DIREITO UNIFORME DE BASE ROMANÍSTICA OS *ITINERA* ROMANOS DO PRINCÍPIO DA CONTRIBUIÇÃO (EXEGESE DE D. 14.2.2 PR.)*

Rodrigo de Lima Vaz Sampaio
Escola de Direito do CEU-IICS

Sumário: 1. Apresentação do problema: conceito de avarias grossas. – 2. Exegese de D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*): *itinera* romanos da contribuição. – 2.1. Esquema republicano (Sérvio). – 2.2. Esquema tardo-clássico (Paulo). – 3. Conclusões: avarias grossas, *itinera* e YAR.

1. Apresentação do problema: conceito de avarias grossas

Teria sido apenas em 1647 que o direito marítimo, com o humanista neerlandês A. Vinnen[1], teve propriamente um dos primeiros e mais conhecidos conceitos doutrinários de avarias grossas[2].

---

* Este trabalho foi realizado com o apoio da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), Processo 2009/52024-5.

[1] A. Vinnen, *Notae*, 1647; a P. Peck, *In Titt. Dig. & Cod. ad Rem Nauticam Pertinentes*, *Commentarii*, 1556, Amsterdam, Boom, 1668[3], p. 193. Segundo A.N. Iglesias, *Arnold Vinnen*, in R. Domingo (org.), *Juristas universales - Juristas modernos - Siglos XVI al XVIII: de Zasio a Savigny*, 2, Barcelona, 2004, p. 353, conceitos de natureza marítima são típicos do interesse dos estudos jurídicos dos Países Baixos.

[2] É mencionado por seu contemporâneo alemão J. Brunnemann, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, I, 1670[3], Leipzig, 1683, p. 626, bem como, hoje em dia, R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, London, Oxford, 1996, p. 411. Também H. Coing, *Europäisches Privatrecht. Älteres gemeines Recht (1500-1800)*, I, München, 1985, pp. 554-555 (= § 116), refere-se às anotações de A. Vinnen. Entre os monumentos jurídico-marítimos, segundo A. Lefebvre D'Ovidio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all'Ordinanza del 1681*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1935, I, p. 131 (= n. 38) (= Id., *Teoria generale delle avarie comuni*, Milano, 1938), as avarias grossas já estavam definidas – na forma de uma regra geral – no *Guidon de la Mer* (= "Guião do Mar"). Se for adotada a opinião de J.M. Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.e siècle*, II, Paris, Royale, 1831, pp. 372-373 (= *Us et coutumes de*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

A primeira parte da definição foi baseada no alijamento, seu exemplo mais comum[3]: «Avaria grossa est, cum quaedam merces jaciuntur in mare levandae laborantis navis gratia, aut armamenta navis, malus, anchorae, rudentes, communis periculi removendi causa, [...] (= A avaria grossa ocorre sempre que algumas mercadorias ou instrumentos da embarcação − mastro, âncoras e cabos − são arremessados ao mar para que essa, por estar em dificuldade, seja aliviada e a fim de remover perigo comum; [...])».

Ainda que por meio de uma só hipótese, o mérito de A. Vinnen foi a associação expressa da avaria grossa com seu conteúdo: «Avaria grossa est [...]».

Na tradição ocidental, a palavra "avaria", no sentido (técnico) jurídico-marítimo, é encontrada, pela primeira vez, tão somente nas compilações italianas do Mar Adriático[4].

---

la mer, ou collection des usages maritimes des peuples de l'Antiquité et du Moyen Age, II, Paris, 1847), essa compilação seria uma conquista francesa, datada do final do século XVI. Porém, ela não teria se difundido para outras regiões. O conceito de avarias grossas está no Cap. V.I: «[...] avarie, qui reçoit plusieurs divisions. La premiere est dite commune ou grosse avarie, celle qui advient par jet, pour rachapt ou composition, pour cables, voiles ou mast coupez pour la salvation du navire et marchandises, dont le desdommagement se prend sur le navire et marchandises; c'est pourquoy elle est dite commune (= [...] 'avaria', [palavra] que recebe muitas divisões. A primeira é conhecida por 'avaria comum' ou 'grossa'. Ela ocorre na hipótese de alijamento, de resgate [pago aos piratas], ou de reparação de cabos, velas ou mastro cortados, a fim de salvar a embarcação e as mercadorias, [e] cuja reparação do dano está sob responsabilidade daquela e dessas. É o motivo dela ser denominada 'comum')».

[3] A. Brunetti, *Commentario al Codice di commercio. Del commercio marittimo e della navigazione*, VI, Milano, 1920, p. 954 (= n. 663); Id., *Diritto marittimo privato italiano*, I, Torino, 1929, p. 176 (= n. 50); e R. Zeno, *Storia del diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, Milano, 1946, p. 370.

[4] A. Luzzati, P.G. Luzzati, L. Maffei, s.v. *Avaria*, in *NNDI*, I, Torino, 1957, p. 1618. A discussão sobre sua origem etimológica é grande. Dentre as possibilidades, três são as mais prováveis. A. Luzzati, P.G. Luzzati, L. Maffei supõem o latim tardio *averagium* (H. Spelman, *Glossarium Archaiologicum: Continens Latino-Barbara, Peregrina, Obsoleta & Novatae Significationis Vocabula* [1626], 3ª ed., London, 1687, p. 51), o qual, por sua vez, viria do clássico *habere* e, assim, *avere*. A segunda opção é o árabe *'awār* ou *'uwār* (transliteração de H.S. Khalilieh, *Islamic Maritime Law – An Introduction*, in R. Peters, B. Weiss (orgs.), *Studies in Islamic Law and Society*, V, Leiden, 1998, p. XI). Nesse sentido, P. Brüders, R. Ulrich, *Grosse Haverei: Die Havariegrosse-Rechte der wichtigsten Staaten im Originaltext und in Übersetzung nebst Kommentar und einer vergleichenden Zusammenstellung der verschiedenen Rechte – Deutsches Recht*, I, Berlin, 1903², p. 1; O.J. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, 2012²⁹, p. 179; L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, em *Handbuch des Handelsrechts*, I, Stuttgart, 1891, p. 98 (= § 5); e F. Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguêsa – Vocábulos, Expressões da Língua Geral e Científica – Sinônimos – Contribuições do Tupi-Guarani*, I, São Paulo, 1963, p. 448. A última é o grego βάρος (= "peso, ônus"). Nessa direção, F. Brandileone, *rec.* a W. Ashburner, *Νόμος Ῥοδίων ναυτικός. The Rhodian Sea-law edited from the manuscripts*, Oxford, 1909, pp. CCXCIII, 129, 8º. *18 sh.*, in *BZ (Byzantinische Zeitschrift)*, 1914, XXIII, p. 259. Cfr., ainda, G.L.M. Casaregi, *Discursus Legales de Commercio – XLV* (1707), I, Firenze, 1719², p. 279 (= n. 1); J. Schilter, *Praxis Juris Romani in Foro Germanico – Exercitatio XXVII* (1698), II, Frankfurt, 1733³, p. 204 (= § 28); A. Vinnen, *Notae*, cit., p. 193; Q. Weijtsen, *Tractatus de Avariis*, Amsterdam, 1672, pp. 2-4; A. Brunetti, *Diritto marittimo*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Ela significava o dano ou a despesa, que ocorresse durante a navegação à embarcação ou à carga[5].

Entre esses diplomas legislativos[6], parece que a forma mais antiga seja a eufonia na frase *andare ad varea* (= ser pago a título de avaria [*ad* + *varea* e, depois, avaria])[7] nos *Ordinamenta et Consuetudo Maris Edita per Consules Civitatis Trani* (= Estatutos e Costume do Mar Publicados pelos Cônsules da Cidade de Trani) (provavelmente, de 1063)[8]. Em seguida, merecem destaque as ocorrências nos *Statuta Navium et Navigantium* (= Estatutos das Embarcações e dos Navegantes)

---

privato italiano, I, cit., p. 175 (= n. 50); C. du F. Du Cange *et alii*, s.v. *Avaria*, in *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, I, Niort, 1883, p. 463; L. Goldschmidt, *Lex Rhodia und Agermanament – Der Schiffsrath – Studie zur Geschichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1889, XXXV, p. 37; P. Heck, *Das Recht der großen Haverei*, Berlin, 1889, pp. 629-630 (= § 58); A. Lefebvre D'Ovidio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all'Ordinanza del 1681*, cit., pp. 130-131 (= n. 37); e J.C. Sampaio Lacerda, *Curso de direito privado da navegação – Direito marítimo*, I, Rio de Janeiro, 1984[3], p. 226 (= n. 179). Em seguida, a palavra foi herdada por algumas línguas (P. Heck, P. Brüders, R. Ulrich): *avaria* (português e italiano); *Haverei*, ou, segundo L. Mai, *Die Havarie-Grosse – Nach der lex Rhodia de jactu, dem deutschen Handelsgesetzbuch und der deutschen Rechtsprechung*, Mannheim, 1889, p. 20 (= § 6), também *Havarie* e *Haverie* (alemão); *havarie* (escandinavo); *averia* (espanhol); *avarie* (francês); *avarij* (holandês); *average* (inglês); e *аварія* (russo).

[5] W. Ashburner, *Νόμος Ῥοδίων ναυτικός. The Rhodian Sea-Law edited from the manuscripts*, Oxford, 1909, p. CCLI; e H. Wünsch, *Gedanken zur großen Haverei und deren analoger Anwendung*, in *Vestigia Iuris Romani – Festschrift für Gunter Wesener*, Graz, 1992, p. 531. Sentido vizinho ao proposto por H. Spelman, *Glossarium Archaiologicum: Continens Latino-Barbara, Peregrina, Obsoleta & Novatae Significationis Vocabula*, cit., p. 51: «Averagium [...] Est enim detrimentum, quod vehendis mercibus accidit [...] (= Avaria [...] é, pois, o dano, o qual atinge as mercadorias transportadas [...])».

[6] Para a relação dos textos em que a palavra ocorre, cfr., em especial, P. Heck, *Das Recht der großen Haverei*, cit., pp. 631-632 (= § 58); A. Lefebvre D'Ovidio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all'Ordinanza del 1681*, cit., pp. 131-133 (= n. 38); e A. Luzzati, P.G. Luzzati, L. Maffei, *Avaria*, cit., p. 1620. Sobre as características dessas compilações, cfr. A. Brunetti, *Diritto marittimo privato italiano*, I, cit., pp. 83-85 (= n. 18); A. Lefebvre D'Ovidio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all'Ordinanza del 1681*, cit., pp. 70-82 (= ns. 21-23); J.M. Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.e siècle*, V, Paris, 1839, pp. 1-18, 99-112, 215-223; L.D. Pleionis, *The Influence of the Rhodian Sea Law to the other Maritime Codes*, em *RHDI*, 1967, XX, pp. 182-183; e R. Zeno, *Storia del diritto marittimo italiano nel* Mediterraneo, cit., pp. 155-187.

[7] Em A. Lefebvre D'Ovidio, *La contribuzione alle avarie comuni dal diritto romano all'Ordinanza del 1681*, cit., p. 131 (= n. 38), lê-se, sempre, *andare a varea*. Também em F. Brandileone, *rec.* a W. Ashburner, *Νόμος Ῥοδίων ναυτικός. The Rhodian Sea-law edited from the manuscripts*, cit., p. 259.

[8] A frase ocorre uma vez nos Caps. III, IV, VIII, XIII, XXII – neste capítulo também ocorre *alchuna varea* – e XXVI, e duas vezes nos Caps. II e XIV. É certo, como demonstra M. de Vicq, *Observationes* a Q. Weijtsen, *Tractatus de Avariis*, Amsterdam, 1672, p. 2, que *varea* seja o dialeto veneziano para "avaria", mas não se sabe, segundo L. Goldschmidt, *Lex Rhodia und Agermanament – Der Schiffsrath – Studie zur Geschichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts*, cit., p. 37, qual dessas duas palavras seria a mais antiga.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

(1255)[9], de Veneza, e no *Ordo, Consuetudo et Jus Vareae secundum Anconitanos* (= Regra, Costume e Direito de Avaria, segundo os (usos e costumes) de Ancona) (1394)[10].

Com base nesse sentido técnico, formou-se a classificação tradicional no assunto. Diferenciam-se "avarias grossas", ou "comuns", de "avarias simples", ou "particulares".

A distinção é baseada na consequência de cada uma delas. Nas avarias grossas, por um lado, existe a contribuição dos envolvidos, ou seja, o sacrifício de poucos é suportado por todos[11]. Nas avarias simples, por outro, quem sofre o prejuízo, arca com ele (*res perit domino*)[12].

---

[9] Caps. LXXXIX: *[...] illud non sit in varea* (= [...] aquilo não esteja em avaria); XCII: *[...] dapnum illud sit in avariam averis ipsius navis et eciam de nave, secundum usum [...]* (= [...] aquele dano seja [considerado a] a título de avaria por decorrer da própria embarcação e também [ocorrer] sobre a mesma, segundo o uso [...]); e XCIV: *[...] quia dampnum illud in avaria* – no original, lia-se *auria.* A correção foi de J.M. Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.e siècle*, V, cit., p. 49: *esse non debet [...]* (= [...] porque aquele dano não deve ser a título de avaria [...]). A palavra também ocorre seis vezes na Lei de 9 de junho de 1428, de Veneza.

[10] Caps. LXXXVI e LXXXVII. Existe, no primeiro desses capítulos, uma variação precisa da frase *andare ad varea*: *[...] sia obligata de fare la varea [...]* (= [...] seja obrigada a contribuir a título de avaria [...]).

[11] T. Haralambidis, *Des caractères distinctifs des avaries communes – Du fondement de la contribution à ces avaries en droit français et comparé*, Paris, 1924[2], p. 20. Os primeiros conceitos doutrinários de avarias confundem, em regra, o efeito – contribuição dos envolvidos – com o instituto das avarias (nem, ao menos, com as avarias grossas). Nesse sentido, J. Brunnemann, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, cit., p. 626: «Et hanc contributionem maris accolae Avariam vocant [...] (= E (os juristas) chamam de avaria esta contribuição do companheiro de viagem marítima [...])»; A. Vinnen, *Notae*, cit., p. 193: «Contributio nunc uno ubique nomine avaria vocatur (= A contribuição é agora denominada, por toda parte, tão somente pelo nome de 'avaria')»; e Q. Weijtsen, *Tractatus de Avariis*, cit., p. 1, «Avaria est communis contributio rerum in navi repertarum [...] (= Avaria é a contribuição comum das coisas que se encontram na embarcação [...])». Porém, eles intuem que as avarias grossas sejam um gênero organizado por meio de um efeito comum. O princípio da contribuição é descrito em D. 14.2.1 (Paul. 2 *sent.*): *Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est* (= A *lex Rhodia* dispõe que, se o arremesso das mercadorias foi feito (ao mar) para aliviar a embarcação, seja reparado por uma contribuição de todos o que foi realizado em benefício comum).

[12] P. Brüders, R. Ulrich, *Grosse Haverei: Die Havariegrosse-Rechte der wichtigsten Staaten im Originaltext und in Übersetzung nebst Kommentar und einer vergleichenden Zusammenstellung der verschiedenen Rechte – Deutsches Recht*, I, cit., p. 1; L. Mai, *Die Havarie-Grosse – Nach der lex Rhodia de jactu, dem deutschen Handelsgesetzbuch und der deutschen Rechtsprechung*, cit., p. 20-21 (= § 6); e R. Zeno, *Storia del diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, cit., pp. 372. Os danos ocasionados à embarcação e às mercadorias, durante uma força maior (e sem um motivo que os justifique), são exemplos de avarias particulares. Existiria ainda uma terceira categoria denominada "avaria pequena", ou "ordinária". Ela compreenderia os custos normais da navegação e, por isso, não é, tecnicamente, uma "avaria", na medida em que corresponde ao frete. Com certa confusão e, por as definir da mesma forma, L. Mai denomina essas avarias também de "comuns".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Embora o direito romano desconhecesse essa terminologia, seus juristas trataram do alijamento com técnica semelhante[13], tanto que a inspiração das compilações e codificações posteriores é a *lex Rhodia de iactu* (D. 14.2)[14].

Na segunda parte de seu conceito, A. Vinnen destaca: «[...] dejiciuntur vel caeduntur voluntate navigantium: atque hoc damnum contributione omnium, atque ipsius etiam nautae resarcitur (= [...] [as mercadorias ou instrumentos da embarcação] são lançados [ao mar] ou sacrificados pela [conforme] vontade dos navegantes: este dano é ressarcido tanto por uma contribuição de todos quanto também do próprio armador)»[15].

O alijamento é realizado, segundo esse conceito, *voluntate navigantium*. Interpretando-o, R. Zimmermann afirma que existe, na época, uma *navalis societas* (= sociedade naval) ou *societas et communio tacita* (= sociedade e comunhão tácita)[16].

Ao contrário de A. Vinnen, o Direito Romano justinianeu não adotou a sociedade como fundamento e tutela para o alijamento.

D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) trata do típico sistema justinianeu do alijamento, baseado em contratos de locação, e traz os *itinera* republicano (Sérvio) e tardo-clássico (Paulo) da contribuição dos envolvidos. Sua análise revela os papéis dos

---

[13] G.L.M. Casaregi, *Discursus Legales de Commercio – XLV*, *Discursus XLV*, cit., p. 282 (= n. 33); E. Chevreau, *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, in *TR*, 2005, LXXIII, p. 76; G. Hubrecht, *Quelques observations sur l'interprétation romaine de la «lex Rhodia de jactu»*, Bordeaux, 1934, pp. 1-8; P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe – Droit maritime)*, Paris, 1929, pp. 184-185; S. Płodzień, *Lex Rhodia de iactu*, Lublin, 1961, p. 152; A. Pókecz Kovács, *Les problèmes du 'iactus' et de la 'contributio' dans la pratique de la lex Rhodia*, in *A bonis bona discere – Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc, 1998, p. 171; e R. Zeno, *Storia del diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, cit., pp. 363 e 365. L. Goldschmidt, *Lex Rhodia und Agermanament – Der Schiffsrath – Studie zur Geschichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts*, cit., p. 37, é mais categórico – «Nur der Name des Rechtsinstituts ist mittelalterlich, nicht dessen Inhalt (= Somente o nome do instituto jurídico é medieval, não o seu conteúdo)» – da mesma forma que H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in *ZHR*, 1921, LXXXV, p. 273 (= § 3): «[...] die große Haverei keine rechte Heimat in den eigentlichen Quellengebieten des römischen Rechts hatte (= [...] a avaria grossa não tinha uma pátria legítima nos domínios precisos das fontes do Direito Romano)».

[14] A. Brunetti, *Commentario al Codice di Commercio. Del commercio marittimo e della navigazione*, VI, cit., p. 953 (= n. 663); Id., *Diritto marittimo privato italiano*, I, cit., pp. 175-176 (= n. 50); H. Coing, *Europäisches Privatrecht. Älteres gemeines Recht (1500-1800)*, cit., pp. 554-555 (= § 116); E.N. Di Lamporo, *De lege Rhodia de jactu (Dig. 14, 2)*, in *AG*, 27, 1881, XXVII, pp. 330-331; A. Pókecz Kovács, *Les problèmes du 'iactus' et de la 'contributio' dans la pratique de la lex Rhodia*, cit., p. 171; K.O. Scherner, *Maritime Law: Medieval and Post-Medieval Roman Law*, in S.N. Katz (org.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, IV, London, Oxford University, 2009, p. 150; G. Tedeschi, *Il diritto marittimo dei romani comparato al diritto marittimo italiano*, Montefiascone, 1899, pp. 181-182; e R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 411. Também a própria definição de A. Vinnen, *Notae*, cit., p. 193, sobre avarias grossas, é realizada sobre D. 14.2.1 (Paul. 2 *sent.*).

[15] A. Vinnen, *Notae*, cit., p. 193.

[16] R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 411.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

interessados no alijamento, em especial do *magister navis* (= capitão da embarcação) e de seu direito de retenção[17]:

D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*): *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. immo etsi non retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.*

D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*): Se, estando em dificuldade a embarcação, foi realizado o arremesso das mercadorias, os proprietários daquelas perdidas − se tinham locado seu transporte − devem demandar contra o capitão daquela ex locato. Ele, em seguida, pode demandar ex conducto contra os demais, cujas mercadorias foram salvas, a fim de que o dano seja proporcionalmente dividido. Sérvio com certeza respondeu que se deve mover contra o capitão da embarcação uma ação ex locato para que este retenha as mercadorias dos outros comerciantes, até que eles paguem sua parte do dano. Porém, ainda que o capitão [da embarcação] não retenha as mercadorias, há de ter, além disso, contra os passageiros [que devem pagar o dano], a actio ex locato. Qual seria, então, a solução, se existem passageiros, que não tenham quaisquer bagagens? Evidentemente é mais cômodo que existam [bagagens], para que [o capitão] as retenha. Mas, ao contrário, se [o proprietário da carga perdida] não tenha alugado toda a embarcação, [o capitão da embarcação] demandará ex conducto, assim como os passageiros, que alugaram lugares [cabines] na embarcação. É, de fato, justíssimo o dano ser suportado em comum [também] por aqueles que, em razão das mercadorias perdidas dos outros, conseguiram que as próprias mercadorias fossem salvas.

[17] Sobre o jogo de poder existente entre o *magister navis* e a junta deliberativa, cfr. R.L. Vaz Sampaio, *Direito marítimo romano − A Disciplina jurídica do alijamento*, in *Anais do XVI Congreso internacional y XIX iberoamericano de derecho romano* (no prelo).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

2. Exegese de D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*): *itinera* romanos da contribuição

O texto apresenta a *locatio conductio* como tutela do alijamento no período justinianeu[18] e concretiza o princípio da contribuição de D. 14.2.1 (Paul. 2 *sent.*). Ele narra as etapas seguintes à realização do alijamento, quando a embarcação já alcançou um porto e a divisão de riscos deve ser realizada[19].

Por meio dele, mostra-se a existência de, ao menos, dois *itinera* ou "percursos processuais", que se estabelecem antes de Justiniano e originam esquemas por meio dos quais a contribuição foi implementada no Direito romano: um republicano, da época de Sérvio, e outro tardo-clássico, dos tempos de Paulo.

2.1. Esquema republicano (Sérvio)

Em *Servius quidem respondit [...]*, o texto, com o verbo no passado, inicia um responsum de Sérvio Sulpício Rufo[20], no qual esse admite a retenção, pelo magister navis, das mercadorias dos membros da massa devedora, após o alijamento.

Sua opinião só é mencionada depois de uma parte inteira do texto – *Si laborante nave − agere potest −*, que parece trazer o posicionamento de Paulo. Por parecer ser cronologicamente posterior (ao menos pela inversão formal), esse início pode não ser, por ora, considerado do período republicano.

---

[18] H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 277 (= § 4), admite ser natural aceitar essa tutela, uma vez que o próprio contrato de transporte marítimo era regido por suas *actiones*. Em sentido semelhante, P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe – Droit maritime)*, cit., p. 189. No transporte marítimo, as três modalidades da *locatio conductio* estão presentes: *(i) rei*, na locação da embarcação e de lugares nesta (cabines); *(ii) operis*, certamente no transporte de mercadorias; e *(iii) operarum*, nos contratos de trabalho com os marinheiros livres a bordo. Cfr., com variantes, A. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione*, in P. Cerami, A. Petrucci (orgs.), *Diritto Commerciale Romano. Profilo Storico*, Torino, 2009[3], p. 249.

[19] R. Richichi, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, in *«Antecessori oblata». Cinque studi per Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001, p. 149.

[20] Jurista republicano, cônsul em 51 a.C., orador e professor. Foi contemporâneo de Cícero, que também trata do alijamento, como se lê em Cic., *De off.*, 3.23.89: *Quaerit: 'Si in mari iactura facienda sit, equine pretiosi potius iacturam faciat an seruuli uilis?' Hic alio res familiaris, alio ducit humanitas* (= Pergunta-se: 'Se devesse ser feito um alijamento no mar, faça-o antes de um cavalo precioso ou de um escravo de preço vil?' Aqui, por um lado, o patrimônio familiar é julgado, por outro, a humanidade). Cfr. M. Testard, *Cicéron − Les Devoirs*, Paris, 1970, p. 118. Cfr. A. Berger, s.v. *Servius Sulpicius Rufus*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 704; F.P. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt − Liberae rei publicae iuris consulti*, I, Leipzig, 1896, p. 139; A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, Bruxelles, 1844, p. 53; H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 279 (= § 4); P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, 1888[2], München, 1912, pp. 66-67 (= § 9); E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, *Fonti e casi*, Milano, 1947, p. 450; e L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 483 (= § 75). O esquema republicano é "provavelmente" de Sérvio, por ser a ele atribuído pela parte de Paulo ou dos compiladores justinianeus (C.A. Cannata, *Le disavventure del capitano J. P. Vos*, in *Labeo*, 1995, XLI, p. 396).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Teria sido mais natural que Paulo mencionasse primeiro a opinião do jurista republicano para depois contrapor à sua. Essa deveria ser a ordem original do texto, no período tardo-clássico, mas os compiladores justinianeus inverteram-na[21].

Em seu estudo sobre o direito de retenção, E. Nardi determina que D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) seria a sua mais antiga hipótese[22].

Ele defende que o direito de retenção do *magister navis* é criado com o único escopo de evitar a perda patrimonial[23]. No período republicano, o *magister navis* não dispunha da *actio ex conducto* contra os membros da massa devedora[24]. O único meio

---

[21] A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, Zürich, 1979, p. 206 e M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, in *IVRA*, 1955, VI, p. 172. M. Miglietta, *«Servius respondit» − Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana − Prolegomena*, I, Trento, 2010, p. 264, não associa a Sérvio a primeira parte do texto, embora o instituto jurídico tratado (alijamento) seja o mesmo (o que se pode afirmar pelo *quidem* na oração *Servius quidem respondit*). H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., pp. 278-279 (= § 4), acredita que a menção de Sérvio seja uma notícia histórica inserida por Paulo para demonstrar que o dever do *magister navis* aumenta no decorrer do direito romano.

[22] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, *Profilo storico*, Milano, 1957, pp. 3-4. O mesmo posicionamento, histórico e dogmático, em E. Nardi, *L'origine della ritenzione*, in *EOS (Commentarii Societatis Philologae Polonorum)*, XLVIII.2, 1956, pp. 217-227. Embora essa também seja a opinião de H. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*, Heidelberg, 1868², pp. 85-88, 365-366 (§§ 11 e 43), este considera que em *Quintus quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in [...] conductis locatis [...]* (= É certo que Quinto [Múcio] Cévola, pontífice máximo, dizia que a mais alta força existia em todos aqueles juízos, nos quais (a cláusula) *EX FIDE BONA* é acrescida, e julgava que o nome da boa-fé espalha-se [na prática] com grande abundância, e [dizia] que isso encontra-se habitualmente nas [...] locações [...]), no qual o juiz deve ser habilidoso *[...] praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria [...]* (= sobretudo naqueles muitos casos em que existem ações contrárias) (Cic., *De off.*, 3.17.70), poderia ser encontrado um exemplo mais antigo do direito de retenção da lavra de Quinto Múcio Cévola. E. Nardi sustenta que em D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) esse instituto aparece sob a luz do *arbitrium* – antiga palavra usada por Quinto Múcio Cévola em Cic., *De off.*, 3.17.70 – *locati conducti*, um dos mais antigos juízos de *bona fides*, o qual se refere a um contrato *iuris gentium*. Cfr., também, E. Costa, *L'exceptio doli*, Roma, 1970, p. 65. A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 208, considera que não há certeza que D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) apresente a mais antiga hipótese de retenção (Sérvio poderia ter se inspirado para decidir o caso do alijamento em outro mais simples, que não dissesse respeito a esse). G. Beseler, *Textkritische Studien*, in *ZSS*, 1933, LIII, pp. 36-38, sustenta, radicalmente, que a palavra *retentio* deveria ser eliminada dos textos clássicos. Porém, não menciona D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*).

[23] Por decorrência expressa da frase: *donec portionem damni praestent* (D. 14.2.2 pr. [Paul. 34 *ad ed.*]).

[24] Assim, a frase *is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest* não é de Sérvio, mas um acréscimo de Paulo. Segundo E. Nardi, é nítida a oposição entre o *agere ut* ('demandar' para 'dividir o dano'), de Paulo, e *retineat, donec* ('reter', enquanto 'não paguem a porção do dano') de Sérvio. No mesmo sentido, *immo – vectoribus* não seria de Sérvio. Além de acompanhar a opinião nesse argumento, H.P. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, pp. 98-99 (= § 17), acredita que não existe nenhum fundamento possível – contratual, delitual ou baseado no enriquecimento sem causa – para conceber a *actio ex conducto* no período republicano. Também, A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 207; e A. Pernice, *Labeo – Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1, Halle, 1895², p. 260.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

existente seria justamente a retenção, cuja previsão foi possível pela *locatio conductio* ser um *iudicium bonae fidei*[25].

Assim, para E. Nardi, o esquema republicano, proposto por Sérvio para dividir os riscos, seria: os membros da massa credora movem a *actio ex locato* contra o *magister navis*[26] e esse retém as mercadorias dos demais, até que eles paguem sua parte do prejuízo[27]. Há subordinação do crédito, devido ao *magister navis*, à retenção. Essa não passa de um mecanismo provisório para constranger ao pagamento[28].

---

[25] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, cit., pp. 74-75. No mesmo sentido, A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 208. Pela incompatibilidade dos *iudicia bonae fidei* com a retenção, cfr. A. Burdese, *rec.* a E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, cit.; III, *Dogmatica giustinianea*, Milano, 1957, p. VIII+59, in *IVRA*, 1958, IX, pp. 188-189; M. Kaser, *In bonis esse*, in *ZSS*, 1961, LXXVIII, p. 213; M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, cit., pp. 175-178; e Id., *In materia di ritenzione*, in *Labeo*, 1958, IV, pp. 86-88.

[26] Dessa forma, parece estar correto W. Osuchowski, *Appunti sul problema del «iactus» in diritto romano*, em *IVRA*, 1950, I, p. 298, para quem o contrato de locação já foi aplicado ao alijamento pelos clássicos, mas o regime completo das ações seria apenas de Paulo. Talvez um dos motivos fosse que *Ad legem Rhodiam* (PS. 2.7), não descreva a tutela para o alijamento, embora seja obra do mesmo jurista e trate do mesmo tema que D. 14.2. H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 277 (= § 4), conjectura que teria existido no livro 34 dos Comentários ao Edito do Pretor, de Paulo, uma regra como aquela de PS. 2.7.1 (reproduzida, com alterações, em D. 14.2.1 [Paul. 2 *sent.*]). Porém, os compiladores justinianeus teriam optado por um dos dois textos, a fim de evitar uma repetição inútil. Assim, seguiu-se a orientação da compilação prevista em *[...] vel aliquod superfluum [...]* (= [...] ou alguma coisa de supérfluo [...]) e – *Sed et similitudinem (secundum quod dictum est) [...] volumus exulare [...]* (= Mas também, segundo o que foi dito, desejamos excluir a similitude [...]) (respectivamente, Const. *Deo auct.*, 7 e 9). No mesmo sentido, I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1994, p. 132 (= § 16).

De modo semelhante, M.J. García Garrido, F. Reinoso-Barbero, *Digestorum Similitudines*, V, Madrid, 1994, p. 3 (= n. 3007), mostram que, pela expressão *ex locato cum magistro* ser encontrada três vezes no Digesto – duas vezes em Paulo (D. 14.2.2 pr. e 7 [Paul. 34 *ad ed.*]); e uma em Ulpiano (D. 14.1.1.18 [Ulp. 28 *ad ed.*]) –, o regime completo da locação, no e para o alijamento, seria, ao menos, anterior a Justiniano (talvez do século III d.C., quando Paulo e Ulpiano conviveram).

[27] Assim, a frase *donec portionem damni praestent* mostra uma subordinação da entrega das mercadorias ao pagamento da parte do dano. E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, cit., pp. 89, 119, 142-143, afirma que a estrutura *retinere, donec* também está presente em D. 39.2.22 pr. (Paul. 10 *ad Plaut.*): *[...] ergo et solum retinebit fructuarius [...] donec praestetur ei damnum [...]* (= [...] logo, o usufrutuário também reterá o terreno [...] até que lhe seja pago o dano [...]). M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, cit., pp. 173-174, sustenta que o *donec* deve ser lido como *nisi* (= salvo se), mas parece perder, com isso, a subordinação proposta por E. Nardi. H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 279 (= § 4), defende que o dever do *magister navis* já se esgota ao reter as mercadorias. Por fim, cfr. J.L. Zamora Manzano, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Madrid, 2000, p. 187; e E. Nardi, s.v. *Ritenzione (diritto romano)*, in *ED*, XL, Milano, 1989, p. 1363.

[28] Assim, para E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, cit., pp. 136-137, pp. 141-145, não há necessidade de uma *exceptio doli*, caso os membros da massa devedora agissem *ex locato*, sem arcarem com sua parte do dano. O tempo do pagamento da contribuição seria um prazo, eventualmente determinado pelo juiz. Transcorrido esse, os devedores ficariam privados da *actio ex locato* e o *magister navis*, se não lhe foi pago a contribuição, fica com as mercadorias, pois arcará com o valor devido aos credores. Se houver o pagamento, da condenação do *magister navis*, nas *actiones ex locato* dos membros

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

H.P. Benöhr discorda do início do modelo apresentado por E. Nardi para o esquema de Sérvio. Segundo ele, os membros da massa credora somente movem uma *actio ex locato*, a qual teria por objeto uma indenização de parte dos danos, se o *magister navis* não tiver retido a carga[29]. A retenção deve ser anterior à *actio ex locato* dos credores[30].

Para H.P. Benöhr, o raciocínio de Sérvio é que os prejudicados no alijamento não poderiam imediatamente mover a *actio ex locato*, uma vez que o *magister navis* não teria cometido qualquer falta em seu ofício, ao realizar o alijamento. Estaria, ao contrário, em sua competência.

Entretanto, o *magister navis*, retenha ou não, será demandado *ex locato* pela massa credora, pois a retenção não torna essa ação ilegítima, como H.P. Benöhr parece supor.

Em sentido oposto, L. Vacca, mais recentemente, defende que, no tempo de Sérvio, a *actio ex locato* fosse movida para constranger o *magister navis* à retenção. Aquela seria, então, anterior a esta[31].

Porém, E. Nardi[32], na verdade, ao indicar que a frase *ut ceterorum vectorum merces retineat* seja justinianéia e apresentar sua reconstrução clássica – *Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere <et magistrum> ceterorum merces <retinere posse>* (= [...] e que o capitão pode reter as mercadorias dos demais) −, não sustenta que a massa credora move a *actio ex locato* "para que" o *magister navis* retenha, mas apenas que existe a ação "e" este retém as mercadorias. A troca da conjunção final *ut* para a aditiva *et* não define qual ato seja anterior.

Em sua interpretação do texto, M. Marrone[33] também faz uma leitura dessa passagem conforme a literalidade da reconstrução de E. Nardi.

M. Marrone acredita que uma ação que induzisse o *magister navis* à retenção seria inconcebível no esquema de Sérvio. A *actio ex locato* − também segundo H.P. Benöhr

---

da massa credora, seria subtraído o valor pago a ele a título de contribuição (*compensatio*). A retenção é ainda um "mecanismo provisório", pois, segundo M. Marrone, *In materia di ritenzione*, cit., p. 83, no esquema apresentado por E. Nardi, à pretensão que fosse protegida, no período republicano, apenas com a retenção, seria, no tardo-clássico, concedida uma ação.

[29] H.P. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, cit., p. 99 (= § 17). No mesmo sentido, parece estar A. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici*, cit., p. 260, nt. 18, o qual acredita que a retenção pode ser exercida livremente pelo *magister navis*, mas, se não o fizer, a *actio ex locato* pode o obrigar a tal.

[30] O fato da retenção ser anterior às *actiones ex locato* é também intuído por A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 206.

[31] L. Vacca, *La responsabilità del nauta per il 'iactus mercium levandae navis gratia' nel diritto romano classico*, in *Studi per Dante Gaeta*, Milano, 1984, p. 589. Ela acredita que, com isso, o *magister navis* já estaria isento de qualquer responsabilidade no período republicano. Porém, sua proteção é visivelmente prejudicada por falta de uma ação que tutelasse sua pretensão.

[32] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., p. 457.

[33] M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, cit., p. 174.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

(mas não necessariamente posterior) e R. Richichi[34] − teria por objeto apenas a indenização de uma parte dos danos.

A construção dessa frase com *ut* deve ser justinianéia, e, assim, também é o fato do processo, com base na *actio ex locato*, ficar suspenso para que o *magister navis* exercesse a retenção[35].

A. Bürge explica que a instauração da *Gefahrengemeinschaft* (= comunhão de riscos), no esquema de Sérvio, acontece no momento em que o *magister navis* é demandado *ex locato* e não quando efetivamente retém os bens[36]. Em outras palavras, parece inadequada a opinião de H.P. Benöhr, pela qual o *magister navis* só sofreria as ações, se não retivesse as mercadorias. É necessário que o seja, pois, se não, a comunhão de riscos não se estabelece e a retenção do *magister navis* poderá não ser, no procedimento, legítima.

É claro que E. Nardi deixa, em seu modelo, o *magister navis* sem uma defesa específica (segundo ele, desnecessária), caso os membros da massa devedora demandem *ex locato* para reaverem suas coisas, mas sem pagar a contribuição[37]. Em sentido oposto, E. Costa acredita que ele se vale de uma *exceptio doli* para justificar a retenção das mercadorias[38].

F. De Martino ainda considera que o direito de retenção do *magister navis*, previsto por Sérvio, refira-se somente à hipótese de existir uma cláusula no contrato de transporte, pela qual, se ocorresse o alijamento, o *magister navis* poderia se defender com uma *exceptio pacti conventi* dos membros da massa passiva, que quisessem suas mercadorias. Essa seria a justificativa de seu direito de retenção[39].

---

[34] R. Richichi, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, cit., pp. 151-152.

[35] A leitura do texto como apresentado no Digesto, de fato, faz a retenção depender da *actio ex locato.* Cfr. A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, cit., p. 53; e H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 279 (= § 4).

[36] A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 206.

[37] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, cit., pp. 136-137, 141-142. Para ele, a retenção do *magister navis* independe da *exceptio doli*.

[38] E. Costa, *L'exceptio doli*, cit., p. 65. No mesmo sentido, parece estar G.C. Groskopff, *Zur Lehre vom Retentionsrechte*, Oldenburg, 1858, p. 34 (= § 6). M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, cit., p. 170, e Id., *In materia di ritenzione* cit., p. 87, não é contra a utilização da *exceptio doli*, pelo *magister navis*, mas acredita que seria ineficaz, já que esse poderá ser condenado pelos membros da massa credora na *actio ex locato*. Na realidade, há aqui certa confusão em M. Marrone, pois a *exceptio doli* evita as *actiones ex locato* dos devedores.

[39] F. De Martino, *Lex Rhodia – Note di diritto romano marittimo*, II, in *Diritto, economia e società nel mondo romano – Diritto privato*, II, Napoli, 1995, p. 319 (= *Lex Rhodia*, II, in A. dell'Agli, T.S. Vigorita (coords.), *Diritto e società nell'antica Roma*, II, Roma, 1982; e, in *Riv. Dir. Nav.*, 1938, IV); e Id., *Lex Rhodia – Note di diritto romano marittimo*, III, in *Diritto, economia e società nel mondo romano – Diritto privato*, III, Napoli, 1995, p. 367 (= *Lex Rhodia*, III, in A. dell'Agli, T.S. Vigorita [coords.], *Diritto e società nell'antica Roma*, II, Roma, 1982; e, in *Riv. Dir. Nav.*, 1938, IV). Sobre a validade dessas *exceptiones* na retenção, também M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996^2, p. 262 (= § 35). F. De Martino propõe, assim, a seguinte reconstrução da passagem: *Servius quidem respondit <magistrum ceterorum merces retinere posse et pacti conventi exceptione tuendum>* (= Sérvio com

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Embora o motivo da retenção varie nesses autores (desde o *iudicium bonae fidei* de E. Nardi até a *exceptio pacti conventi* de F. De Martino), no esquema republicano não se sabe qual procedimento é anterior: a retenção ou as *actiones ex locato* dos membros da massa credora, que pretendem obter a indenização dos danos sofridos[40]. Porém, é indispensável que o *magister navis* sofra essas ações, para que, entre todos, a comunhão de riscos instaure-se e a retenção seja legítima.

A posição do magister navis é, aqui, juridicamente ineficiente e antieconômica, por sucumbir nas actiones ex locato dos membros da massa credora[41], por não manter uma relação entre a comunhão de riscos e a retenção − aquela poderia ser um fundamento plausível desta − e por não poder, ainda, cobrar daqueles da massa devedora. A retenção, nesse período, deve ser usada por ser o único mecanismo de defesa. Caso contrário, o magister navis estará absolutamente desprotegido e corre o risco de arcar sozinho com o valor das mercadorias perdidas no alijamento (mesmo se existir a comunhão de riscos).

2.2. Esquema tardo-clássico (Paulo)

Si laborante nave − agere potest é a descrição (inicial) do esquema de Paulo[42].

Os donos das mercadorias perdidas agem *ex locato* contra o *magister navis*, e este, por sua vez, *ex conducto* contra os membros da massa passiva[43].

---

certeza respondeu que o *magister navis* pode reter as mercadorias dos demais e deve se defender por meio da exceção de pacto). Segundo E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., pp. 412 e 415, F. De Martino prevê este pacto (cláusula no contrato de transporte) para justificar a *actio ex conducto* no esquema de Paulo. Para E. Nardi, não há essa necessidade, já que, na locação, a *actio ex conducto* decorre do fato de ser essa um contrato de boa-fé.

[40] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., p. 415.

[41] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, cit., pp. 74-75. A. Burdese, *rec.* a E. Nardi, cit., pp. 188-189, afirma que, além da retenção não solucionar a fragilidade do *magister navis* – como, em parte, E. Nardi parece supor, ao negar a possibilidade da *exceptio doli* –, os membros da massa devedora poderiam simplesmente mover uma *actio ad exhibendum* ou uma *rei vindicatio*.

[42] M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, cit., p. 172; e M. Miglietta, *«Servius respondit» – Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena*, I, cit., p. 264.

[43] J. Brunnemann, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, I, cit., p. 627; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano* (1946), Milano, 1972[4], pp. 505-506 (= § 122); A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964[2], p. 546; E. Chevreau, *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, cit., p. 75; A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, cit., p. 54; E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains* (1917), Paris, 1928[2], p. 489; P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1911[5], pp. 574-575; H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 278 (= § 4); G. Longo, s.v. *Lex Rhodia de iactu*, in *NNDI*, IX, Torino, 1957, p. 817; P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe – Droit maritime)*, cit., p. 190; A. Pókecz Kovács, *Les problèmes du 'iactus' et de la 'contributio' dans la pratique de la lex Rhodia*, p. 185; I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, cit., pp. 132-133 (= § 16); R. Richichi, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, cit., pp. 149-151; e G. Tedeschi, *Il diritto marittimo dei romani comparato al diritto marittimo italiano*, cit., pp. 208-209.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

J.J. Aubert afirma que Paulo exige três requisitos para que o *vector* possa se utilizar da *actio ex locato*: a realização do alijamento; a onerosidade do transporte (o gratuito − gracioso ou clandestino − é excluído); e os *vectores* serem *amissarum mercium domini* (= proprietários das mercadorias perdidas), ou seja, nem todos os *vectores* podem utilizar dessa ação[44].

Assim, o texto determina que somente os *vectores*-proprietários poderiam demandar *ex locato* e sofrer as *actiones ex conducto*[45]. Porém, essa é a única passagem de D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) − e de D. 14.2 − em que essa qualidade é exigida. No resto de D. 14.2.2 pr., requer-se apenas que sejam *vectores*, no sentido, quase sempre, de passageiros. A explicação dessa exigência ao início do texto, e não depois, relaciona-se com a modalidade do transporte[46].

A *actio ex conducto*, segundo H. Kreller, funciona como um "direito de regresso" do *magister navis* contra os membros da massa passiva. Em D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*), afirma-se que *amissarum mercium domini [...] ex locato [...] agere debent* (= os proprietários das mercadorias perdidas *devem* demandar *ex locato*) e (somente assim) *is [...] ex conducto [...] agere potest* (= ele [o *magister navis*] *pode* demandar *ex conducto*)[47].

Entretanto, esse raciocínio pode implicar um ônus descomunal ao *magister navis*, como fizeram E.N. Di Lamporo[48] e R. Richichi[49]. Eles entendem que este será condenado nas *actiones ex locato* e − *só depois* de ressarcir os membros da massa credora − aciona os da devedora para repartir o dano.

---

[44] J.J. Aubert, *Dealing with the Abyss: The Nature and Purpose of the Rhodian Sea-Law on Jettison (Lex Rhodia De Iactu, D. 14, 2) and the Making of Justinian's Digest*, in J.W. Cairns, P.J. du Plessis (coords.), *Beyond Dogmatics – Law and Society in the Roman World*, Edinburgh, 2007, p. 161.

[45] R. Richichi, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, cit., pp. 160-161.

[46] Como significado de "passageiro", *vector* aparece em três frases: *ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus*; *quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant?* (J.M. Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.e siècle*, I, Paris, 1828, p. 105 [= *Us et coutumes de la mer, ou collection des usages maritimes des peuples de l'Antiquité et du Moyen Age*, I, Paris, Royale, 1847], acredita que aqui poderia ser tanto comerciantes como passageiros); e *sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt*. A exceção é *ut ceterorum vectorum merces retineat*, onde *vector* significa "comerciante" e provavelmente "proprietário de mercadorias". Parece válida também a observação de S. Solazzi, *Appunti di diritto romano marittimo – Le azioni contro il nauta*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1936, II, pp. 130-131, segundo o qual este último sentido é sinal de uma alteração no texto. Essa variação relaciona-se com a natureza do transporte envolvido, de passageiros (que nem poderiam ser proprietários de mercadorias, pois não as tem), nas três primeiras frases, e de mercadorias, nesta última (no qual se pode exigir também a qualidade de "proprietário").

[47] H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., pp. 278 e 279 (= § 4). No mesmo sentido, A. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione*, cit., p. 260. Segundo H. Kreller, o dever do *magister navis* aumenta consideravelmente, pois agora não basta só reter as mercadorias, já que Paulo concede a ele também uma ação. Porém, também sua proteção foi reforçada.

[48] E.N. Di Lamporo, *De lege Rhodia de jactu (Dig. 14, 2)*, cit., p. 354.

[49] R. Richichi, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, cit., p. 150.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Dessa forma, o *magister navis* suportaria, em um primeiro momento, todo o dano, o que não só viola uma divisão econômica ideal[50], como o faria responder − contra D. 14.2.2.6 (Paul. 34 *ad ed.*)[51] − pela eventual insolvência dos devedores[52].

Segundo E. Nardi, essa é uma interpretação errada. O verbo *debere* significa que os proprietários das mercadorias perdidas somente têm a *actio ex locato*, enquanto, pelo *posse*, a *actio ex conducto* é apenas um dos mecanismos de defesa do *magister navis*[53].

A frase *immo etsi non retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus* trata justamente da possibilidade de o *magister navis* cumular seu direito de retenção com outro meio de defesa.

Três são as alterações dessa passagem que aparecem nos principais manuscritos e edições, ou que são, ainda, sugeridas pela doutrina.

A primeira é *etsi* (= ainda que) ou *et si* (= e se)[54].

Em seguida, a presença ou ausência do *non* com a variação possível do verbo *retineat*[55].

---

[50] R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, p. 264, acredita que existe uma lógica econômica na responsabilidade pelos danos ocasionados nos desastres marítimos. Dessa forma, assim como o naufrágio não é de responsabilidade do transportador marítimo, o alijamento não poderia o onerar excessivamente.

[51] *Si quis ex vectoribus solvendo non sit, hoc detrimentum magistri navis non erit: nec enim fortunas cuiusque nauta excutere debet* (= Se algum dos *vectores* – comerciantes ou passageiros – não for solvente, este prejuízo não será do capitão da embarcação. E nem, pois, o armador deve examinar o patrimônio de cada um [deles]). Porém, não parece que o *magister navis*, como afirmou G. Tedeschi, *Il diritto marittimo dei romani comparato al diritto marittimo italiano*, cit., pp. 208-209, possa se liberar de participar da liquidação do alijamento, transferindo suas ações aos membros da massa credora.

[52] Para W. Ashburner, *Νόμος Ῥοδίων ναυτικός. The Rhodian Sea-law edited from the manuscripts*, cit., p. CCLV, a responsabilidade do *magister navis* é do que ele consegue obter dos membros da massa devedora.

[53] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., p. 414. F. De Martino, *Lex Rhodia*, III, cit., pp. 318-319, defende que o verbo *posse* é um sinal da existência de uma cláusula no contrato de transporte para que o *magister navis* pudesse acionar *ex conducto* os membros da massa passiva. Assim, o texto poderia ser reconstruído: *[...] quorum merces salvae sunt ex conducto <si convenerit damnum communicandum esse> agere potest* (= [...] [o *magister navis*] pode demandar *ex conducto* contra os demais, cujas mercadorias foram salvas, se tiver convencionado que o dano tem de ser dividido).

[54] Variação encontrada em F. Accursio, *Glossa* cit. (nota 59), p. 1431; e também no manuscrito apresentado por V. Scialoja, *A proposito del fr. 2 pr. De lege Rhodia 14, 2. Notizia*, in *AG*, 1882, XXVIII, pp. 80-81 (= *Studi giuridici*, I). Este último é um pergaminho, que se encontra em péssimas condições e no qual somente partes das duas faces externas podem ser lidas. Ele teria sido usado por um artesão, do século XVIII, como capa e contracapa da edição de um *Statuto* da cidade de Fano, redigido por Antonio Negusanzio (1465-1528). Sua autoria é desconhecida, mas é acompanhado das glosas de F. Accursio e talvez pertença ao século XIV. Na primeira face externa, que nos importa, encontram-se, de forma incompleta, os últimos textos do título *De exercitoria actione* (D. 14.1), a rubrica *de lege rodiana de iactu* (D. 14.2; escrita exatamente dessa forma), D. 14.2.1 (Paul. 2 *sent.*), e D. 14.2.2 pr.-1 (Paul. 34 *ad ed.*), até a frase *voluntate vectorum vel propter aliquem metum id*.

[55] Em T. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berlin, 1870, p. 419, quatro opções são apresentadas. No texto principal, lê-se *etsi retineat* e o *non* está no rodapé (como em A. Kriegel, M. Kriegel, *Corpus iuris civilis*, Lipsiae, 1858 [nota 12], p. 255), o que destoa de P. Krüger, T. Mommsen, *Corpus*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

A terceira refere-se à expressão *ultro ex locato*[56].

Ao se ter essas três em consideração, o verbo *retinere* estaria em uma oração concessiva ou condicial, afirmativa ou negativa, e o advérbio *ultro* acrescenta sempre a possibilidade de uma ação, cuja legitimidade ativa é do *magister navis*[57].

Embora as incertezas gramaticais, a questão é estritamente técnica, ou seja, se no tempo de Paulo o *magister navis* poderia ou não utilizar da retenção em conjunto com uma ação que tutelasse efetivamente sua pretensão.

---

iuris civilis – Digesta – Institutiones, I, Berlin, 1973[13], p. 220, onde se encontra o contrário. O *non* está originalmente em G. Haloander, *Digestorvm* cit. (nota 84), p. 511. A segunda opção está no manuscrito de Florença e na primeira correção de Lípsia, no qual aparece somente *retineat.* Nas primeiras correções do Vaticano e de Paris, lê-se *non retineamus* (= nós [capitães da embarcação] não retenhamos). A última possibilidade é *non retineat*, na segunda correção do manuscrito de Paris, de Lípsia e do Vaticano, e no manuscrito de Pádua, onde ainda se lê *non est hoc non pi(sae)* (= não ocorre isso, não no [manuscrito] de Pisa). Cfr., também, A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, cit., p. 53; J.M. Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.e siècle*, I, cit., p. 105; e H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 276 (= § 4).

[56] Essa passagem, que se refere à *actio ex locato* e não à *ex conducto*, pode ser explicada pela modalidade de transporte envolvido, que, aqui, é o de passageiros. A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, cit., pp. 55-56, defende que pode ser lido tanto *actio ex locato* como *ex conducto*. Paulo, segundo ele, desejou mostrar que, dependendo da modalidade do transporte, o *magister navis* é credor ou devedor. Porém, somente com o *non* a frase *quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant?* poderia ser explicada como transporte de passageiros. Esse trecho é do período clássico para H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 284 (= § 4), mas G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, pp. 61-69; e Id., *Beiträge IV*, cit. (nota 105), p. 130, é contrário, pois ele se opõe à frase *corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse* (= não pode ser feita a estimação dos corpos das pessoas livres) (D. 14.2.2.2 [Paul. 34 *ad ed.*]). Um passageiro que perde a bagagem não poderia responder por uma parte da contribuição, calculada com base em seu próprio corpo (E. Levy, E. Rabel (orgs.), *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, p. 236). Na verdade, toda a parte *immo – conduxerunt* parece ter sido profundamente alterada. Cfr., entre outros, A. Berger, s.v. *Jactus*, em *PWRE*, IX.1, 1914, col. 547; B. Biondi, *Iudicia bonae fidei*, in *AUPA*, 1918, VII, pp. 83-84; F. De Martino, *Lex Rhodia*, II, cit., pp. 316-317; E.N. Di Lamporo, *De lege Rhodia de jactu (Dig. 14, 2)*, cit., p. 358; R. Richichi, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, cit., p. 157; S. Solazzi, *Glosse a Gaio*, in *Studi per Salvatore Riccobono*, I, Palermo, 1936, p. 158; e L. Vacca, *La responsabilità del nauta per il 'iactus mercium levandae navis gratia' nel diritto romano classico*, cit., p. 589. O texto é tão remanejado nessa parte que, para F. De Martino, *Lex Rhodia – Note di diritto romano marittimo*, I, in *Diritto, economia e società nel mondo romano – Diritto privato*, I, Napoli, 1995, p. 296 (= *Lex Rhodia*, I, in A. dell'Agli, T.S. Vigorita (coords.), *Diritto e società nell'antica Roma*, II, 1982; e, in *Riv. Dir. Nav.*, 1937, III), nem todas as alterações poderiam ser atribuídas a Triboniano. A gl. *ex locato* (*ex locato cum magistro navis agere debent*) a D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*), já se referia à mudança da posição de credor e devedor, dependendo da modalidade do transporte: *Hoc verbum promiscue accipitur hac [...] qui nauem locat dicitur locator quo ad nauem: e conductor quo ad merces vehendas. Sic econtra vector dicitur locator quo ad merces; conductor quo ad nauem. vtrinquem ergo ex locato e ex conducto agi potest. Et idem dici potest in quolibet opere locato. [...] adhuc habet locum contributio* (= Esta palavra, por aqui [na *lex Rhodia*], é interpretada de forma confusa. [...] quem loca a embarcação, chama-se locador em razão dessa e locatário das mercadorias a serem transportadas. Assim, pelo contrário, *vector* diz-se locador em razão das mercadorias e locatário da embarcação. Ambos, logo, podem demandar *ex locato* e *conducto*).

[57] J.M. Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIIIe siécle*, I, cit., p. 105.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Com *immo*, o leitor esperaria uma opinião de Paulo que fosse diversa daquela de Sérvio[58]. Porém, como já afirmava F. Accursio, o jurista republicano e aquele tardo-clássico estão de acordo[59]. E *ultro* (além disso) acrescenta algo não previsto por Sérvio[60].

E. Nardi explica que Paulo concede uma ação ao *magister navis* − *ex conducto*, se transporte de mercadorias, e *ex locato*, se de passageiros − com base na boa-fé[61] e na *aequitas contributionis* (D. 14.2.5.1 [Hermog. 2 *iur. epit.*])[62].

Todas as ações previstas por esse jurista tardo-clássico têm por objeto o pagamento de parte do dano. A frase *ut detrimentum pro portione communicetur* é, até mesmo, redundante. Nesse contexto, a retenção e a ação concedida ao *magister navis* são suas duas possibilidades de defesa[63].

Para M. Marrone, não importa a presença ou ausência do *non*, em *immo etsi non retineat*. Segundo ele, a retenção deixa de existir ao final do período clássico e, em seu lugar, o juiz, ao condenar o *magister navis* (nas ações movidas contra ele), deveria "compensar" a quota da contribuição.

---

[58] H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., p. 279 (= § 4). Parece provável que a opinião de Sérvio começe apenas no ponto em que seu nome é mencionado (T. Mommsen, *Digesta*, I, cit., p. 419, anota que, nos manuscritos de Paris, Lípsia, Vaticano e Pádua, lê-se *Sed Servius* [= Mas Sérvio]). Porém, existe uma grande dificuldade em saber onde sua opinião acaba. Segundo J.J. Aubert, *Dealing with the Abyss: The Nature and Purpose of the Rhodian Sea-Law on Jettison (Lex Rhodia De Iactu, D. 14, 2) and the Making of Justinian's Digest*, cit., p. 164, ou seria no final do *principium* ou apenas em D. 14.2.2.2 (Paul. 34 *ad ed.*), devido à presença de *placuit* e de *ex conducto dominos rerum amissarum cum nauta*. Parece, no entanto, mais correta uma terceira possibilidade: a opinião de Sérvio está apenas na passagem *Servius – praestent* (A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, cit., p. 55; e R. Richichi, *Paul. D. 14. 2. 2 pr. e la contribuzione alle avarie comuni in diritto romano*, cit., pp. 149-151]. J.J. Aubert conclui que essa imprecisão foi feita intencionalmente para conferir maior autoridade ao texto de Paulo.

[59] Gl. *Servius* a D. 14.2.2 pr.: *Servius non aduersatur; sed addit* (= Sérvio não é contra, mas acrescenta"). No mesmo sentido, J.L. Zamora Manzano, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, cit., p. 189. Para F. De Martino, *Lex Rhodia*, II, cit., p. 318; e E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., p. 410, parte da crítica de Paulo a Sérvio foi cortada pelos pós-clássicos.

[60] E.N. Di Lamporo, *De lege Rhodia de jactu* cit. (nota 14), p. 359.

[61] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., pp. 410, 412, 414-415. Também, V. Arangio-Ruiz, *'Societas re contracta' e 'communio incidens'*, in *Studi per Salvatore Riccobono*, IV, Palermo, 1936, pp. 384-386. Não é, assim, necessário prever uma cláusula previamente no contrato para essa concessão (E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, III, cit., p. 25), como faz F. De Martino, *Lex Rhodia*, II, cit., pp. 318-319.

[62] F. De Martino, *Lex Rhodia*, III, cit., pp. 367-368.

[63] Antes de E. Nardi, já J. Brunnemann, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, I, cit., p. 627: «[...] Magister contra vectores, qvorum merces salvae, habet actionem e retentionem (= [...] o capitão contra os *vectores* – comerciantes ou passageiros –, cujas mercadorias foram salvas, tem ação [*ex conducto* ou *locato*] e retenção)».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Se não subtraísse esse valor, o *magister navis* seria legítimo para agir contra os demais. Apenas com os compiladores justinianeus que se teria retomado o instituto da retenção[64].

Dessa forma, M. Marrone − como E.N. Di Lamporo e R. Richich − também impõe ao *magister navis* um grande ônus[65].

Em sentido contrário a esses, F. De Martino[66] e E. Nardi[67] estão de acordo que o *magister navis* torna-se certamente um órgão de liquidação do alijamento no período pós-clássico (e parece que já desde Paulo). Em outras palavras, ele não responde diretamente pelos danos, com exceção de sua própria parte da contribuição (relativa à própria embarcação).

Para tanto ele deveria reter as mercadorias imediatamente e, assim que demandado pelos membros da massa credora e instaurada a comunhão de riscos − mantém-se até esta etapa o esquema de Sérvio[68] −, ele demanda os demais. Obtida a quantia, paga aos credores.

No mesmo sentido, C.A. Cannata afirma que, nas ações em que o *magister navis* é polo passivo, ele não é obrigado ao imediato pagamento da contribuição de todos os devedores, mas apenas o forçam, se não o fez, à retenção e reforçam sua legitimidade para os demandar[69].

Essa última interpretação parece ser a mais adequada, uma vez que Paulo preenche a falta de uma ação direta do *magister navis* e evita o seu prejuízo direto e imediato.

Não faz sentido que ele arque com todo o dano previamente, nem com a eventual insolvência dos devedores (D. 14.2.2.6 [Paul. 34 *ad ed.*]).

---

[64] M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, cit., p. 174. A reconstrução do início do texto de D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*), no período de Paulo seria: *[...] si iudex autem rationem compensationis non habuerit, ex conducto adversus eosdem magister agere potest.* (= se o juiz, porém, não considerar [como] motivo de compensação, o capitão poderá demandar *ex conducto* contra os demais). No mesmo sentido, A. Burdese, *rec.* a E. Nardi, cit., pp. 189-190. Este último questiona a coexistência da retenção e da *actio contraria*. No alijamento, não se impõe este problema, já que a ação movida pelo *magister navis* é, a princípio, contra os devedores, e não contra os credores. Em outras palavras, embora sua legitimidade seja concedida ao *magister navis* demandado pelos credores, não é uma reconvenção na medida em que se refere a outra relação jurídica. O próprio M. Marrone não discorda que a retenção e as ações concedidas ao *magister navis* sejam mecanismos autônomos.

[65] Por essa possibilidade, A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., pp. 206-207, considera o esquema de Paulo mais desvantajoso que o de Sérvio. Também, H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechtes*, cit., pp. 278-279 (= § 4).

[66] F. De Martino, *Lex Rhodia*, III, cit., pp. 367-368.

[67] E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., pp. 409-410, p. 416; e Id., *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, II, cit., p. 74. Também, A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, cit., pp. 56-57; e L. Vacca, *La responsabilità del nauta per il 'iactus mercium levandae navis gratia' nel diritto romano classico*, cit., p. 589.

[68] A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 207.

[69] C.A. Cannata, *Le disavventure del capitano J. P. Vos*, cit., p. 396.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

J.L. Zamora Manzano sugere ainda que nem sempre há retenção a ser exercida, pois, no transporte de passageiros, não há mercadorias (embora possam existir bagagens).

Assim, dependendo da modalidade de transporte − e, no de pessoas, da ausência de bagagens −, não há que se falar nesse instituto e só a ação concedida ao *magister navis* importa[70]. Assim, a frase *immo etsi non retineat* pressupõe que não há o que ser retido.

A solução de Paulo para o alijamento parece ser, assim, mais desenvolvida[71] e abrange as modalidades do transporte marítimo com maior precisão[72]. O *magister navis* é, agora, um autêntico órgão de liquidação.

No de mercadorias, o *magister navis* "pode" − não "deve" − reter imediatamente aquelas. Ao ser demandado *ex locato*, instaura-se a comunhão de riscos e ele "pode" mover *actiones ex conducto* contra os membros da massa devedora para, após o pagamento, liberar a mercadoria para esses e indenizar os da credora.

No de passageiros, se não houver o que reter (bagagens), ele sofrerá as ações *ex conducto* dos membros da massa credora e a comunhão de riscos será instaurada. Em seguida, demanda *ex locato* os devedores e, recebida a quantia, indeniza os primeiros.

3. Conclusões: avarias grossas, *itinera* e YAR

A definição de avarias grossas de A. Vinnen, cujos elementos estão já presentes em D. 14.2, em especial o arremesso das mercadorias (ato de sacrifício extraordinário), o

---

[70] J.L. Zamora Manzano, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, cit., pp. 189-190. Também A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 207, acredita que a retenção torne-se inútil em algumas hipóteses de transporte, justamente por deixar de ser o único mecanismo concedido ao *magister navis*. Em outras, é mais cômodo manter o direito de retenção e o próprio texto é expresso nesse sentido: *plane commodius est, si sint, retinere eas* (= Evidentemente é mais cômodo que existam [bagagens], para que [o capitão] as retenha). Além de ser usual na linguagem coloquial (J. B. Hofmann, A. Szantyr, *Lateinische Syntax und Stilistik*, München, 1965, p. 171), construção idêntica é encontrada em Ulp. 28 *ad Sab.*, D. 18.6.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *[...] commodius est autem conduci vasa e nec reddi vinum [...] aut vendere vinum bona fide* (= [...] é mais cômodo, porém, os recipientes serem alugados [pelo vendedor] e não o vinho ser restituído [...] ou o vendedor [re-]vender o vinho conforme as cláusulas da boa-fé). De uma saída mais intrincada (em Ulpiano, o vinho ser restituído; em Paulo, o *magister navis* não ter o que reter e mover a *actio ex conducto* ou *locato*), apresenta-se uma outra, de longe, mais fácil (em Ulpiano, alugar os recipientes do vinho ou o revender; em Paulo, o *magister navis* reter as mercadorias). Cfr., também, W. Ashburner, *Νόμος Ῥοδίων ναυτικός. The Rhodian Sea-law edited from the manuscripts*, cit., p. CCLV; e J.M. Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.e siècle*, I, cit., p. 105.

[71] P. Benöhr, *Das sogenannte Synallagma* cit. (nota 24), p. 99 (= § 17).

[72] A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, cit., p. 207. Na hipótese dos devedores demandarem *ex locato* o *magister navis* para que ele devolva as suas mercadorias, parece que ele possa se valer da *exceptio doli* (A. Burdese, *rec.* a E. Nardi, cit., p. 190).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

risco de naufrágio (de perecimento), a finalidade e o nexo causal, hoje se encontram nas Regras de York e Antuérpia (YAR, sigla em inglês)[73].

Por meio da exegese de D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*), os *itinera* mostram que o *magister navis* fortaleceu-se com o tempo. No esquema republicano (Sérvio), a retenção era seu único meio para evitar um prejuízo pessoal, enquanto, no tardo-clássico (Paulo), tinha, ao lado dessa, a *actio ex conducto*, no transporte de mercadorias, e a *ex locato*, no de passageiros.

D. 14.2.2 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) representa o *iter* justinianeu. Esse nada mais é do que a consolidação do esquema de Paulo, que já apresentava forte unidade[74], com as modalidades de transporte previstas.

O *magister navis* torna-se, já no esquema tardo-clássico, um órgão de liquidação, que (quase) não tem prejuízos pessoais, com exceção, por óbvio, da quota por sua embarcação.

Duas alterações, consideradas justinianéias, mantêm essa ideia: o *ut* no lugar do clássico *et*, que deixa o esquema mais articulado (*ut ceterorum vectorum merces retineat*), ao relacionar a comunhão de riscos com a retenção; e a interpolação de *ultro ex locato*[75].

A ordem do texto, que começa com a opinião de Paulo − *Si laborante nave* − *agere potest* − e depois insere a de Sérvio − *Servius quidem respondit [...]* − parece também ser dos compiladores justinianeus[76].

A confusão de onde começa e termina a opinião de cada um desses juristas romanos foi desejada pelos compiladores, não apenas para conferir autoridade ao texto[77], mas também para incrementar o esquema de Paulo, de forma mais articulada, no período justinianeu.

Em todos os três esquemas, o *magister navis* é o único ponto em comum entre todos os envolvidos no alijamento.

---

[73] Deve ser dado destaque à Regra A: *There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure. [...]* (= Há um ato de avaria grossa se, e somente se, qualquer sacrifício ou gasto extraordinário é feito ou realizado intencional e razoavelmente para o salvamento comum e com o objetivo de proteger de um perigo os bens envolvidos em uma expedição marítima comum. […]). Sobre a comprovação dos elementos relativos às avarias grossas na *lex Rhodia* e nas atuais codificações e compilações de Direito Marítimo, cfr. R.L. Vaz Sampaio, *Responsabilidade civil e avarias grossas (YAR e UNCLOS)*, in W. Menezes (org.), *Direito do mar – Desafios e perspectivas*, Belo Horizonte, 2015, pp. 412-426.

[74] A. De Schryver, *Commentaire de la loi Rhodia de iactu*, cit., p. 56.

[75] A primeira, segundo E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., p. 450. A segunda, de acordo com F. De Martino, *Lex Rhodia*, II, cit., p. 316.

[76] M. Marrone, *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, cit., p. 172.

[77] J.J. Aubert, *Dealing with the Abyss: The Nature and Purpose of the Rhodian Sea-Law on Jettison (Lex Rhodia De Iactu, D. 14, 2) and the Making of Justinian's Digest*, cit., p. 162.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

Sua posição não é apenas fundamental, como indispensável. Os juristas romanos aumentaram os seus meios de defesa com o tempo, a fim de que não sofresse um prejuízo descomunal e injustificável.

Ponto fundamental é, assim, as garantias que existem para o capitão no procedimento de liquidação das avarias grossas (ação de contribuição ou de avaria comum[78]), em especial o direito de retenção (que remonta ao esquema republicano de Sérvio).

Segundo os arts. 784 e 785 do C. com. brasileiro[79], o capitão pode exigir uma fiança idônea dos consignatários da carga e, em caso de recusa, depósito judicial dos efeitos comerciais. O capitão não pode, no entanto, reter a mercadoria[80].

Recentemente, duas alterações legislativas fortaleceram a posição do capitão de forma semelhante.

A primeira, na Alemanha, após a *SeeHaRefG* (*Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts*) [= Lei para a Reforma do Direito Comercial Maritimo] (20 de abril de 2013), que reforçou, pelo § 594, 5 do HGB (*Handelsgesetzbuch*)[81], os §§ 615 e 731 revogs.[82], e prevê a retenção das mercadorias. O capitão é, pelo HGB, "obrigado" a reter

---

[78] Nas palavras de F. Berlingieri, *Delle avarie e della contribuzione nelle avarie comuni*, Torino, 1888, p. 293 (= n. 192), *azione d'avaria comune o di contribuzione* [= ação de avaria comum ou de contribuição]. A terminologia varia e, no art. 481 do C. nav. (*Codice della navigazione*), por exemplo, lê-se *azione per contribuzione alle avarie comuni* [= ação para contribuição por avarias comuns].

[79] Respectivamente, *O capitão tem direito para exigir, antes de abrir as escotilhas do navio, que os consignatários da carga prestem fiança idônea ao pagamento da avaria grossa, a que suas respectivas mercadorias forem obrigadas no rateio da contribuição comum.*; e *Recusando-se os consignatários a prestar a fiança exigida, pode o capitão requerer o depósito judicial dos efeitos obrigados à contribuição, até ser pago, ficando o preço da venda sub-rogado, para se efetuar por ele o pagamento da avaria grossa, logo que o rateio tiver lugar.* No *Codice della navigazione* parece não existir qualquer indício de garantia que pudesse ser exigida pelo capitão. Porém, F. Berlingieri, *Delle avarie e della contribuzione nelle avarie comuni*, cit., p. 305 (= n. 198), afirma que essa ausência não significa que aquela não possa ser requerida pelo capitão. Na prática, para se obter a imediata entrega das mercadorias, existe, no mínimo um depósito feito em garantia ao valor da quota da contribuição.

[80] J.C. Sampaio Lacerda, *Curso de Direito privado da navegação – Direito marítimo*, cit., p. 245 (= n. 192).

[81] *Der Kapitän darf die Sachen (Treibstoff und Ladung), an denen Pfandrechte nach Absatz 1 bestehen, vor der Berichtigung oder Sicherstellung der Beiträge nicht ausliefern. Liefert der Kapitän die Sachen entgegen Satz 1 aus, so haftet er für den Schaden, der den Vergütungsberechtigten durch sein Verschulden entsteht. […]* (= É permitido ao capitão não entregar as mercadorias [combustível e carga], nas quais existem direitos de penhor, segundo o § 1º, antes do pagamento ou garantia das quotas da contribuição. Se o capitão entrega as mercadorias de forma contrária ao § 1º, ele responde pelo dano, que se origina, em razão de sua culpa, aos que tem direito ao ressarcimento. […]). Parece ser possível fazer a leitura desta passagem, da mesma forma que G. Schaps, *Das deutsche Seerecht*, in M. Mittelstein, J. Gebba (orgs.), *Kommentar zum vierten Buche des Handelsgesetzbuchs*, I, Berlin, 1921, p. 668. Trata-se da descrição do *Zurückbehaltungsplifcht des Schiffers* (= dever de retenção do capitão).

[82] Respectivamente, *Der Verfrachter ist nicht verpflichtet die Günter früher ausziliefern, als bis die darauf haftenden Beiträge zur Großen Haverei […] bezahlt oder sichergestellt sind* (= O fretador não é obrigado a entregar antecipadamente as mercadorias, salvo se as quotas de contribuição para avarias grossas […] são pagas ou garantidas); e *Der Schiffer darf Güter […] vor der Berichtigung oder Sicherstellung der*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

as mercadorias, até o pagamento da quota da contribuição ou até que seja prestada garantia equivalente, sob pena de arcar com o prejuízo ocasionado.

A segunda, na França, no art. 5133-18 do *Code de transports*, pelo qual o capitão pode negar a entrega das mercadorias (logo, retê-las) até o pagamento da contribuição devida ou caução equivalente[83].

Com o intuito de proteger a todos no procedimento de liquidação das avarias grossas, a Regra XXII das YAR 2004 prevê depósito de quantia, em conta nominal tanto do representante do armador quanto daquele dos depositantes, para garantir o pagamento dos membros da massa credora[84].

Trata-se, portanto, essas garantias, baseadas em uma comunhão de riscos, de exemplo da recepção, por parte do Direito Uniforme, da *lex Rhodia* como conjunto específico de usos e costumes marítimos, sedimentados aos poucos no *mare nostrum*[85]; e retrata também, em parte, a sugestão metodológica de O. Gierke de instigar uma leitura *una* dos conceitos jurídicos, porém, aparentemente, de forma mais efetiva[86].

---

letzteren nicht ausliefern, widrigenfalls er […] für die Beiträge persönlich verantwortlich wird (= É permitido ao capitão não entregar as mercadorias […] antes do pagamento ou garantia das últimas, de outra forma ele será pessoalmente responsável pelas quotas da contribuição).

[83] *Le capitaine peut refuser de délivrer les marchandises et demander leur consignation jusqu'au paiement de la contribution qui leur correspond sauf caution suffisante de l'ayant droit* (= O capitão pode recusar a entregar as mercadorias e exigir sua retenção até o pagamento da contribuição que lhe corresponde, salvo caução suficiente do beneficiário).

[84] *Where cash deposits have been collected in respect of cargo's liability for general average, […] such deposits shall be paid without any delay into a special account in the joint names of a representative nominated on behalf of the shipowner and a representative nominated on behalf of the depositors in a bank to be approved by both. The sum so deposited together with accrued interest, if any, shall be held as security for payment to the parties entitled thereto of the general average […]* (= Quando os depósitos em espécie forem recebidos em garantia à responsabilidade da carga por avarias grossas […], esses depósitos devem ser pagos, sem qualquer atraso, em uma conta nominal conjunta do representante designado pelo armador e do representante designado pelos depositantes, em um banco a ser aprovado por ambos. A soma assim depositada, em conjunto com os juros obtidos, se houverem, deve ser conservada a título de garantia para o pagamento dos beneficiários em razão das avarias grossas […]).

[85] Para J.M. Sestier, *La piraterie dans l'Antiquité*, Paris, 1880, p. 243, somente com Augusto, que livrou o Mar Mediterrâneo dos piratas, pode-se falar de *mare nostrum*. A expressão *(in) nostro mari* (= no nosso mar) ocorre contemporaneamente em Caes., *Gall.*, 5.1; e Sall., *Iug.*, 18.5.

[86] O. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, p. 6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642

https://doi.org/10.55104/FRDC_0642