* e *quattuorviri*) a faculdade de concederem uma *actio ficticia* contra quem não tivesse prestado a *cautio damni infecti* imposta por decreto. Visava o ressarcimento do dano entretanto produzido e fingia prestada a *cautio* (161). Esta disposição legal tornou-se necessária, porque os magistrados municipais não gozavam do *imperium* e, por isso, no caso de a prestação da *cautio* ser recusada, não podiam recorrer (pelo menos) à *missio in possessionem ex secundo decreto* (162).

dividundo (D. 10,3,4,3; -10,3,5). Segundo BONFANTE (o.c. 361), no direito justiniano a *actio communi dividundo* podia ser instaurada também nas despesas realizadas antes da *missio ex secundo decreto*. Clássicos seriam: D. 10,3,4,4; -10,3,5; e, justiniano: D. 39,2,15,19.

(160) Vid. BETANCOURT, o.c. 50.

(161) Com efeito, a *Lex de Gallia Cisalpina*, cuja data se situa entre os anos 49 e 42 a.C., reenvia à *stipulatio "quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo proposita habet"*, ou seja ao edicto do pretor peregrino que detinha a *iurisdictio* em matéria de *damnum infectum* sobre os *cives* da Gália Cisalpina, observa SERRAO. Vid. SERRAO, F., *La "iurisdictio" del Pretore Peregrino* (Milão 1954) 92-97 e 102-103; MACCHIARELLI, A.G., "Fictio Iuris" em EGI VI - Parte II (Milão 1903) 545; De MARTINO, F., *La Giurisdizione nel Diritto Romano* (Pádua 1937) 205; BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 62, 63, 92, 232 e 233; TOMELUSCU, o.c. 175, 176 e 185; e KASER, M., "Oportere" und "Ius Civile" em SZ 83 (1966) 11.

(162) Na verdade, os magistrados municipais não tinham *imperium* e, assim, não podiam praticar actos que "*magis imperii sunt quam iurisdictionis*", como a *missio in possessionem*. É certo que o pretor e os governadores das províncias delegavam-lhes as faculdades de ordenar a prestação da *cautio* e a *missio ex primo decreto*, porque "*res infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur*" (ULPIANUS, D. 39.2.1; -39,2,4,3). Não era delegada a faculdade de conceder a *missio ex secundo decreto* (D. 39,2,4,4). No entanto, é provável que, ao tempo da *Lex Rubria*, ainda não tivesse sido delegada aos *duumviri* e *quattuorviri* a faculdade de outorgar a *missio (ex primo decreto)*; daí que esta *lex*, não querendo inovar,

2. Quem devia prestar a *cautio* não só não a prestou, como ainda se opôs à *missio* (*ex primo* e *ex secundo decreto*) e, entretanto, ocorreu o *damnum* temido. O pretor concedia ao lesado uma *actio ficticia* para indemnização do prejuízo causado. Volta a fingir-se que a *stipulatio* tinha sido celebrada e, portanto, prestada a *cautio* (163).
3. A *cautio* foi ordenada. Porém, não foi prestada e, antes de a *missio* ser pedida, ocorreu o *damnum* temido. O pretor concedia ao lesado uma *actio ficticia* (164).

não tenha concedido a *missio*, mas a *actio ficticia* que, nas palavras de GLÜCK (o.c. 87), “appare perciò quale imitazione dell'estremo mezzo coattivo del pretore (a *missio in possessionem*) contro la perdurante renitenza dell'obbligato alla cauzione”. Porém, a *Lex Rubria* refere: “*Qui eorum ita non repromisserit aut non satis dederit, sei quid interim damni datum factumve...*”. Ao que parece, estamos perante um pedido da *cautio* em relação a um *damnum infectum* que, entretanto –antes da concessão da *missio* (*ex primo decreto*)– se produziu. Neste aspecto, a concessão da *missio* perdia sentido: importava, sim, ressarcir o dano. E, na falta de uma prévia *stipulatio* (geradora da *cautio*), o expediente cómodo foi a sua *fictio*. Vid. *FIRA I* (Florença 1941) 171; GLÜCK, o.c. 82-86; VOCI, o.c. 277; e BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 247.

- (163) Embora no Digesto esta *actio* seja frequentemente denominada *in factum*, trata-se duma *actio* originariamente *ficticia*, como sugerem o paralelismo desta situação com o contemplada na *Lex Rubria* e o vocabulário utilizado: v.g., “*in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si(...) cautum fuisset*”.

Três eram os pressupostos de que dependia a sua concessão: a) a recusa de prestar a *cautio*; b) a oposição à *missio*; c) a ocorrência do dano que se temia. Que a *actio ficticia* não era concedida antes do dano é o que nos refere PAULUS (D. 39,2,16): “*Antequam damnum detur, impunitum est factum eius, qui neque promisit neque admisit in possessionem*”.

Sobre a natureza *ficticia* desta *actio* (= *in ius concepta*) e não *in factum concepta*, vid.: SCIALOJA, *Teoria*, cit. 410-411; VOCI, o.c. 277; DI MARZO, D., *Istituzioni di Diritto Romano*⁵ (Milão 1946) 252; VOLTERRA, o.c. 245-246; IGLESIAS, o.c. 317; BRANCA, *Danno Temuto*, cit. 229-232; PALERMO, o.c. 106; TOMELUSCU, o.c. 186; BONFANTE, o.c. 362; KASER, *Das römische Privatrecht I* (Munique 1955) 345; e LENEL, o.c. 372-373.

- (164) A concessão desta *actio* dependia da verificação dos seguintes pressupostos: a) recusa de prestar a *cautio*; b) ocorrência do dano temido antes do pedido da *missio* (*ex primo decreto*); c) ausência de culpa no não pedido da *missio*. (D. 39,2,44pr.).

De novo, as fontes (D. 43,4,4,3) falam de *actio in factum*. Pensamos, todavia, que ULPIANUS terá falado duma *actio ficticia*. Trata-se, aliás, da mesma *actio* referida anteriormente (D. 43,4,4,2) e que visava o ressarcimento de “*tantum, quantum praestare eum oportere, si de ea re cautum fuerat*”.

4. A *cautio* ordenada pelo pretor não foi prestada. A *missio* foi concedida, mas ocorreu o dano temido antes da sua efectivação. O pretor outorgava uma *actio ficticia* ao lesado (165).

Em todas estas (e outras) situações, a *actio ficticia* era concedida contra quem devia ter prestado a *cautio* e proporcionava ao vizinho lesado o ressarcimento do *damnum* temido entretanto ocorrido. Era uma *actio* perpétua (166) e transmissível activa e passivamente (167). Nela, o pretor ordenava ao *iudex* que fingisse prestada a *cautio*.

É verdade que, no Digesto, esta *actio* aparece frequentemente denominada *in factum*. No entanto, como a doutrina largamente dominante entende, trata-se duma *actio* originariamente *ficticia*. Sugerem-na o paralelismo destas situações com a da *Lex Rubria* e o vocabulário utilizado: *v.g.*, “*in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum preaestet, quantum paestare eum oporteret, si (...) cautum fuisset*”.

Mas vejamos, com algum pormenor: GLÜCK fala-nos ora de uma *actio in factum*, ora de uma *actio in factum ficticia*, ora de uma *actio ficticia* (168), como se em causa estivesse a mesma *actio* simultaneamente *in factum* e *ficticia* ou como se a *actio in factum* pudesse ser, igualmente, *ficticia*. E, mais recentemente há quem entenda que a originária *actio ficticia* foi substituída, ainda na época clássica, por uma *actio in factum* (169).

[165] Deviam verificar-se os seguintes pressupostos: a) a recusa de prestar a *cautio*; a concessão da *missio* (*ex primo decreto*); c) a não concretização da *missio* sem culpa do lesado; d) a ocorrência do dano temido.

Cf. D. 43,4,4,4. Neste sentido, vid. GLÜCK, *o.c.* 440-441; e SCIALOJA, *Teoria*, cit. 411.

[166] Cf. D. 39,2,17,3.

[167] Cf. D. 39,2,17,3; -39,2,24,1. Segundo BONFANTE (*o.c.* 356), é justinianeu o inciso [*successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur*], pois os sucessores, no direito clássico, “sono soltanto quelli che Giustiniano chiama successori a titolo universale, cioè, nei trapassi a causa di morte, soltanto l’erede”.

Vid. ainda: BETANCOURT, *o.c.* 79; e CRUZ, *Direito Romano*, cit. 228.

[168] Vid. GLÜCK, *o.c.* 85-87, 436, 438-449, 455 e 459.

[169] Referimo-nos a BETANCOURT (*o.c.* 103-108) para quem o magistrado municipal acabou por dar “contra el legitimado pasivamente la *actio in factum* si se causaba el daño durante dicho trámite en lugar de la acción ficticia propia de la *Lex Rubria*”.

Quanto à doutrina de GLÜCK, importa referir que as *actiones in factum* e *ficticia* têm características que as tornam inconfundíveis: na *actio in factum*, havia um *factum* não previsto *iure civili* e a sua integração processava-se à margem (fora) do *ius civile*, criando *ius praetorium*. Pelo contrário, a *actio ficticia* fingia a existência ou inexistência de um elemento necessário ou impeditivo da aplicação do *ius civile*: afastado este obstáculo, era a própria *actio civilis* que se aplicava. Ora, a natureza *ficticia* da *actio* prevista na *Lex Rubria* não suscita grandes dúvidas (170).

Em relação à opinião mais recente, não compreendemos muito bem que a fórmula exposta na *Lex Rubria* (cap. XX) pertença a uma *actio ficticia*, agora afastada pela expressão “*ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset*” (171).

Desde logo, o verbo *oportere* traduz uma *actio civilis* (172); e, se se tratasse duma *actio in factum*, tornar-se-iam incompreensíveis as palavras que invocam a *cautio*: “*si de ea re cautum fuisset*”. Na verdade, a referência à *cautio* só tem sentido por fundar uma *actio ex stipulatu* cuja natureza *in ius* afasta o arácter *in factum*.

Que a compilação justinianeia tenha substituído a expressão *actio ficticia* por *actio in factum* (173), só surpreende se ignorarmos que Justiniano nenhuma simpatia teve pela *fictio*, tendo ordenado a sua interpolação (174).

Não esqueçamos, ainda, que a *actio ficticia* é um expediente que obedece à lei da economia lógica, fundamental na técnica jurídica, segundo

(170) Na *intentio* figuraria a ficção “*tum si, antequam d iudicium q.d.r.a. est, Ns. Ns. d. inf. nom. Ao. Ao. repormisisset*”; e, na *condemnatio*, o *iudex* seria instruído para condenar (ou absolver) “*quidquid ex ea stipulatione (opp. ob eam rem) Ns. Ns. Ao. Ao. dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat*”. Cf. o cap. XX da *Lex Rubria*. Vid. a nossa A “*Fictio Iuris*”, cit. 498-499¹³; e MOZZILLO, o.c. 462³.

(171) Cf. D. 39,2,7pr.

(172) Vid. CRUZ, *Direito Romano*, cit. 334⁴⁰⁷ e 335; e a nossa A “*Fictio Iuris*”, cit. 86².

(173) Cf. D. 39,2,4,2; - 39,2,15,36; -39,2,17,3; -39,2,18,13; -39,2,18,15. Não referem expressamente a *actio in factum*: D. 39,2,7pr.; -43,4,4,2 (embora o D. 43,4,4,4 a refira. No entanto, a colocação *in fine* indicia um apêndice justinianeu).

(174) Vd. a nossa A “*Fictio Iuris*”, cit. 82⁸; DE MARTINO, o.c. 206¹; GLÜCK, o.c. 87^{4b}; e GROSSO, o.c. 561.

a qual, na opinião de IHERING, “la jurisprudence ne doit pas créer des moyens et des principes nouveaux pour produire ce qu'elle peut réaliser à l'aide des moyens et des principes dont elle est maîtresse”; por isso, sendo nas situações normais –de a *cautio* ter sido prestada– utilizada a *actio ex stipulatu*; e podendo esta ser ainda utilizada nos casos excepcionais, graças ao artifício da *fictio* que em nada altera a sua natureza, é óbvio que não havia necessidade de recorrer a uma *actio in factum*, que seria sempre um expediente novo e diferente.

Uma outra situação interessa referir: *Quid iuris*, se a *cautio* não tivesse sido prestada por negligência do magistrado municipal?

ULPIANUS (175) fala-nos de uma acção contra o magistrado: *ficticia* ou *in factum*?

De novo as opiniões divergem: há quem entenda que devia ser *ficticia* e quem a considere *in factum* (176).

Admite-se que o adjectivo *utilis* sugere uma *actio ficticia*, na qual se fingiria que o magistrado municipal prometeu indemnizar o dano (177).

(175) Cf. D. 39,2,4,7.

(176) Assim, enquanto D'ORS (o.c. 434⁹) entende que “debía de ser con fórmula ficticia”, BRANCA (*Danno Temuto*, cit. 232) considera que se trata duma *actio in factum*: não sendo o magistrado obrigado a prestar a *cautio*, “l'azione concessa dal praetor non finga per nulla la prestazione di quella”.

(177) É a opinião de BETANCOURT (o.c. 117-118) que, tendo presente a *actio utilis* outorgada pelo pretor quando o *damnum* temido se verifica “*dum praetor de danda stipulatione deliberat*” (D. 49,2,15,28), considera, como possibilidade mais convincente, que se trata duma *actio ficticia* contra o magistrado que, por negligência, não decretou a *cautio*. Efectivamente, BETANCOURT refere que “podemos pensar que esta acción sea ficticia (...), pues aparece como *utilis*”. E “la ficción consistiría en suponer que el mismo magistrado municipal había dado la promesa de indemnizar el daño”.

É notória a influência da doutrina de VALIÑO, para quem todas as *actiones utiles* são *ficticiae*. No nosso caso, a *actio ficticia* teria sido outorgada não contra quem devia ter prestado a *cautio*, mas contra o próprio magistrado que, por negligência, não ordenou a sua prestação.

Vid. VALIÑO, E., *Actiones Utiles* (Pamplona 1974). Logo no início (*Introducción*, 23), delimita “el campo de acciones útiles como sinónimo de ficticias”, excluindo “las acciones con transposición de personas y las acciones *in factum*”. A opinião de VALIÑO foi seguida por D'ORS (o.c. 123).

Diremos que esta opinião não nos impressiona: primeiro, porque, no nosso entendimento, a *actio utilis* nem sempre se identifica com a *actio ficticia*; depois, porque havia que provar se o magistrado agiu com negligência; finalmente, porque seria absurdo fingir que o magistrado prometeu reparar o dano (178).

A ficção é um expediente alógico, mas não absurdo!

(178) Não temos –é a nossa opinião– que identificar as *actiones utiles* com as *actiones ficticiae*, visto que *utiles* são as *actiones* que integram o *Ius Romanum*, podendo ser *ficticiae*, *translativae* e até *in factum conceptae*. Por isso, entendemos possível considerar *in factum* a *actio utilis* referida em D. 39,2,15,28 sem necessidade de, como hipótese (embora “la más convincente”), a julgar instaurável contra o magistrado negligente. Esta opinião choca claramente com o texto que nos fala de um dano ocorrido enquanto o pretor deliberava sobre a concessão ou não da *actio*. A responsabilidade do magistrado municipal é referida, sim, em D. 39,2,4,7 e, embora não qualifique a *actio*, parece-nos, tal como a BRANCA (*Danno Temuto*, cit. 232), que se tratava duma *actio in factum concepta*. Não se finge prestada a *cautio*, antes se responsabiliza o magistrado pela sua negligência. E, devendo esta ser provada, não se podia fingir.