

5. TRANSPORTE: TERRESTRE, MARÍTIMO Y FLUVIAL

Contrato de Transporte marítimo (Direito romano justinianeu) e Breves reflexos no direito português

Antonio Santos Justo
Universidade de Coimbra

1. NOTA PRÉVIA

A opção pelo estudo do contrato de transporte marítimo no direito romano de Justiniano tem naturalmente a sua *ratio*: foi o direito do *Corpus Iuris Civilis* que influenciou decisivamente os direitos europeus e de outros países que a linha jurídica romana alimentou e continua a vivificar¹.

Depois, e consequentemente, é o *ius* que, podendo suscitar imediatamente o interesse do jurista actual não romanista no conhecimento do direito positivo, permite afastar o isolamento a que a orientação historicista, excessivamente preocupada com a crítica interpolacionística na restauração das fontes clássicas, tem condenado o direito romano e os seus cultores².

1 Como mero exemplo do repositório de soluções que o direito romano continua a oferecer referimos o direito de superfície recentemente consagrado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo (novo) Código Civil de 2002. Também em Portugal, o direito de superfície foi ignorado até ao Código Civil de 1867 que o admitiu só em relação a árvores alheias em terreno próprio e apenas com o propósito de extinguir essa situação. Depois, em 1948, foi acolhido como direito real, mas ainda num âmbito muito limitado: só podia ser constituído pelo Estado, autarquias locais e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, em terrenos do seu domínio privado. E foi apenas no Código Civil de 1966 que o seu âmbito geral se consagrou definitivamente. Ou seja, só recentemente os direitos português e brasileiro recorreram ao direito de superfície, cujas marcas são profundamente romanas: obnubilado durante vários séculos, este direito ressurgiu para satisfazer, agora, necessidades que outrora tinham justificado a sua criação pela *iurisprudencia* romana. A. SANTOS JUSTO, *O direito luso-brasileiro. Codificação civil*, in BFDC LXXIX, 2003, 31-33.

2 A. SANTOS JUSTO, *A crise da romanística*, in BFDC LXXII, 1996, 13 ss.

Afastamos, portanto, a época clássica como objectivo primário do nosso estudo sem, todavia, deixarmos de lhe fazer as referências necessárias à devida compreensão do contrato de transporte marítimo na época justinianeia, que sabemos marcada pelo classicismo e, destarte, herdeira da *iuris scientia* dos venerandos jurisconsultos romanos³.

Não se ignora que a figura jurídica, que nos propomos abordar, constitui um *mare magnum* de problemas que até hoje não encontraram solução. Quer na época clássica quer no direito justinianeu, não faltam teorias sobre os aspectos mais diversos, fundadas, quase sempre, em hipóteses que as fontes não confirmam nem infirmam e se apoiam em interpolações que, sem rigor científico, se fazem e logo desfazem.

Por isso, ARANGIO-RUIZ disse que o regime da responsabilidade do transportador marítimo é “un vero semenzaio di controversie”⁴. Léon-Robert MÉNAGER observa que “les vues de Justinien aient conduit le regime des transports maritimes à un monstre juridique”⁵. E VAN OVEN escreveu que “les textes du *Corpus Iuris* concernant la responsabilité des *nautae* et *exercitores* sont embrouillés, ténébreux, sinon énigmatiques”⁶.

São vozes autorizadas. Porém, se, como reconhece SARGENTI a propósito da responsabilidade do *nauta*, “vi sono aspetti che sono lontani dell’esser sufficientemente e soddisfacentemente chiariti”⁷ e, se não há livro, por muito gasto que esteja, que não consinta mais uma leitura, parece justificar-se a nossa

3 Nas palavras do nosso Mestre, Sebastião CRUZ, “a característica principal (da época justinianeia) é a actualização e compilação do *Ius Romanum* na forma tendente a seguir o clássico”. E, sobre Justiniano, escreve: “Esforçou-se por criar uma legislação, própria para resolver os problemas da sua época, utilizando ao máximo a literatura jurídica clássica”. S. CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*. I. Introdução. Fontes⁴, Coimbra, 1984, 51 e 452.

4 ARANGIO-RUIZ *apud* L. MÉNAGER, “*Naulum*” et *receptum rem salvam fore*, in *RHDFÉ* 38, 1960, 178.

5 L. MÉNAGER, *ibidem* 411.

6 J. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, in *RHD* XXIV, 1956, 137.

7 M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell’exercitor navis in diritto romano*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milão, 1953, 553.

teimosia por um tema cujos aspectos têm sido invocados ora para comparar com o direito actual⁸, ora para conhecer as suas raízes⁹.

2. ANTECEDENTES

Na conhecida expressão lapidar de HERMOGENIANUS, “*hominum causa omne ius constitutum*”¹⁰; por isso, a dinamização do transporte marítimo que, em Roma, se tornou necessária a partir de determinado momento¹¹, exigia uma resposta jurídica adequada à resolução dos novos e crescentes problemas.

O *Corpus Iuris Civilis* apresenta-nos vários instrumentos processuais, mas não diz quando, por que foram criados e, pelo menos em relação a alguns, silencia o seu campo de aplicação. Aliás, uma das críticas dirigidas aos compiladores de Justiniano é a de que, em vez de consagrarem um contrato de transporte marítimo tutelado por uma única *actio*, conservaram as diversas *actiones* dos tempos antigos e, por isso, “ils ont cause désarroi du droit maritime romain qui a tant fait souffrir les juristes de tous les siècles”¹².

8 Assim, Francesco Maria DOMINEDO considera que “il concetto di armatore, avendo superato la caratteristica involuzione degli istituti del diritto intermedio, sta particolarmente a rappresentare un felice ritorno alle origini. Di qui la possibilità de un raffronto fra la nozione ulpiana dell'*exercitor* e la moderna definizione dell'armatore”. F. DOMINEDO, *Figura e responsabilità dell'armatore*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Milão, 1956, 587.

9 Segundo MÉNAGER, “l'inaptitude des juristes romains à définir clairement la nature du contrat de transport maritime a pesé jusqu'à nos jours sur la conception dogmatique de l'affrètement”. E considera que a interpretação de POTHIER, “qui fait du transport sur mer un louage de choses est passée *verbatim* dans les articles 273 et 286 du Code de Commerce”. L. MÉNAGER, “*Naulum*”, cit. 184. Sobre a influência do direito justinianeu em POTHIER, no Código de Comércio de Napoleão e no Código Comercial italiano de 1865, cf. F. SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, in *BIDR LXVI*, 1963, 34; e L. MÉNAGER, *ibidem* 183-184.

10 D. 1,5,2.

11 Valerá a pena referir que os Fenícios e os Cretenses terão inventado o barco de grande tonelagem e a sua prática de locação de navios influenciou provavelmente o direito grego que a assimilou à locação de casa. J. DAUVILLIER, *Le contrat d'affrètement dans le droit de l'antiquité*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury II*, Paris, 1960, 98-99.

12 Transcrevemos VAN OVEN, *Actio de recepto*, cit. 157. Também, referindo BONFANTE, DE SANCTIS observa: “Quel che è peggio e che ha reso arduo il compito dell'interprete, è stato

Em consequência, não faltam as mais diversificadas hipóteses que as fontes não confirmam e, por isso, têm dividido a romanística: *v.g.*, a natureza e o campo de aplicação da *actio oneris averse*, da *actio furti adversus nautas* e da *actio damni adversus nautas*; o recurso à *locatio-conductio* e os efeitos jurídicos que produzia; a natureza, efeitos jurídicos, formalismo e a data da introdução do *receptum nautarum*; as fases por que terá passado a promessa de *recipere saluum fore*; a posição jurídica do *exercitor* e do *gubernator navis* e as funções que desempenhavam; a data em que ocorreu a recepção da *lex Rhodia*; o papel que a *bona fides* desempenhou nas *actiones locati et conducti*; a época em que foram introduzidos o conceito de *culpa* e a responsabilidade subjectiva do *nauta*; etc. São alguns dos muitos problemas que o direito dos transportes marítimos tem suscitado e cuja resposta unívoca jamais foi dada.

A *prudentia* recomenda que acolhamos a sábia *ars ignorandi* quando falte o suporte sólido das fontes¹³. Porém, há elementos que sugerem que, antes da época justinianeia, a evolução jurídica do contrato de transporte marítimo terá passado por três fases, separadas pelo *edictum de recepto* e pela *exceptio* dita *labeoniana*. Com efeito, se esta afastou a responsabilidade do *nauta* nos danos causados nas mercadorias transportadas por naufrágio ou ataque de piratas¹⁴, é porque anteriormente aquela responsabilidade era absoluta. E sê-lo-ia por efeito do *edictum* do pretor que prometia dar a *actio de recepto* contra os *nautae* que “*saluum fore receperint, nisi restituent*”¹⁵. Ora, se o *nauta* só respondia absolutamente quando, através de *receptum*, tivesse assumido essa obrigação, é porque, sem esse *pactum*, a sua responsabilidade era limitada.

E se agora procurarmos as fontes dessas obrigações, não parece difícil pensar numa evolução que terá marcado sucessivamente a *locatio-conductio*: primeiro, pura; depois, eventualmente (ou seja, nem sempre) ao lado de um *pactum* com que o armador garantia a entrega das mercadorias transportadas; e finalmente,

il fatto che i compilatori hanno lasciato accanto alle soluzioni nuove anche quelle vecchie creando così un vero rompicapo”. E. DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19,2 (Alfenus libro V digestorum a Paulo epitomatorum)*, in *SDHI* XI, 1945, 113.

13 Sobre a origem dos institutos, escreveu Álvaro D’ORS: “Creo que, como en tantas otras cuestiones de orígenes, debemos practicar la *ars ignorandi*”. E, no mesmo sentido, se pronunciou S. CRUZ. Cf. A. D’ORS, in *AHDE* 20, 1950, 901; e S. CRUZ, *Da “solutio” I*, Coimbra, 1962, 173.

14 D. 4,9,3,1.

15 D. 4,9,1 pr.

como contrato que incorporou este *pactum* que, assim, se transformou em seu elemento natural (*naturale negotii*).

Esboçada esta evolução, importará estudar o contrato de transporte na época justinianeia. Antes, porém, abordaremos a locação de navio.

3. LOCATIO-CONDUCTIO NAVIS

Constituindo uma verdadeira *locatio-conductio rei*, a locação de navio¹⁶ não era um contrato de transporte: o *dominus navis* limitava-se a locar um navio com ou sem *nautae* que, nas palavras de ULPIANUS, “*navis navigandae causa in nave sint*”¹⁷. O navio podia ser locado por uma ou várias pessoas¹⁸ e o frete designava-se *naulum*¹⁹.

Dir-se-á que partilhava, com o contrato de transporte de mercadorias, a mesma forma: a *locatio-conductio*, cuja estrutura é considerada unitária por certa doutrina, depois dos estudos de ARANGIO-RUIZ e, sobretudo, de BRASIELLO²⁰; por isso, o armador²¹ e o fretador eram considerados, respectivamente, *locator* e *conductor*²².

16 Nas palavras de HUVELIN, “le navire a son identité propre. Il porte un nom”; por isso, “il est toujours considéré comme le même corps, quelles que soient les réparations qu’il a reçues”. E, enquanto coisas, “les navires sont des biens mobiles comme les autres, et se rangent dans les *res nec mancipi*”. P. HUVELIN, *Études d’histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, Paris, 1929, 87.

17 D. 4,9,1,2. Utilizamos aqui a expressão *nautae* no sentido de “gente do mar”, ou seja, pessoas de diferentes classes, como *magister navis*, *gubernator navis*, remadores, etc. que se ocupavam da navegação de um navio. P. HUVELIN, *ibidem* 89.

18 D. 19,2,31. Segundo MÉNAGER, devia ser frequente que vários comerciantes se associassem na locação de um navio. E cita CATÃO que considerava preferível participar com 1/50 no carregamento de 50 barcos do que fretar um só navio e assumir os riscos. L. MÉNAGER, *o.c.* 182-183.

19 D. 20,4,6,1: -30,39,1.

20 A. SANTOS JUSTO, *A locação de coisa (locatio-conductio rei) no direito romano. Alguns reflexos no direito português*, in *Lusíada* 1 e 2, 2001, 611-613.

21 O armador (*exercitor*) era, como hoje, “il capo responsabile del esercizio” do navio. Cf. F. DOMINEDO, *Figura e responsabilità dell’armatore*, in *Studi in onore de Pietro De Francisci* II, Milão, 1956, 587. Este Autor considera que “il concetto di armatore (...) sta particolarmente a rappresentare un felice ritorno alle origini”.

22 D. 4,9,3,1; -14,1,1,3: -14,2,10,2; -19,2,61,1. Todavia, estas posições e as *actiones* que as tutelavam nem sempre se apresentam fixas: *u.g.*, o fretador de navio (*conductor*) é tutelado com

Este sentido da unidade parece confirmado pela dúvida de LABEO que opta pela concessão de uma *actio in factum* ao dono das mercadorias transportadas “*si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit*”²³. No entanto, se a distinção é pura questão de facto²⁴, a *iurisprudencia* romana não deixou de opor a locação de navio à locação de mercadorias para transportar, como adverte MÉNAGER, para quem “il est impensable que sous ces deux formes presque opposées on ait eu vue un contenu identique de prestations et de responsabilités”. E conclui: “En tant que simples bailleur, dans une *locatio navis*, le patron du navire est tenu de tout ce qui touche a l’état de son bâtiment e au sort de la navigation (du moins, se l’équipage a été fourni par lui; mais il ne saurait répondre de ce en quoi et pour quoi son bateau a été frété. Cette responsabilité supplémentaire, il ne l’assumera que lorsque son navire a été loué *ad onus vehendum*”²⁵.

A dualidade de regimes manifesta-se, embora nem sempre claramente²⁶, no plano da tutela processual em que, observa ainda MÉNAGER, além de o *dominus navis* gozar da *actio locati* e o locatário, da *actio conducti*, a *intentio* da fórmula da *actio* contra o armador que tenha locado só o navio incidia sobre um *quidquid ob eam rem dare oportet ex fide bona*, enquanto, se a *locatio-conductio* tivesse por objecto o transporte de mercadorias, a *intentio* da *actio locati* conteria um *quidquid ob eam rem facere ex fide bona*²⁷.

a *actio ex conducto locato* (D. 14,2,10,1); e, no transporte de mercadorias, a mesma *actio* (*ex locato*) é concedida tanto aos seus donos contra o *nauta* como a este contra aqueles (D. 14,22,2pr.). Por isso, a dificuldade em determinar se o fretador locava o navio ou as mercadorias para o *nauta* transportar (naquela hipótese, o fretador era o *conductor*; nesta, *locator*) levou LABEO a conceder uma *actio in factum* ao dono das mercadorias contra o *nauta* transportador: D. 19,5,1. J. DAUVILLIER, *o.c.* 102-103; U. BRASIELLO, *L’unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *RISG* II, 1927, 560; e L. MÉNAGER, *o.c.* 391122.

23 D. 19,5,1,1. A referência *civilem actionem in factum* não pode ser de LABEO nem de PAPINIANUS. Trata-se, como bem observou POKROWSKY, duma *contradictio in adiecto* absurda, porque remexe as noções dos juristas clássicos: é fruto do trabalho dos compiladores que introduziram, na *actio in factum*, o adjectivo *utilis*. A. SANTOS JUSTO, *A “fictio iuris” no direito romano (“actio ficticia”)*. Época clássica I, in *suplemento do vol. XXXII do BFDC*, 1988, 374-385; e DE MARTINO, *Note di diritto romano marittimo. Lex Rhodia*, in *RDN* IV – Parte I, 1938, 6.

24 L. MÉNAGER, *o.c.* 405.

25 L. MÉNAGER, *o.c.* 400.

26 Vid. *supra*, nota 22.

27 L. MÉNAGER, *o.c.* 404-405.

De todo o modo, tem sido sustentado que a locação de navios em bloco era naturalíssima por quem queria, a seu custo e risco, desenvolver a indústria da navegação²⁸. E considera-se que os *domini navis* locavam os seus navios como qualquer proprietário locava a sua *res*. Se o navio fosse locado sem os *nautae*²⁹, tratar-se-ia duma *locatio-conductio rei* ordinária em que o *dominus* era o *locator*; e, se a locação incidisse sobre navio e *nautae*, haveria, no entendimento de HUVELIN, uma locação mais complexa, constituída por coisa e serviços, embora “il semble que les Romains n’y voyaient encore qu’un louage de choses”³⁰.

Há quem considere que historicamente o transporte marítimo começou por ser considerado uma *locatio-conductio rei* e assinale o ponto de partida no século II a.C.³¹. E quem entenda que esta *locatio* teve a sua origem na Babilónia, donde terá passado aos direitos fenício e grego que, por sua vez, influenciou o direito romano que, ainda na época de LABEO, conheceu duas concepções: a locação podia incidir sobre a totalidade ou parte de um navio (*locatio-conductio rei*) ou sobre mercadorias que o *nauta*³² se obrigava a transportar (*locatio-conductio operis faciendi*). Neste caso, que constitui um verdadeiro contrato de transporte marítimo, o navio funcionava como simples meio de transporte³³; e a possibilidade de o *nauta* utilizar um navio que não agradasse aos fretadores podia ser afastada através de uma cláusula que a proibisse³⁴.

É significativa a influência da famosa *lex Rhodia*³⁵ e não menos interessante é a *ratio* que, na Grécia, teria favorecido o recurso à *locatio rei* no transporte de passageiros: as cabinas (*diaetae*) em que os mais ricos se alojavam eram

28 S. SOLAZZI, *La definizione dell'armatore in D. 14,1,1,15 e la locazione perpetua della nave*, in RDN IX – Parte I, 1943-48, 36; J. DAUVILLIER, *o.c.* 97-98; e P. HUVELIN, *o.c.* 90.

29 Continuamos a seguir o sentido referido *supra*, nota 17.

30 P. HUVELIN, *o.c.* 90-91. Contra a *communis opinio*, BRASIELLO considera que o transporte não foi uma *locatio operis*, mas *rei*, “poichè è la cosa da trasportare che viene sempre considerata come elemento essenziale del contratto”. U. BRASIELLO, *L'Unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in RISG II, 1927, 558-561.

31 L. MÉNAGER, *o.c.* 184-186 e 212.

32 Falamos agora de *nauta* no sentido de armador (*exercitor*) ou seja, quem arma o navio. Sobre os vários sentidos que o vocábulo *nauta* pode revestir, cf. P. HUVELIN, *o.c.* 89 e 157; e L. MÉNAGER, *o.c.* 204-205.

33 J. DAUVILLIER, *o.c.* 97-103.

34 D. 14,2,10,1. J. DAUVILLIER, *o.c.* 105.

35 Cf. *infra*, p. 10.

assimiladas a apartamentos; e, quanto aos mais pobres, entendia-se que cada um locava um lugar no barco, sobre o qual dormia sem conforto. Em ambos os casos, locava-se uma coisa: cabina ou local do barco.

Esta ideia não é estranha em Roma, como observamos em ULPIANUS que, a propósito de uma criança nascida durante a viagem, considera que “*pro infante nihil debere, cum neque vectura eius magna sit neque his omnibus utatur, quae ad navigantium usum parantur*”³⁶.

As fontes ocupam-se da *locatio navis*. Destacamos:

ULPIANUS, D. 4,9,3,1: “... *sed si tota navis locata sit...*”

PAULUS, D. 14,2,2pr.: “At si (...) *totam navem conduxerit*”

LABEO, D. 14,2,10,1: “*Si ea conditione navem conduxerit, ut ea merces tuae portarentur*”

LABEO, D. 14,2,10,2: “*Si conduxisti navem amphorarum duo millium et ibi amphoras portasti, pro duobus milibus amphorarum pretium debes. Paulus: immo si aversione navis conducta est, pro duobus milibus debetur merces...*”

SCAEVOLA, D. 19,2,61,1: “*Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret...*”

Sem a preocupação de pormenorizar, os textos que transcrevemos ocupam-se da *locatio-conductio navis* e, portanto, não suscitam dúvidas sobre uma prática que a romanística considera natural e frequente.

Se agora perguntarmos pelos efeitos jurídicos que esta *locatio-conductio* produzia, responder-se-á que as fontes não os referem, dando razão às dúvidas de MÉNAGER: “Ce que nous entendons aujourd’hui par louage coque nue a donné lieu chez les Romains à des aménagements dont l’exacte portée nous échappe”³⁷. Fica, no entanto, a possibilidade do regime normal e de os riscos onerarem o *dominus navis* enquanto *locator*³⁸.

36 D. 19,2,19,7.

37 L. MÉNAGER, *o.c.* 399.

38 A. SANTOS JUSTO, *A locação de coisa*, cit. 621-622 e 628.

4. LOCATIO-CONDUCTIO AD ONUS VEHENDUM

Antes da análise desta figura não parece despicienda uma referência, embora necessariamente breve, à responsabilidade do *nauta* na fase anterior que a terá ignorado como contrato de transporte marítimo.

Com efeito, sendo a navegação do Mediterrâneo muito mais antiga do que as *actiones de recepto* e *locati*³⁹, importa questionar: que figura jurídica teria criado o regime jurídico que ligava o (*nauta*) e os donos das mercadorias que aquele se obrigava a transportar? Que expedientes tutelavam as suas posições?

Quanto à primeira questão, nada se sabe e, por isso, recomenda o bom senso que devemos obedecer ao sábio princípio de que, nestas coisas, é preferível praticar a *ars ignorandi*. Já em relação àqueles expedientes, as fontes apresentam várias *actiones* com que o *nauta* podia ser demandado: a *actio oneris aversi*, a *actio furti adversus nautas* e a *actio damni adversus nautas*.

A primeira é mal conhecida⁴⁰, questionando-se a sua natureza (penal? Reipersecutória?)⁴¹. É muito provável que tenha sido criada num tempo de grande indefinição das relações jurídicas emergentes do transporte marítimo e terá caído em desuso após o desenvolvimento da *actio locati*⁴².

A segunda, também mal conhecida, terá sido uma *actio* penal, *in factum* e *in duplum* e permitiria estender a responsabilidade do *nauta* por furtos cometidos por marinheiros ao seu serviço. Afastada a base contratual que a suporta, é provável que a sua concessão tenha sido justificada pelo facto de o *nauta* ter recebido e não restituído a mercadoria de cuja perda o dono pretende ser ressarcido⁴³.

39 J. VAN OVEN, *Actio de recepto*, cit. 142-143.

40 ALFENUS refere-a a propósito dum transporte de trigo misturado de vários donos. Antes de o navio se ter perdido, o *nauta* restituiu o trigo só a um, questionando-se se os outros o podiam demandar com a *actio oneris aversi*: D. 19,2,31.

41 P. HUVELIN, *o.c.* 118-119.

42 P. HUVELIN, *o.c.* 115 e 120.

43 P. HUVELIN, *o.c.* 93 e 120-127; M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario I*, Milão, 1953, 570-580; F. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell'armatore in diritto romano e i limiti di validità del principio limitativo*, in *RDN XIV – Parte I*, 1953, 1722; e F. SERRAO, *o.c.* 24-33.

E a terceira, igualmente pouco conhecida⁴⁴, terá sido concedida aos donos das mercadorias transportadas contra o *nauta*, para reparação de danos causados, a bordo do navio, por marinheiros a quem confiara a navegação⁴⁵. As fontes apresentam-na como *actio in factum in duplum*⁴⁶ e fundamentam-na na *culpa in eligendo* do *nauta*⁴⁷. Trata-se, no entanto, duma situação estranha, como observa ULPIANUS: “*miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles*”⁴⁸.

De todo o modo, se o *nauta* podia ser demandado por furtos e danos cometidos a bordo por marinheiros encarregados da navegação do navio e, em geral, por ter recebido e não restituído as mercadorias para transportar, a sua responsabilidade não deriva de um contrato de transporte cuja ausência implica a falta dum regime jurídico bem definido quanto a direitos e obrigações das partes. Numa palavra: são expedientes que sugerem uma fase anterior ao desenvolvimento da *locatio-conductio operis* como contrato de transporte marítimo.

Percorridos esses tempos nebulosos, importa analisar a *locatio-conductio ad onus vebendum* que podemos definir como um contrato consensual⁴⁹, bilateral, de boa fé, em que um armador (*nauta*)⁵⁰ se obrigava a transportar, para determinado destino, mercadorias que lhe eram confiadas por uma ou mais pessoas, mediante o pagamento de uma remuneração (*naulus, vectura*) certa e determinada⁵¹. O

44 D. 4,9,7,4; -47,5,1,6. M. SARGENTI, *o.c.* 561 e 566 considera que esta *actio* não existe como instrumento autónomo: pertence à *actio legis Aquiliae*.

45 P. HUVELIN, *o.c.* 93 e 127-128.

46 D. 4,9,7,1. P. HUVELIN, *o.c.* 128-129.

47 D. 4,9,7,4. P. HUVELIN, *o.c.* 141-142 entende que a referência a *culpa* foi introduzida no direito justiniano. Cf. também M. SARGENTI, *o.c.* 577-578. C., todavia, *infra* nota 85.

48 D. 4,9,3,1.

49 Não falta quem tenha sustentado que a *locatio-conductio* teve, na sua origem, natureza real: aperfeiçoava-se com a entrega da *res*. É a doutrina defendida por KARLOWA e PEROZZI que, segundo BRASIELLO, parece lógica num primeiro momento em que, encontrando-se ainda pouco desenvolvida a consciência jurídica, os indivíduos sentiam-se obrigados somente quando a *res* era entregue. Não, assim, nas épocas clássica e posteriores, como observa ainda BRASIELLO, *L'Unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *RISG* III, 1928, 31-38.

50 Seguimos um dos sentidos de *nauta*. Cf. *supra*, nota 17.

51 Como em qualquer *locatio-conductio*, o preço do transporte devia ser certo (D. 19,5,22pr.; GAIUS 3,143; I. 3,24,1), mas, agora, em *pecunia*, sem excepção (D. 16,3,1,9; -19,5,5,2). Se,

nauta era considerado *conductor*⁵², enquanto os donos das mercadorias se denominavam *locatores*⁵³.

Quanto ao objecto, as *res* a transportar podiam ser não fungíveis e fungíveis, havendo, nestas últimas, que distinguir se viajavam separadas ou misturadas com outras de proprietários diferentes. No primeiro caso, o *nauta* era obrigado a entregar essas *res* no local e ao destinatário determinado; no segundo, adquiria a sua propriedade e desobrigava-se entregando igual quantidade do mesmo género e qualidade⁵⁴. ALFENUS pronunciou-se sobre um transporte de trigo, distinguindo as duas hipóteses:

D. 19,2,31: “... *respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (...) aut eiusdem generis redderetur (...) ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri...*”

Se o trigo fosse transportado separadamente, o seu proprietário podia reconhecê-lo e, portanto, reivindicá-lo. Se, pelo contrário, tivesse sido misturado, não o podia reivindicar porque perdera a propriedade, tornando-se somente credor do *nauta* que lhe devia entregar igual quantidade do mesmo género e qualidade. Este fragmento, cuja autenticidade tem sido questionada⁵⁵,

num carregamento de escravos, o frete (*naulus*) fosse devido pelo número embarcado, o falecimento de um (ou alguns) não justificava a sua redução, salvo convenção em contrário (D. 14,2,10pr.). Se o transporte fosse gratuito, POMPONIIUS considerava-o um *depositum*, embora *sui generis*: havia trabalho sobre a *res* depositada. Diferente era o transporte gratuito de bagagens que se entendia acessório do contrato de transporte de passageiros (D. 14,2,2pr.).

52 Como observa BRASIELLO, *L'Unitarietà*, cit. in *RISG* II, 1923, 558, o termo *conductor* pode aplicar-se ao contrato de transporte, melhor do que a outra figura.

53 D. 4,9,3,1; -14,2,2pr. Porém, ainda na época clássica a *iurisprudencia* hesitava entre a *locatio rei* e a *locatio operis*. LABEO procurou resolver a dificuldade substituindo a *actio locati* e a *actio conducti* por uma *actio in factum concepta*, parecendo, assim, que considerava o contrato de transporte um contrato inominado. Vid. *supra*, nota 22.

54 G. PUGLIESE, *Locatio-conductio*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, 609.

55 HUVELIN considera-o interpolado, mas DAUVILLIER entende que as alterações sere-duzem a glosas meramente explicativas e, portanto, não alteram a substância. P. HUVELIN, *o.c.* 116; e J. DAUVILLIER, *o.c.* 107.

apresenta-nos uma *locatio* que DAUVILLIER considera *irregularis* e provavelmente de origem grega, que permitiria ao *nauta* especular durante a viagem, vendendo e comprando onde o preço fosse, respectivamente, mais elevado e mais baixo⁵⁶.

Em relação à forma, não há exigências especiais⁵⁷. Quanto à origem, que MÉNAGER considera anterior ao século I a.C.⁵⁸, assinala-se-lhe um progresso enorme relativamente à *locatio navis* porque teria permitido responsabilizar o *nauta* por danos provenientes da perda das mercadorias embarcadas⁵⁹. E sobre a sua natureza, não há razões para afastar a doutrina que a considera uma *locatio-conductio operis* como resulta, desde logo, das posições do *nauta* e dos donos das mercadorias a transportar: aquele é o *conductor*, estes, os *locatores*⁶⁰.

Perguntar-se-á agora: que efeitos jurídicos produzia este contrato de transporte marítimo?

A circunstância de o pretor ter previsto a possibilidade de, através de um *pactum*, o *nauta* garantir a restituição, no porto de destino, das mercadorias recebidas a bordo justifica que consideremos a sua responsabilidade em dois momentos: antes e depois de o *edictum praetoris*: antes, o *nauta* não devia responder pelo risco; depois, esta responsabilidade só teria existido se a tivesse assumido por meio dum *pactum de recepto*.

Porque a assunção do risco merece uma atenção especial⁶¹, preocupar-nos-emos, agora, apenas com a *locatio-conductio* normal pela qual se regiam os direitos e as obrigações das partes. O risco (*periculum*)⁶² era repartido pelas partes: *v.g.*,

56 J. DAUVILLIER, *o.c.* 107.

57 P. HUVELIN, *o.c.* 92 considera que a exigência de carta de fretamento é de origem germânica.

58 O Autor baseia-se no facto de já ser conhecida de SERVIUS SULPICIUS RUFUS. L. MÉNAGER, *o.c.* 389.

59 L. MÉNAGER, *o.c.* 389.

630D. 4,9,3,1; -14,2,2pr. No entanto, PAPINIANUS (D. 19,5,1pr.) refere que, por vezes, na falta de *iudicia* claros e de *actiones* vulgares se recorre a *actiones in factum* e cita LABEO para quem deve ser concedida uma *actio civilis in factum* ao dono de mercadorias contra o *magister navis* se houver incerteza sobre a locação do navio ou das mercadorias a transportar. Cf. *supra*, notas 22 e 23.

61 Cf. *infra*, p. 13 ss.

62 A doutrina tem chamado a atenção para o sentido equívoco do vocábulo *periculum*. É, nomeadamente, a posição de Juan MIQUEL para quem reveste “una plurivocità di significati

no caso de naufrágio ou de danos causados por piratas, o *nauta* suportava os danos decorrentes da perda do navio ou de ataque de piratas⁶³, enquanto os proprietários das mercadorias embarcadas sofriam os prejuízos resultantes da sua perda ou deterioração⁶⁴ e, em contrapartida, não eram obrigados a pagar o respectivo frete (*vectura*)⁶⁵. Que assim era, mostra-o PLUTARCO quando refere que os traficantes do mar preferiam repartir as suas mercadorias por 50 navios para limitar ao máximo os acasos do mar⁶⁶.

Como marcas fundamentais do regime jurídico criado pela *locatio-conductio ad onus vehendum* importa destacar a responsabilidade por *custodia* que o *nauta* assume por efeito desse contrato; e a influência que, na repartição dos danos causados por situações específicas da navegação (*v.g.*, naufrágio e pirataria), se atribui à famosa *lex Rhodia de iactu*.

cui è la conseguenze di molteplici linee di sviluppo”. Não deixa, porém, de considerar que “ha il terreno più favorevole per la sua esistenza nell’ambito della responsabilità oggettiva”. J. MIQUEL, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, in *SZ* XCIV, 1964, 134-137 e 188.

63 A doutrina romanista fala-nos do *nauticum foenus* que permitia afastar alguns efeitos do risco dos armadores; e do conhecimento, pelos Romanos, da ideia de mutualidade na repartição do *pretium periculi*, embora não tenham desenvolvido todas as suas consequências. A análise do *nauticum foenus* (noção, finalidade, forma, natureza, efeitos, juros, duração, vantagens, termo, origem) exorbita o nosso tema. P. HUVELIN, *o.c.* 94-99, 113-114, 186 e 196-215.

64 Como observa DE ROBERTIS, se o pretor concedia o *iudicium (de recepto)* somente no caso de a restituição das mercadorias ser integralmente garantida por *receptum*, é porque o denegava quando esse garantia faltasse. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell’armatore in diritto romano e limiti di validità del principio limitativo*, in *RDN* XIV – Parte I, 1953, 16-17. Cf. também F. DOMINEDO, *o.c.* 599-600; e L. MÉNAGER, *o.c.* 201, para quem na simples *locatio-conductio*, desde a origem, o armador não respondia pelos perigos do mar.

65 Se o frete já tivesse sido pago, podia ser repetido: D. 19,2,15,6. J. DAUVILLIER, *o.c.* 105.

66 PLUTARCO, *De rustica, lib. I, praefatio, apud* L. MÉNAGER, *o.c.* 401149.

Quanto à responsabilidade por *custodia*⁶⁷ é praticamente pacífica a doutrina que a reconhece na época clássica⁶⁸. Um texto atribuído a GAIUS refere que, embora “*nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores (...) et tamen custodiae nomine tenentur*”⁶⁹. O mesmo princípio de que a responsabilidade por *custodia* deriva da *locatio-conductio ad onus vehendum* é

67 A doutrina romanista tem sentido dificuldades na determinação da *custodia* como critério de responsabilidade objectiva ou subjectiva. Assim, há quem, como BRASIELLO, a identifique com a responsabilidade objectiva, ou seja, independente de *culpa*, apenas limitada pela *vis maior*; por isso, ao onerado com esta responsabilidade era concedida a *actio furti* que se recusava ao *dominus*, salvo se aquele fosse insolvente; quem, como BONFANTE, entenda que a *custodia* é a diligência que se deve empregar para evitar a perda ou deterioração das coisas alheias que o devedor tem nas suas mãos, variando esta diligência segundo o grau de *culpa* de que é responsável, embora reconheça que, nalguns casos, a *custodia* implica uma responsabilidade sem *culpa*, como sucede com o *receptum*, ou seja, na responsabilidade de *nautae*, *caupones* e *stabularii* por roubos e danos causados nas coisas que lhes são confiadas; quem, como D’ORS, considere que a responsabilidade por *custodia* supõe um agravamento em relação à responsabilidade contratual por *culpa*, referindo, concretamente, o risco de furto em que o responsável por *custodia* dispõe da *actio furti*; quem, como RASCÓN, fale de dilatação do âmbito da *culpa*, embora reconheça que a doutrina não valora a atitude anímica do indivíduo; quem, como IGLESIAS, fale de uma especial responsabilidade; quem, como FERNÁNDEZ DE BUJÁN, considere que se trata de um agravamento da responsabilidade contratual em consequência do qual o devedor responde por incumprimento em certos casos que ultrapassam a diligência devida, acabando, na época pós-clássica, por se equiparar a *culpa levissima* ou falta de *exactissima diligentia*; etc. U. BRASIELLO, *L’Unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *RISG* III, 1928, 3; P. BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*5, trad. espanhola de Luis Bacci e Andres Larrosa, Madrid, 2002, 439; A. D’ORS, *Derecho privado romano*9, Pamplona, 1997, § 407; C. RASCÓN GARCIA, *Manual de derecho romano*3, Madrid, 2000, 249; J. IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*11, Barcelona, 1993, 436-437; e F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*2, Madrid, 2004, 136-137. Cf. também L. MÉNAGER, *o.c.* 402 e 405-406; J. VAN OVEN, *o.c.* 144-145; E. BETTI, *Appunti di teoria dell’obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 208; e G. PUGLIESE, *o.c.* 609.

68 Contra, DE ROBERTIS, para quem “dalla *locatio pura mercium vehendarum* non sarebbe derivata nella età clássica alcuna responsabilità per *custodia* técnica”. F. DE ROBERTIS, *D.* 19,2,31 e il regime dei trasporti marittimi nell’ultima età repubblicana, cit. 99; e J. VAN OVEN, *Recensione a Francesco M. de Robertis, receptum nautarum, studio sulla responsabilità dell’armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, in *RIDA* II, 1955, 431-433.

69 D. 4,9,5pr.

formulado num fragmento atribuído a ULPIANUS onde, questionando se é sempre necessária a *actio in factum* prometida no *Edictum* do pretor contra quem não restitui as *res* transportadas, observa que “*agi civili actione ex hac causa poterit*” e esclarece: “*Si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto*”⁷⁰. Ou seja, os danos ou perdas das mercadorias embarcadas eram ordinariamente reparados através da *actio locati* concedida aos seus donos contra o *nauta* que, em compensação, podia demandar os seus autores (não marinheiros a quem encarregou a navegação)⁷¹ com a *actio furti* e a *actio damni*⁷².

Em relação à *lex Rhodia de iactu*, cuja recepção no direito romano HUVELIN atribui ao século I a.C.⁷³, é particularmente importante na distribuição dos danos resultantes do lançamento ao mar de algumas mercadorias para, reduzindo a carga do navio, salvar outras quer de naufrágio quer de actos de piratas⁷⁴. Consagra-se aí uma comunhão de perigo⁷⁵ e, por isso, os danos eram repartidos por todos os interessados⁷⁶ sem necessidade de consentimento prévio e o valor de cada contribuição era calculado em função do preço⁷⁷. O *magister navis* desempenhava a função de liquidatário⁷⁸ e a repartição dos danos decorria no âmbito de uma relação jurídica entre o *nauta* e os donos das

70 D. 4,9,3,1. L. MÉNAGER, *o.c.* 399-400. Cf. também: D. 4,9,5pr.; -19,2,40.

71 Se o furto ou dano fosse cometido pelas “gentes do mar” (*magister navis, gubernator navis*, pessoal que trata da navegação do navio), a sua responsabilidade teria sido prevista no contrato de prestação de serviços (provavelmente a *locatio operarum*) que os ligava ao armador. P. HUVELIN, *o.c.* 90.

72 D. 4,9,4pr.; -4,9,5,1; -47,5,1,4. P. HUVELIN, *o.c.* 137; R. FEENSTRA, *o.c.* 110; M. SARGENTI, *o.c.* 574; e U. BRASIELLO, *L’Unitarietà*, cit. in *RISG* III, 1928, 3. Quanto à legitimidade para demandar com a *actio damni*, cf. *infra*, p. 16

73 P. HUVELIN, *o.c.* 185. Entendemos, porém, que o facto de ter sido conhecida por ALFENUS, SERVIUS, OFILIUS e LABEO não implica, só por si, que não tenha penetrado antes no direito romano.

74 P. HUVELIN, *o.c.* 93.

75 DE MARTINO, *o.c.* 3, 10 e 17.

76 Os danos que resultassem naturalmente da viagem pertenciam ao *nauta*. D. 14,2,2,1; -14,2,2,3; -14,2,5. P. HUVELIN, *o.c.* 93, 147, 184-185 e 188.

77 P. HUVELIN, *o.c.* 192-193.

78 Como liquidatário, o *magister navis* não respondia pela insolvência de algum dos donos das mercadorias salvas: D. 14,2,2,6. P. HUVELIN, *o.c.* 192-193; e DE MARTINO, *o.c.* 9, 12-13 e 17.

mercadorias, cuja fonte era, ainda, a *locatio-conductio ad onus vehendum*: aquele dispunha da *actio conducti* e do direito de regresso contra os donos das mercadorias salvas⁷⁹; e os donos das mercadorias perdidas podiam demandá-lo com a *actio locati*⁸⁰.

Além destes aspectos que marcam o regime geral desta *locatio-conductio*, as fontes justinianeias oferecem-nos outras situações. Assim, o *dominus mercium* respondia pelo frete se as mercadorias se perdessem por culpa sua ou por vício que as afectasse. A primeira hipótese, apresentada a SCAEVOLA, é a de um navio cuja carga (azeite e trigo) foi confiscada na província de Cirene⁸¹; e a segunda é considerada por LABEO que não dispensa o dono das mercadorias embarcadas de pagar a totalidade do frete se, no transporte de escravos, algum morrer no navio⁸².

Entretanto, foi-se impondo a exigência de *culpa* em situações que nem sempre se demarcam da *custodia*. Assim, num fragmento de ULPIANUS é referida a opinião de LABEO acerca da mudança de mercadoria para outro navio que veio a naufragar. Questionado sobre a responsabilidade do dono do primeiro navio, este jurisconsulto responde: “*Si culpa caret, non teneri*”. E, pormenorizando, diz: “*Ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum*”⁸³. Isto é, se o *magister navis*⁸⁴ não observou as *regulae artis* agindo com negligência, o armador podia ser demandado com a *actio locati* que emergia do contrato de transporte marítimo (*locatio-conductio ad onus vehendum*). E, do mesmo modo, a responsabilidade do armador por perdas e danos causados pelos seus subordinados encarregados da navegação do navio é também justificada na ideia de que não teve o cuidado necessário na escolha desses marinheiros. Parece, assim, que a ampla

79 D. 14,2,2pr. DE MARTINO, *o.c.* 13.

80 D. 14,2,2. P. HUVELIN, *o.c.* 188-192; e DE MARTINO, *o.c.* 3, 4 e 12.

81 D. 19,2,61,1.

82 D. 14,2,10pr. E. BETTI, *o.c.* 211.

83 D. 19,2,13,1. Cf. também: D. 14,2,10,1. L. MÉNAGER, *o.c.* 401-402.

84 D. 14,1,1,1. Por *magister navis* entendemos, como GUARINO, o responsável pela navegação do navio e não, como sustenta MOSCHETTI, o responsável somente pelas operações económicas e comerciais. A. GUARINO, *Punti di vista. “Magister” e “gubernator navis”*, in *Labeo* 11, 1965, 36-42; e C. MOSCHETTI, *Il “gubernator navis”*, in *SDHI* XXX, 1964, 50-113.

responsabilidade objectiva por *custodia* vai sendo paulatinamente substituída pela responsabilidade subjectiva: a *culpa*, ainda que *in eligendo* vai-se impondo⁸⁵.

Não se afastaram, todavia, hipóteses de responsabilidade objectiva que observamos em diversas *constitutiones* imperiais: *v.g.*, na de Valentiniano e Valente, do ano 365, que, permitindo aos *suarii* o *equorum usus*, responsabilizou-os por danos resultantes de crimes cometidos em determinadas regiões suburbanas⁸⁶; numa do ano 380 que, para combater os grandes furtos cometidos em celeiros sem a descoberta dos seus autores, impôs aos *pistores* o ónus de ressarcirem os danos⁸⁷; e numa do ano 409 que atribuiu aos *navicularii*⁸⁸ de Alexandria e de Cárpato a responsabilidade da perda da carga anonária durante a navegação. Trata-se, no entanto, de situações excepcionais, como observa DE ROBERTIS, para quem os imperadores não procuraram derrogar o princípio subjectivista, embora, movidos por necessidades, não tivessem escrúpulo em forçar os limites da *culpa*⁸⁹.

Nem se afastava também a possibilidade de as partes recorrerem a uma cláusula penal que responsabilizasse o *nauta* pela não descarga, no prazo acordado, das mercadorias transportadas⁹⁰.

85 A responsabilidade subjectiva que aparece frequentemente nas fontes tem sido atribuída aos direitos pós-clássico e justinianeu pela crítica interpolacionista. Já rejeitámos esta ideia porque nos parece impensável retirar à *iurisprudencia* clássica os méritos que lhe têm sido atribuídos. A *voluntas* é um elemento nuclear de qualquer negócio jurídico (*inter vivos e mortis causa*) e, por isso, a sua protecção de erros, de dolo ou de coacção que a viciem ou afastem da declaração que a procure manifestar constitui um irrecusável progresso em relação a uma época (arcaica) dominada pelo princípio do absoluto domínio dos *verba*. A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, in *A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito actual. Anais do V congresso internacional y VIII iberoamericano de derecho romano*, Fortaleza, 2002, 59-93.

86 C. Th. 9,30,3.

87 C. Th. 14,3,16.

88 *Navicularius* não é um vocábulo com sentido preciso: designa ora o armador (*exercitor*) ora o *magister navis*. P. HUVELIN, *o.c.* 90.

89 M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto post-classico*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci IV*, Milão, 1956, 407-409.

90 Porém, o *nauta* só respondia se tivesse culpa: D. 14,2,10,1. J. DAUVILLIER, *o.c.* 106; e P. HUVELIN, *o.c.* 92.

5. LOCATIO-CONDUCTIO AD VECTORES VEHENDOS

O transporte de passageiros (*vectores*)⁹¹ podia ser feito em barcos especialmente afectados a pessoas ou também a mercadorias⁹². Os passageiros pagavam um frete (*merces, vectura*) relativamente baixo⁹³.

Qual natureza revestia este contrato?

As fontes apontam ora para a *locatio rei*⁹⁴ ora para a *locatio operis*⁹⁵. Naquela, o *nauta* locava o navio ou lugares do navio aos passageiros; nesta, funcionava como *conductor* do serviço (transporte) que se obrigava a prestar aos *vectores* que, podendo demandá-lo com a *actio ex locato*, eram, portanto, considerados *locator*⁹⁶.

A *locatio rei* constitui, porventura, uma influência do direito grego que assimilava o alojamento dos passageiros em cabinas (*diectae*) ao de uma casa⁹⁷. A *locatio operis*, que se aproxima do moderno contrato de transporte marítimo, é tipicamente romana: o *nauta* locava os seus serviços de transporte dos *vectores*. No entanto, quanto ao transporte de bagagens⁹⁸ que normalmente acompanham os passageiros, POMPONIUS refere que se trata de *depositum* quando, como é regra, o *nauta* não recebe qualquer preço⁹⁹.

Em relação às obrigações contraídas pelas partes (*nauta* e *vectores*), o *nauta* respondia por *custodia*, como no transporte de mercadorias (*locatio-conductio ad onus vehendum*)¹⁰⁰, embora, como refere GAIUS, seja pago “*non pro custodia, sed (...) traiciat vectores*”¹⁰¹; por isso, é responsável por danos causados nas bagagens

91 D. 4,9,5; -14,1,1,3; -14,1,1,12; -19,2,19,7.

92 D. 14,1,1,12. Havia também navios destinados exclusivamente ao transporte de mercadorias.

93 J. DAUVILLIER, *o.c.* 100.

94 D. 14,1,1,3; -14,2,2pr. Assim se compreende também que pela criança nascida num navio não se deva o preço do transporte quer porque “*neque vectura eius magna sit*”, quer porque “*neque his omnibus utatur, quae ad navigantium usum parantur*”, escreve ULPIANUS, D. 19,2,19,7.

95 D. 4,9,5.

96 D. 4,9,5,1. J. DAUVILLIER, *o.c.* 109.

97 Os outros passageiros locavam um lugar no barco, no qual se instalavam sem conforto. J. DAUVILLIER, *o.c.* 108-109.

98 D. 4,9,1,6.

99 D. 4,9,3,1. J. DAUVILLIER, *o.c.* 110.

100 D. 4,9,5pr. Cf. *supra*, p. 9-11.

101 D. 4,9,5pr.

dos passageiros, pelos encarregados da navegação porque o *nauta* “*eos huiusmodi officio praeponit, committi eis permittit*”¹⁰². Diferente era o dano causado por algum passageiro: segundo ULPIANUS, “*in navi quoque vectorum factum non praestatur*” porque, como sucede com o *caupo* e o *stabularius* que “*viatorem sibi eligere (...) non videtur*”, também o *nauta* não escolhe os seus passageiros¹⁰³. Isto é, o armador não respondia porque não se lhe podia imputar a *culpa in eligendo* em relação aos passageiros.

Quanto a danos causados aos próprios passageiros, é razoável admitir que fossem compensáveis no âmbito do contrato de transporte: também, a propósito do célebre caso do sapateiro que tirou um olho ao seu aprendiz, um *filiusfamilias* ingénuo, IULIANUS duvidava da oportunidade da *actio locati*. Todavia, acabou por conceder esta *actio* contra o sapateiro (*conductor*) porque, no âmbito do ensino da sua arte, castigou sem moderação o seu aprendiz¹⁰⁴.

Discordamos, porém, da opinião de ALZON para quem “comme dans la *locatio rei*, a *res* peut être la personne humaine, même ingénue” porque, no transporte de pessoas, “le fait d’être transporté n’implique aucune assimilation à l’esclave, car ce n’est pas le propre de celui-ci de voyager, mais au contraire, de sorte qu’on n’a pas hésité, pour des raisons de commodité juridique, à assimiler le voyageur ingénue à une *res*”. E conclui: “Le fait de qualifier un voyageur de chose n’a rien d’injurieux, parce que cette dénomination n’implique en l’espèce aucune comparaison désagréable et désavantageuse pour la personne transportée”¹⁰⁵.

Parece-nos que o ponto de vista de ALZON foi longe de mais, ultrapassando os limites que a sua assimilação comporta: será que, para proteger *iure civili* um *civis romanus*, era necessário considerá-lo *res*? É razoável supor que o direito dos *cives romani* os protegia não enquanto pessoas, mas coisas? Não: a assimilação de um *civis romanus* a *res* teria sido um acto tão intolerável como a ficção “*si liber non fuisset*”¹⁰⁶. Por isso, entendemos que, à semelhança do aprendiz de sapateiro, é

102 D. 4,9,1,3.

103 D. 47,5,1,6. P. HUVELIN, *o.c.* 135-136. L. MÉNAGER, *o.c.* 39317 admite, no entanto, que

104 D. 19,2,13,4.

105 C. ALZON, *Réflexions sur l’histoire de la locatio-conductio*, in *RHDFÉ* 41, 1963, 581.

106 Por isso se compreende o afastamento da restrita tutela aquiliana nos danos causados em homens e mulheres livres por força do princípio de que *dominus membrorum suorum nemo videtur*. D. 9,2,13pr.

provável que também o *nauta* respondesse por danos causados, a bordo, aos passageiros, por marinheiros encarregados da navegação do navio¹⁰⁷. E julgamos que esta responsabilidade podia ser-lhe exigida numa *actio in factum*¹⁰⁸ que, pressupondo, embora, a *culpa in eligendo* do *nauta*, evitava o incómodo de assimilar a pessoa lesada a uma *res*.

6. PACTUM DE RECEPTO

A presença da responsabilidade do *nauta* assumida num *pactum de recepto* e da correspondente *actio recepticia* ao lado da responsabilidade derivada de *locatio-conductio operis* (*ad onus vehendum* e *ad vectores vehendos*) e das suas *actiones locati et conducti* constitui uma *vexata quaestio*: o direito justinianeu parece conservar dois contratos de transporte, em vez de apresentar um contrato unitário, para o qual aqueles teriam convergido.

Por isso, MÉNAGER observou que há, na responsabilidade do armador uma “évolution chaotique” e considera que a operação “est restée inaccomplie et inachevée, malgré la volonté des collaborateurs de Justinien” permitindo a interrogação sobre “ce qui permettra à un compilateur” manter “l’action civile locati aux côtés de l’action prétorienne de recepto”¹⁰⁹. E, no mesmo sentido, concluiu VAN OVEN: “Les compilateurs (...) auraient dû faire sortir de l’unique contrat de transport, appelé *locatio-conductio mercium vehendarum*, una action unique sanctionnant la responsabilité des *nautae* (l’*actio locati*). En conservant, au lieu de cela, toutes ces actions des anciens temps, ils ont causé le désarroi du droit maritime romain qui a tant fait souffrir les jurists de tous les siècles”¹¹⁰.

107 Afastados ficam os danos causados por passageiros a passageiros, provavelmente sujeitos ao regime aquiliano estendido por uma *actio in factum*. A. SANTOS JUSTO, *As acciones do dano aquiliano*, in *El derecho penal: de Roma al derecho actual. VIII congreso internacional y X iberoamericano de derecho romano*, Alicante, 2005, 596-598.

108 Também a responsabilidade aquiliana por danos causados em pessoas se estendia através de *actiones in factum*. A. SANTOS JUSTO, *ibidem* 596-600.

109 L. MÉNAGER, *o.c.* 410-411.

110 J. VAN OVEN, *Actio de recepto*, cit. 156-157.

Derive esta “confusão” dos compiladores de Justiniano ou dos jurisconsultos da época pós-clássica¹¹¹, justifica-se que nos ocupemos também do *receptum* e da correspondente *actio de recepto*.

Definido como um “pacto pretório o asunción especial de responsabilidad por custodia de los bienes y mercancías confiados a los armadores o responsables de barcos” que “no responden de *vis maior*, o fuerza mayor, pero sí de todos los daños que se deriven de hechos propios o de sus dependientes”¹¹², a possibilidade de o *nauta* assumir a responsabilidade objectiva por perdas ou danos causados nas mercadorias embarcadas foi consagrada pelo pretor¹¹³ no seu *edictum*, como refere ULPIANUS:

D. 4,9,1pr.: “*Ait praetor: Nautae (...) quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo*”.

Assim, o *nauta* podia assumir o risco (*periculum*)¹¹⁴ que, considerando a posterior *exceptio* de LABEO, teria sido originariamente absoluto. Ou seja, doravante, abriam-se aos armadores duas possibilidades: a assunção ou não do risco¹¹⁵. Esta responsabilidade absoluta traduz um significativo agravamento das obrigações derivadas do contrato de transporte marítimo e poder-se-á admitir que tivesse respondido ao desejo dos comerciantes que não gozavam dos meios que lhes permitissem obter a reparação de perdas ou danos causados na suas mercadorias¹¹⁶, sem afastar também alguma influência dos usos

111 VAN OVEN considera que “il est beaucoup plus probable que les collaborateurs de Justinien aient trouvé dans les écrits des juristes classiques, parvenus jusqu’à eux dans une forme fort altérée, une confusions, un entrelacement des deux regimes”. J. VAN OVEN, *Recensione*, cit. 429.

112 M. GARCIA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana* 3, Madrid, 1990, 296.

113 A *ratio* que terá levado o pretor a consagrar a possibilidade de o *nauta* assumir a responsabilidade absoluta pelo risco é discutida pela romanística. Parece, no entanto, mais adequada a opinião que entende que não está em causa a má reputação das “gentes do mar”, mas a necessidade de desenvolver o comércio marítimo. J. VAN OVEN, *o.c.* 425 e 428.

114 Cf. *supra*, nota 62.

115 F. DE ROBERTIS, *La responsabilità*, cit. in RDN XIV – Parte I, 1953, 1723; e *Ancora sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)*, in RDN XIX – Parte I, 1958, 245-246 e 248.

116 L. MÉNAGER, *o.c.* 195-196.

marítimos do mundo helénico¹¹⁷. ULPIANUS afirma que “*maxima utilitas est huius edicti*” quer porque permite evitar fraudes provenientes de roubos concertados pelos *nautae*, quer porque, dependendo do arbítrio destes, não se pode considerar gravoso”¹¹⁸.

É provável que este *edictum* remonte a um estágio muito primitivo da evolução da marinha comercial romana, apontando-se, mesmo, os séculos II ou I a.C.¹¹⁹. Quanto à forma, sabemos que o *receptum* era um *pactum* e, portanto, protegido por uma *actio in factum*, como, aliás, refere ULPIANUS:

D. 4,9,3,1: “*Ait praetor: “nisi restituent, in eos iudicium dabo”. ex hoc edicto in factum actio profiscitur*”¹²⁰.

Sendo um *pactum* reconhecido pelo pretor e, portanto, protegido pelo *ius praetorium*, não vemos como pudesse resultar de *stipulatio*, como sugere HUVELIN¹²¹, embora não deixe de referir que “una pareille stipulation en forme devait être fort incommode dans la pratique”, pois “un voyageur, chaque fois (...) qu’il chargeait un colis sur un bateau, ne pouvait pas proceder aux formalités de la stipulation”, concluindo que “dans la pratique, on se contenait (...) de simples pactes”¹²². A circunstância de a *stipulatio* ser um negócio jurídico do *ius civile* e o facto de o pretor conceder uma *actio in factum* justificam que o *receptum* tenha revestido a forma simplificada de *pactum*. E, embora juridicamente adira ao contrato de transporte (*locatio-conductio operis*), só podia ser distinto,

117 L. MÉNAGER, *o.c.* 212.

118 D. 4,9,1,1.

119 L. MÉNAGER, *o.c.* 202 e 212.

120 A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, in *Studia iuridica* 76, Coimbra, 2003, 144 e 148; e P. HUVELIN, *o.c.* 155-156, que entende que esta *actio in factum* teria sido originariamente penal e, na época clássica, reipersecutória e perpétua; e deve ser posterior à *lex Aebutia*.

121 P. HUVELIN, *o.c.* 146, refere que “il paraît certain que la promesse de *recipere saluum fore* a passé par deux fases. Ele a été, anciennement, conclue sous forme de stipulation. Plus tard, à l’époque classique, et jusqu’au Bas-Empire, elle a du moins requis un pacte exprès”.

122 P. HUVELIN, *o.c.* 151.

como observam MÉNAGER¹²³, VAN OVEN¹²⁴ e também HUVELIN¹²⁵, porque a *locatio-conductio* pertence ao *ius civile* e o *pactum*, ao *ius praetorium*¹²⁶.

Todavia, mais tarde a responsabilidade que o *nauta* assumia por efeito do *pactum de recepto* foi considerada excessiva e, quicá para afastar descontentamentos dos armadores¹²⁷, alguma *iurisprudencia* entendeu equitativo desobrigá-lo no caso de as perdas e danos sofridos pelas mercadorias serem devidos a naufrágio ou pirataria. Esta solução foi defendida por LABEO, como refere ULPIANUS:

D. 4,9,3,1: ... “*inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari...*”

E a extensão desta *exceptio* dita *labeoniana* a danos ocorridos em pousadas e estábulos atribuídos a força maior (*vis maior*)¹²⁸ mostra que a doutrina de LABEO se tinha afirmado na *iurisprudencia* romana¹²⁹, retirando ao *receptum* o seu carácter de contrato de seguro, como observa VAN OVEN, para quem “dorénavant il était plutôt un contrat de transport pur et simple¹³⁰”.

123 L. MÉNAGER, *o.c.* 200 e 206-207.

124 J. VAN OVEN, *Actio de recepto*, cit. 141.

125 P. HUVELIN, *o.c.* 147-148.

126 Contra, M. SARGENTI, *o.c.* 569-570, entende que o *receptum* jamais foi um contrato, mas consequência normal da relação jurídica fundamental, ou seja, da *locatio-conductio*.

127 L. MÉNAGER, *o.c.* 407.

128 Seguimos a doutrina de BARON que, na opinião de DE MEDIO, “bene a ragione, sostiene, sulla base di sicure testimonianze, che la caratteristica della forza maggiore, del *casus maior*, sta nella irresistibilità, nella impossibilità d’impedire l’evento dannoso”. E cita as fontes que falam de “*casus, cui humana infirmitas resistere non potest*”(D. 13,6,18pr.); de “*vis, cui resisti non potest*” (D. 19,2,15,2); de “*casus, cui humana infirmitas resistere non potest*” (D. 44,7,1,4); etc. Ainda segundo DE MEDIO, o *casus* irresistível é chamado *maior* em oposição à categoria de *casus minor* que é possível evitar. Também *damnum fatale* é o caso irresistível; e *fortuitus*, em contraposição a *voluntarius*, seria o *casus maior*, ou seja, o *casus cui resisti non potest*. A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR XIX*, 1907, 157-161, 164-173 e 200.

129 L. MÉNAGER, *o.c.* 408; J. VAN OVEN, *o.c.* 140; e M. DE ROBERTIS, *Ancore sul receptum*, cit. 256.

130 J. VAN OVEN, *o.c.* 139. Também F. DE ROBERTIS, *Ancore sul receptum*, cit. 259, refere que “con la *exceptio labeoniana* la responsabilità del *nauta* che avesse “recepito” si trovi così

Afastada apenas nos casos de *vis maior*, da responsabilidade do *nauta* por *custodia*¹³¹ resultava a faculdade, que lhe era reconhecida, de demandar os autores de furtos e de danos causados nas mercadorias cujo transporte lhe fora confiado. Se, em relação ao *furtum*, a concessão da *actio furti*¹³² não suscita dúvidas por efeito do seu alcance variado (furto de coisa, de uso, de posse), já a *actio damni* da *lex Aquilia* põe o problema da sua legitimidade activa porque o *nauta* não é dono das mercadorias danificadas.

CARRELLI fala-nos de “gravissime difficoltà” e, perante a falta de resposta das fontes, entende que “fra i due frammenti (D. 4,9,5pr. e D. 4,9,5,1) doveva esservi uno squarcio a noi non pervenuto” que teria legitimado o *nauta* e não o *dominus*¹³³. Se, como CARRELLI observa, e julgamos acertadamente, “l’estensione della responsabilità dal furto al danno produce, come necessaria conseguenza, l’estensione dalla legittimazione ad agire con l’azione di furto alla legittimazione ad agire con l’azione di danno”¹³⁴ e se, como informa GAIUS¹³⁵, aquela era estendida a peregrinos graças à ficção *si civis Romanus esset*¹³⁶, é muito provável que esta fosse estendida aos *nautae* como, aliás, a responsabilidade aquiliana se estendia a *non domini* também por meio da ficção *si dominus esset*¹³⁷.

Chegados ao direito justinianeu, importa observar o regime jurídico e a natureza que o *receptum* terá revestido para podermos responder à pergunta que parece irrecusável: se, como VAN OVEN refere, o *receptum* se tornou um contrato de transporte puro e simples, que terá de *specialis* que o distinga da *locatio-conductio* (*ad onus vehendum* ou *ad vectores vehendum*) com a qual coexiste? Numa primeira resposta, poder-se-ia considerar que, se fossem contratos

degradata ad un livello che, pur senza identificarsi, si avvicina di parecchio a quella degli alti *conductores*, e particolarmente alla custodia técnica derivante a carico del *fullo* e del *sarcinator* (per mantenerci nell’ambito della esemplificazione gaiana) in virtù del semplice contratto di locazione”.

131 D. 4,9,5. DE MEDIO, *o.c.* 111-116.

132 D. 47,5,1,4. R. FEENSTRA, *o.c.* 110.

133 E. CARRELLI, *Responsabilità ex recepto del nauta e legittimazione ad agire di danno*, in RDN IV – Parte I, 1938, 326-334.

134 E. CARRELLI, *ibidem* 335.

135 GAIUS 4,37.

136 A. SANTOS JUSTO, *A “fictio iuris” no direito romano (“actio ficticia”). Época clássica I*, in *suplemento do vol. XXXII do BFDC*, 1988, 29-30.

137 A. SANTOS JUSTO, *ibidem* 302-316.

diferentes, ter-se-iam aplicado a situações igualmente diversas. Porém, o *receptum* pode não ter sido um verdadeiro contrato de transporte e, por isso, é necessário determinar a sua natureza.

Considerado, na época clássica, um *pactum* protegido pelo *ius praetorium* com uma *actio in factum* dita *recepticia* ou *ex recepto* e, portanto, distinto, embora anexo, do contrato de transporte marítimo (*locatio-conductio operis*), há quem entenda que se transformou num elemento natural (*naturale negotii*) deste contrato, descaracterizando-se: deixou de ser um *pactum* sinalagmático (o *nauta* assumia os riscos de danos e perdas das mercadorias embarcadas; e o seu dono acordava no pagamento de um frete mais elevado), para se tornar uma promessa unilateral (o dono das mercadorias não tinha necessidade de pagar o *pretium* da responsabilidade que o *nauta* ordinariamente assume)¹³⁸; e há quem, num sentido próximo, afirme que a responsabilidade do *nauta* passou de contratual a legal: a assunção do risco é, *ex lege*, ligada à *locatio-conductio*¹³⁹. Portanto, doravante o armador não precisava de assumir o risco e, se pretendesse recusá-lo, devia manifestar a sua recusa¹⁴⁰ provavelmente através de uma *praedictio*¹⁴¹.

Esta doutrina seria irrecusável se a *actio recepticia*¹⁴² tivesse desaparecido no direito justinianeu, substituída pela *actio locati*. Porém, se esta *actio* não a afastou, compreende-se a interrogação de MÉNAGER sobre a manutenção da *actio (civilis) locati* ao lado da *actio (praetoria) de recepto*¹⁴³.

Com efeito, as fontes conservam a antiga *actio in factum*¹⁴⁴ e não falta quem, como DE ROBERTIS, considere que “il motivo per cui Giustiniano avrebbe

138 L. MÉNAGER, *o.c.* 201, 206 e 208.

139 P. HUVELIN, *o.c.* 146-154.

140 P. HUVELIN, *o.c.* 153-154; e L. MÉNAGER, *o.c.* 210.

141 Relaciona-se a *praedictio* com a exoneração da responsabilidade do *nauta* nos danos causados em bagagens (D. 4,9,7pr.). Mas não parece ousado estendê-la para libertar o *nauta* das perdas e danos causados em quaisquer mercadorias. J. VAN OVEN, *o.c.* 424.

142 Há muitas dúvidas sobre a *actio recepticia*, questionando-se, nomeadamente, a sua natureza (penal? Reipersecutória? Contratual? Delitual?), o seu âmbito ou campo de aplicação; a data em que terá sido criada; etc. P. HUVELIN, *o.c.* 93, 136-137, 143-144 e 155-157; R. FEENSTRA, *o.c.* 110; M. SARGENTI, *o.c.* 567-577; U. BRASIELLO, *L'Unitarietà*, *cit.* in *RISG* III, 1928, 3; L. MÉNAGER, *o.c.* 204 e 389-390; e J. VAN OVEN, *o.c.* 149.

143 L. MÉNAGER, *o.c.* 411.

144 D. 4,9,3,1.

conservata in questo caso l'antica *actio in factum* è appunto in ciò: che la normale azione contrattuale nascente dal rapporto fondamentale non era idonea a far valer la responsabilità abnorme che si intendeva addossare al *nauta*”¹⁴⁵.

Por isso, impor-se-á uma observação sobre as *actiones locati* e *de recepto* que consagram a responsabilidade do *nauta* contraída, respectivamente, na *locatio-conductio operis* e no *receptum*: será, no direito justinianeus, igual ou diferente?

A responsabilidade pelo risco (*periculum*) assumida pelo *nauta* num *receptum* não terá cessado totalmente por efeito da *exceptio labeoniana*: afastados os danos causados por naufrágio e pirataria, persistem outros: *v.g.*, os resultantes de roubo, de transbordo determinado por tempestade, de actos dos passageiros¹⁴⁶, etc. Ora, sendo o *nauta* responsável por *custodia* na *locatio-conductio*, talvez a *actio recepticia* conservasse um espaço próprio de aplicação nos outros casos em que a perda ou dano ultrapassasse o âmbito da *custodia*.

Porém, para que assim fosse, seria necessário que o *receptum* conservasse a sua independência: não tivesse sido incorporado, como elemento natural, na *locatio-conductio*. Por isso, a alternativa parece clara: se foi incorporado, tornando-se parte integrante deste contrato, a *actio recepticia* teria desaparecido e, portanto, ficariam apenas as *actiones locati et conducti*; se não foi, compreender-se-a a atitude dos compiladores de Justiniano de conservarem, no *Corpus Iuris Civilis*, a *actio recepticia* e aquelas *actiones*.

Reduzido o problema à determinação do *receptum* como elemento natural da *locatio-conductio*, urge observar dois textos particularmente importantes atribuídos a ULPIANUS e considerados interpolados:

D. 4,9,1,1: “... *ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus*”.

A responsabilidade atribuída ao *nauta* no *edictum praetoris* justifica-se por não lhe ser gravosa: o *nauta* pode não assumir (*recipere*) a garantia do risco. Por outro

145 F. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell'armatore*, cit. 2140.

146 O *nauta* podia responder por danos causados por passageiros: D. 4,9,1pr.-1; -4,9,1,8. Poder-se-á explicar o texto que afasta esta responsabilidade (D. 47,5,6) com a ausência de *receptum* ou, no direito justinianeus, por *praedictio*. M. SARGENTI, *o.c.* 557.

lado, se esta responsabilidade não fosse assim determinada abrir-se-ia a porta a possíveis fraudes concertadas com ladrões. Portanto, o *nauta* não tem que assumir expressamente a responsabilidade pela restituição das mercadorias intactas no destino previsto, mas pode desobrigar-se. Parece, pois, que a sua responsabilidade deriva da *locatio-conductio* por determinação da lei¹⁴⁷.

D. 4,9,7pr.: “...*item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestitutum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur*”.

Embora se trate de situações em que viajam pessoas e coisas (provavelmente passageiros e suas bagagens), o *nauta* não responde se declarou não assumir a responsabilidade por danos. Ora, se uma *praedictio* é necessária, é porque a sua responsabilidade resulta da *locatio-conductio*¹⁴⁸.

Por isso, fala-se de agravamento da responsabilidade do *nauta* no direito justinianeu em comparação com a de outros *conductores operis faciendi*: enquanto estes respondem por *dolus* e *culpa* (responsabilidade subjectiva), a responsabilidade daquele tinha um carácter objectivo: só era limitada pelo *damnum fatale*¹⁴⁹.

Há quem justifique “la disciplina della compilazione giustiniana nel suo dichiarato proposito de voler rendere la responsabilità dell’armatore particolarmente severa, al fine di prevenire il pericolo de frodi e di malefatte a danno dei caricatori”¹⁵⁰; quem invoque a “moralità abnorme della classe di persone a cui andava applicata”¹⁵¹; e quem fale de desinteresse estatal pelo incremento do tráfico marítimo¹⁵². Todavia, não falta também quem recuse esta

147 No mesmo sentido, P. HUVELIN, *o.c.* 146; L. MÉNAGER, *o.c.* 411; e J. VAN OVEN, *o.c.* 141.

148 É também a doutrina de L. MÉNAGER, *o.c.* 207-210; e de J. VAN OVEN, *o.c.* 156, para quem os compiladores apagaram a referência ao *receptum* no texto de GAIUS (D. 4,9,5) porque “le *receptum* était un *naturale* de la *locatio-conductio* au lieu d’un engagement indépendant de celle-ci” e, portanto, tornou-se “superflu, car d’après cette doctrine (émise par GAIUS) les *nautae* sont tenus à surveiller les marchandises reçues à bord, aussi bien avec que sans *receptum*”. E conclui: “Cette doctrine mène à force de logique à l’unification des deux formes du contrat de transport dans un contrat unique”.

149 J. VAN OVEN, *Recensione*, cit. 424.

150 F. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell’armatore*, cit. 20.

151 F. DE ROBERTIS, *ibidem* 21. Também C. ALZON, *o.c.* 335, e L. MÉNAGER, *o.c.* 409, referem a falta de reputação do *nauta* em Roma.

152 F. DE ROBERTIS, *ibidem* 23.

justificação, porque “pei Bizantini il mare costituisse ormai l’unica via pel mantenimento dei rapporti commerciali e politici con gli altri paesi, in conseguenze della quasi assoluta interruzione dei traffici terrestri” e, por isso, considere que houve “permanente interesse dello Stato bizantino per lo sviluppo della navigazione”¹⁵³. Só assim se compreendem os diversos privilégios concedidos aos armadores e a assunção, pelo Estado, do risco de *naufragium*¹⁵⁴.

Se estas observações se afiguram pertinentes e, parecendo irrecusável a transformação do *receptum* num elemento natural da *locatio-conductio*, questionar-se-á se o direito justinianeu agravou a responsabilidade do *nauta*, embora permitindo que, por *praedictio*, a afastasse em danos ou perdas atribuídas a *vis maior* ou a outros eventos, como condutas de passageiros. Se olharmos, tão-só, para o novo regime jurídico do contrato de transporte marítimo (*locatio-conductio operis*), responder-se-á afirmativamente: o que era um *pactum* independente, embora acessório deste contrato, é agora uma parte integrante (elemento natural); por isso, enquanto outrora o *nauta* não precisava de afastar a sua responsabilidade pelo risco específico do mar (porque não resultava da *locatio-conductio*), agora ver-se-ia obrigado a recusá-la expressamente, porque resulta deste contrato. Mas se considerarmos os diversos benefícios que o Estado bizantino concedia aos *nautae* com destaque para a assunção do risco de *naufragium*, veremos que a sua responsabilidade era fortemente temperada por medidas políticas de protecção estatal.

Por isso, entendemos que “le désarroi du droit maritime romain qui a tant fait souffrir les juristes de tous les siècles” que VAN OVEN atribui aos compiladores de Justiniano¹⁵⁵ deve-se ao facto deliberado de não terem querido afastar do *Corpus Iuris Civilis* instrumentos jurídicos definitivamente superados por uma prática movida por necessidades diferentes daquelas para que haviam sido criados. Não se trata, porém, de ausência de “force de tirer les conséquences logiques de la doctrine émise par Gaius dans note D. 4,9,5 et admise dans la codification”, como entende VAN OVEN¹⁵⁶, mas do respeito,

153 F. DE ROBERTIS, *ibidem* 23.

154 F. DE ROBERTIS, *ibidem* 23-24; e S. SOLAZZI, *o.c.* 46.

155 J. VAN OVEN, *Actio de recepto*, cit. 156-157.

156 J. VAN OVEN, *ibidem* 156.

embora meramente formal, por uma tradição que, só ela, justifica também que, não havendo pretor nem *actiones* e outros expedientes por ele criados, ou seja, não havendo já o *ius praetorium*, as fontes justinianeias não os tenham omitido. São puras reminiscências históricas que, sem incomodarem a prática do tempo de Justiniano, oferecem ao romanista um importante campo de estudo.

7. BREVISSIMA REFERÊNCIA AO DIREITO PORTUGUÊS

As sucessivas Ordenações portuguesas não se preocuparam com o contrato de transporte marítimo, deixando ao costume a função de o disciplinar. Este relativo desinteresse, aliás comum a vários países europeus¹⁵⁷, não surpreende porque, como observa BRUNETTI, o transporte marítimo é uma criação da prática, embora reconheça que é um dos subtipos da *locatio operis* determinado por uma *faciendi necessitas*¹⁵⁸.

Por isso, também não se estranha que, preocupada com o direito subsidiário a que se devia recorrer na integração das lacunas, a lei de 18 de Agosto de 1769, crismada com a denominação “Lei da Boa Razão” por CORREIA TELLES “porque refugou as Leis Romanas, que em boa razão não foram fundadas”¹⁵⁹, tenha afastado o direito romano quando a lacuna do direito pátrio se referisse a matérias políticas, económicas, mercantis ou marítimas. Simplesmente, Pascoal José de MELLO FREIRE, contemporâneo daquela Lei a grande executor das reformas pombalinas, não deixou de chamar a atenção para o facto de o direito romano ser muito mais completo do que as nossas Ordenações, em matéria de incêndio, ruína, naufrágio, etc¹⁶⁰.

O contrato de fretamento foi disciplinado no primeiro Código comercial português, promulgado por Decreto de 18 de Setembro de 1833. As marcas

157 N. BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, Coimbra, 2004, 27-48 e 55; e A. BRUNETTI, *Diritto marittimo privato italiano III. Parte prima. Dei trasporti marittimi*, Turim, 1935, 4.

158 A. BRUNETTI, *ibidem* 8, 16 e 22; e N. BASTOS, *ibidem* 27-48 e 55.

159 M. J. ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, Coimbra, 2000, 366-372; N. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa, 2000, 392-397; e N. BASTOS, *ibidem* 53.

160 P. J. MELLO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, in *BMJ* 162, Lisboa, 1967, 94-95.

romanas são ainda muito claras: *u.g.*, na denominação de “contracto de locação-condução d’uma embarcação”, embora se chame “contracto de fretamento”; na terminologia que identifica as partes: “o *locator* denomina-se fretador; o *conductor* afretador; no “fretamento redondo, isto é, por todo o navio ou somente por uma parte d’elle” e no “fretamento à carga”¹⁶¹; a não obrigação de o afretador pagar o frete “de fazendas perdidas por naufrágio ou variação, roubo de piratas ou tomadas por inimigo”, podendo mesmo o fretador “repetir o frete adiantado, salvo convenção em contrário”¹⁶²; etc. O segundo e actual Código comercial promulgado por Decreto de 23 de Agosto de 1888, não se afasta substancialmente do Código anterior: mantém o âmbito do contrato de fretamento (por todo o navio; por uma parte; por uma ou mais viagens; à carga; por objectos determinados ou designados só pelo seu número, peso e volume) e a responsabilidade das partes que denomina “fretador” e “afretador”, omitindo, no entanto, a terminologia romana *locator* e *conductor*¹⁶³.

Todavia, é um Código de 1888 e, por isso, não surpreende que se encontre profundamente revogado por vasta legislação avulsa. O contrato de fretamento é hoje disciplinado pelo Decreto-Lei nº. 191/87 de 29 de Abril que, em relação às partes, mantém a terminologia consagrada naquele Código: o “fretador” obriga-se a pôr à disposição do “afretador” um navio ou parte dele para fins de navegação marítima, mediante o pagamento de uma retribuição pecuniária denominada “frete”¹⁶⁴. Distingue o fretamento por viagem (o navio ou parte é cedido para que o afretador o utilize numa ou mais viagens)¹⁶⁵, o fretamento a tempo (um navio é posto à disposição do afretador para que o utilize durante certo período de tempo)¹⁶⁶ e o fretamento em casco nu (o fretador obriga-se a pôr à disposição do afretador um navio não armado nem equipado)¹⁶⁷. E, como no direito comercial marítimo romano, o afretador tem o direito de manter a bordo um representante seu para acompanhar a execução do contrato¹⁶⁸.

161 Artº. 1498º.

162 Artº. 1529º.

163 Artº. 542º. ss. 161.

164 Artº. 1º.

165 Artº. 5º.

166 Artº. 22º.

167 Artº. 33º.

168 Artº. 43º.

Por sua vez, o contrato de transporte marítimo de passageiros é hoje disciplinado pelo Decreto-Lei nº. 349/86 de 17 de Outubro, com algumas marcas igualmente romanas, de que destacamos a responsabilidade do transportador por danos que o passageiro sofra no navio, durante a viagem¹⁶⁹.

Em conclusão, poder-se-á dizer que o direito português, embora fortemente tributário duma prática regida por usos e costumes do comércio marítimo, não deixou de sofrer a influência de algumas disposições do direito romano que, todavia, se foram esbatendo com o tempo. A ponto de hoje, talvez não seja ousado afirmar, com Manuel FAIRÉN, que “las innovaciones han sido tantas y de tal magnitud que podemos considerar que en esta matéria no somos herederos del derecho romano (...) de lo que se resiente claramente la elaboración actual de los conceptos y la situación dogmática de esta importantísima matéria”¹⁷⁰.

169 Artº. 14º.

170 M. FAIRÉN, *apud* P. OURLIAC/ J. DE MALOFSSE, *Derecho romano y francés histórico*, trad. espanhola de Mannuel Fairén, I. Derecho de obligaciones, Barcelona, 1960, 472.

