

O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO (DIREITO ROMANO) BREVE REFERÊNCIA AO DIREITO PORTUGUÊS

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

Universidade de Coimbra. Universidade Lusíada – Norte

Sumário

1. Nota prévia
2. Antecedentes
3. *Locatio-conductio navis*
4. Responsabilidade limitada do *nauta*:
 - 4.1 Contrato de transporte marítimo de mercadorias (*locatio-conductio ad onus vehendum*)
 - 4.2 Contrato de transporte de passageiros (*locatio-conductio ad vectores vehendos*)
5. Responsabilidade absoluta do *nauta*: o *pactum de receptum*
6. Responsabilidade limitada do *nauta*: a *exceptio labeoniana*
7. Direito justinianeu
8. Direito português: brevíssima referência
9. Conclusões

1. NOTA PRÉVIA

Depois do estudo das diversas modalidades¹ da *locatio-conductio* – da *locatio-con-*

¹ Não ignoramos que a teoria das três *locationes* foi contestada pela doutrina da unidade contratual que, embora reconheça que os fins podem ser diversos, destaca, como elementos essenciais, o acordo (*consensus*), a coisa (*res*) e a renda (*merces*) que conferem à *locatio-conductio* uma unidade dogmática. As próprias fontes mostram uma relação jurídica unitária e um tipo contratual único: D. 19,2; C. 4,65; GAIO 3,142-147. Todavia, a doutrina romanista continua a esquematizar a *locatio-conductio* em três modalidades – a *locatio-conductio rei*, a *locatio-conductio personarum* e a *locatio-conductio operis* – por se revelar útil e cómoda como finalidade expositiva. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, 5^a. ed., em *Studia Iuridica*, 76, Coimbra, 2017, p. 64 e a bibliografia aí indicada.

*ductio rei*², da *locatio conductio personarum*³ e da *locatio-conductio operis*⁴ --, publicámos o *contrato de transporte marítimo (direito romano)* por ocasião dos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, estudo através do qual participámos na homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier⁵.

Retomamos agora este tema que continua a suscitar profundas divergências entre os romanistas que consideram os textos confusos, tenebrosos e enigmáticos⁶, um campo de controvérsias⁷, uma hipercrítica exagerada que atacou vigorosamente a autenticidade dos textos⁸ e dificulta as questões de que se tem ocupado uma literatura prolixa⁹, dificuldades que justificam a seguintes afirmação de J. C. VAN OVEN: «*Nous ne savons rien avec certitude*»¹⁰.

Todavia, não existe livro, por mais gasto que esteja, que não consinta nova leitura e impõe-se, se não mergulhar num pântano de dúvidas, pelo menos tentar clarificar um tema que, como se referiu, carece de simplificação. Afinal, como observa MÉNAGER, mantêm-se as «*interprétations les plus divergentes*» e «*il serait en effet surprenant, à priori, que le technique juridique romanine, toute formée sur le respect de situations concrètes données, ait pu aboutir dès l'époque classique à un concept unitaire de responsabilité*»¹¹.

Para que possamos esboçar a génese do contrato de transporte marítimo, falaremos dos seus antecedentes. Depois, referiremos, sucessivamente, a locação de navio; a responsabilidade limitada do *nauta* no transporte de mercadorias e de passageiros e só de passageiros; a responsabilidade absoluta, proveniente do *pactum de recepto*; e a responsabilidade de novo limitada, por efeito da *exceptio labeoniana*. Finalmente, ocupar-nos-emos do direito justinianeu e do direito português.

² Vide A. SANTOS JUSTO, *A locatio-conductio rei (direito romano)* no BFD LXXVIII, 2002, pp. 13-41.

³ Vide A. SANTOS JUSTO, *A locatio-conductio operarum* em *Ars Iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, III, Coimbra, 2008, pp. 775-800.

⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, *Locatio-conductio operis* em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita I*, Coimbra, 2009, pp. 1023-1058.

⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *Contrato de transporte marítimo (direito romano)* em *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, II, Coimbra, 2007, pp. 11-42.

⁶ Vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati* na RDN, XVII, Parte I, 1956, 3; e EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. espanhola de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1988, p. 516¹⁵⁴, que cita VAN OVEN.

⁷ Vide VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, trad. espanhola da 10^a. ed. italiana por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1986, p. 373⁴³.

⁸ Vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 11; ROBERT FEENSTRA, *Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle: D. 19,2,40 et D. 4,9,5* em *Droits de l'Antiquité et Sociologie Juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, pp. 104-105; e FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Ancore sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)* na RDN, XIX, Parte I, 1958, p. 241.

⁹ Vide LÉON-ROBERT MÉNAGER, «*Naulum*» et «*receptum rem salvam fore*». *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain* na RHDFF 38, 1960, p. 177. O Autor cita ARANGIO-RUIZ (p. 178), para quem a responsabilidade do transportador marítimo é «*un vero semenzaio di controversie*» e «*um dos mais belos espinhos do problema da responsabilidade contratual no direito romano*».

¹⁰ Vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 8.

¹¹ Vide L. R. MÉNAGER, «*Naulum*» et «*receptum rem salvam fore*». *Contribution a l'étude de la responsabilité contracuelle dans les transports maritimes, en droit romain*, na RHDFF, 38, 1960, p. 179.

2. ANTECEDENTES

Sendo a navegação do Mediterrâneo muito mais antiga que as *actiones* que, mais tarde, tutelaram o contrato de transporte marítimo, importa questionar: sem o conhecimento deste contrato, que expedientes processuais protegiam os *nautae* e os donos de mercadorias que aqueles se obrigavam a transportar?

As fontes apresentam várias *actiones* com que o *nauta* podia ser demandado. Referimos com a brevidade que o tempo e as circunstâncias impõem:

a) a *actio oneris aversei*: trata-se duma ação mal conhecida, questionando-se a sua natureza (penal ou reipersecutória)¹². É provável que tenha sido criada no tempo em que era grande a indefinição das relações jurídicas emergentes do transporte marítimo e caído em desuso depois do desenvolvimento da *actio locati*, ainda durante a República¹³. Segundo TORRENT, teria sido originariamente uma *actio in factum*, provavelmente penal, que os donos das mercadorias intentavam contra os *nautae* transportadores por as terem roubado. É referida num texto de ALFENO a propósito do transporte de trigo num navio de Saufeio¹⁴;

b) a *actio furti adversus nautas*; também mal conhecida, é provável que tenha sido igualmente uma ação penal, *in factum* e *in duplum*, intentável contra o *nauta* por furtos cometidos por marinheiros ao seu serviço que o impediam de restituir as coisas furtadas¹⁵. Segundo TORRENT, o *nauta* responde quando o roubo é imputável à sua própria atuação ou à conduta descuidada dos seus dependentes (que a partir da jurisprudência medieval se vem chamando *culpa in eligendo*)¹⁶;

¹² Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, Paris, 1929, pp. 118-119.

¹³ Vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 115 e 120; J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 8; e ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, p. 47.

¹⁴ Cf. D. 19,2,31. Neste fragmento, ALFENO aprecia a seguinte situação: no navio de Saufeio foi carregado trigo de diversos donos. O trigo foi misturado e Saufeio restituiu o trigo da massa comum a um dos proprietários. Logo a seguir, o navio afundou-se e perguntou-se se os restantes proprietários podiam intentar contra Saufeio, em relação às suas partes de trigo, a *actio oneris aversei*. Para o jurista, parece que o trigo se tornou propriedade do transportador e, por isso, desaprova aquela *actio*, podendo haver lugar, sim, à *actio furti*. Sobre este texto, que tem suscitado muitas dúvidas e alimentado forte controvérsia, vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 115-120, que vê nesta *actio* uma ação penal, pessoal; e J. C. VAN OVEN, *ibidem*, p. 8.

¹⁵ Vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 93 e 120-127; EDOARDO DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D. 19,2 (Alfenus Libro V Digestorum a Paulo Epistomatorum)*, em SDHI, XII, 1946, pp. 86-98; M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milão, 1953, pp. 570-580; FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell'armatore in diritto romano e i limiti di validità del principio limitativo*, na RDN, XIV – Parte I, 1953, p. 17²²; e F. SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, na BIDR LXVI, 1963, pp. 24-33.

¹⁶ Cf. D. 47,5,1pr. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 40. Vide também: FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *ibidem*, p. 17²²; P. HUVELIN, *ibidem*, p. 120 e 126, para quem, na maioria dos casos, o roubo era cometido por um escravo ou empregado livre; MANLIO SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, cit., pp. 555 e 557; J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., pp. 8-9; SIRO SOLAZZI, *Apunti di diritto romano marittimo*, em RDN II – Parte I, XIV-XV, 1936, p. 117 e 119; e EDOARDO CARRELLI, *Responsabilità ex recepto del nauta e legittimazione ad agire di dano*, em RDN, IV – Parte I, 1938, XVI-XVII, pp. 324-325.

c) a *actio damni adversus nautas*: também é mal conhecida¹⁷. É provável que tenha sido concedida aos donos das mercadorias transportadas contra o *nauta* para ressarcimento dos danos causados a bordo do navio por marinheiros a quem este confiara a navegação¹⁸. As fontes apresentam-na como *actio in factum in duplum*¹⁹ e fundamentam-na na culpa *in eligendo* do *nauta*: nas palavras atribuídas a ULPIANO, «quando emprega (escravos) alheios, deve explorar quais são os fiéis e probos»²⁰.

A diversidade destas ações mostra que estamos ainda numa primeira fase marcada pela ausência do contrato de transporte marítimo. E a sua presença no *Corpus Iuris Civilis* mostra, na opinião de VAN OVEN, que os compiladores de Justiniano «ont causé désarroi du droit maritime romain qui a tant fait souffrir les juristes de tous les siècles»²¹.

Relativamente ao contrato de transporte marítimo subsistem dúvidas sobre a sua origem e evolução. Por isso, talvez devêssemos seguir a *prudentia* que, nestas situações, recomenda que devemos praticar a sábia *ars ignorandi*²².

Todavia, há elementos que sugerem a possibilidade de a evolução jurídica do contrato de transporte marítimo ter passado por três fases: 1) antes do *edictum* do pretor que introduziu o *receptum* e a correspondente *actio de recepto*, a responsabilidade do *nauta* era limitada; 2) por o ser, e para proteger os proprietários das mercadorias transportadas, aquele *edictum* consagrou a possibilidade de o *nauta* se obrigar, por *receptum*, a ressarcir os danos causados se não restituísse integralmente, isto é, sãs e salvas, as mercadorias recebidas para transportar no seu navio. Ou seja, a responsabilidade do *nauta* tornou-se absoluta²³; 3) finalmente, por efeito da exceção sugerida por LABEÃO (*exceptio labeo-*

¹⁷ Cf. D. 4,9,7,4, -47,5,16. Segundo M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, cit., pp. 561 e 566, esta ação não existe como instrumento autónomo: tratar-se-ia da *actio legis Aquiliae*.

¹⁸ Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., pp. 93 e 127-128.

¹⁹ Cf. D. 4,9,7,1. No entanto, ULPIANO (D. 4,9,3,1) «estranha qua se tenha introduzido a ação honorária, quando as há civis; a não ser que o pretor quisesse reprimir a improbidade deste género de homens» (*miratur igitur cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles; nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitas hoc genus hominum* »).

²⁰ D. 4,9,7,4: «... nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint».

²¹ Vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto e actio locati*, cit., p. 157. Vide também E. DE SANCTIS, *interpretazione del fr. 31, D. 19,2 (Alfenus libro V digestorum a Paulo epitomatorum)*, cit., p. 113.

²² Sobre a origem dos institutos, escreveu ALVARO D'ORS: «Creo que, como en tantas otras cuestiones de orígenes, debemos practicar la ars ignorandi». E, no mesmo sentido, se pronunciou SEBASTIÃO CRUZ. Cf. ALVARO D'ORS, no *AHDE* 20, 1950, p. 901; e SEBASTIÃO CRUZ, *Da «solutio» I*, Coimbra, 1962, p. 173.

²³ D. 4,9,1pr. (ULPIANO): «Diz o pretor: «darei ação contra os nautas (...) que não restituem o que de qualquer pessoa tenham recebido sob custódia» («Ait Praetor: Nautae (...) quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo»). Vide J. C. VAN OVEN, *ibidem*, p. 5, para quem o *nauta* (ou o *exercitor*) tomava para si todos os riscos do transporte. No mesmo sentido, vide L. R. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., p. 406, para quem «le receptum imposait au nauta un regime exceptionnellement lourd de garantie illimité à l'égard du fret embarqué». E prossegue: «Quelle que fut la raison et la mesure où le receptum était conclu, le nauta était tenu pour intégralement responsable envers eux»; e FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *D. 19,2,31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, em *SDHI*, XXXI, 1965, p. 105-106 que fala de «responsabilità illimitata» e para quem «la notizia della introduzione, ad opera di Labeone, di una exceptio liberatoria nel caso di perdita del carico dovuta a naufragium o a vis piratarum, ci permette di argomentare che nella età anteriore la responsabilità fosse assoluta».

niana) que desobrigou o nauta se as mercadorias se perdessem por naufrágio ou ataque de piratas, a referida responsabilidade deixou de ser absoluta²⁴.

Em consequência, é provável que a evolução da *locatio-conductio* tenha também seguido estas fases: 1) nos primeiros tempos, teria estado só; 2) depois, ter-se-lhe-ia juntado o *pactum de recepto* que, embora independente, era acessório; 3) finalmente, terá integrado este *pactum* como seu elemento natural (*naturale negotii*).

Esboçada a probabilidade desta evolução, torna-se necessário estudar o contrato de transporte marítimo de mercadorias e de passageiros. Antes, porém, justifica-se que nos ocupemos da locação de navio (*locatio-conductio navis*).

3. LOCATIO-CONDUCTIO NAVIS

Estamos perante uma *locatio-conductio rei* que não traduz um verdadeiro contrato de transporte: o dono de um navio limitava-se a locá-lo com ou sem os elementos da tripulação (*gente do mar*) que, nas palavras de ULPIANO, «são todos os que estão no navio por causa da navegação»²⁵.

A locação podia ser feita a uma ou várias pessoas²⁶ e o frete a pagar designava-se *naulum*²⁷. O armador (*nauta*)²⁸ e o fretador eram considerados, respetivamente, *locator* e *conductor*²⁹.

²⁴ Vide *infra*, n.º 6.

²⁵ D. 4,9,1,2: «...qui navis navigandae causa in nave sint». Trata-se de pessoas de diferentes classes, como o *magister navis*, o *gubernator navis*, os remadores, etc., que se ocupavam da navegação do navio. Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 89. Sobre a figura do *gubernator*, personagem que, pela sua experiência e especiais conhecimentos técnicos, era indispensável e respondia pela navegação do navio, vide CESARE MARIA MOSCHETTI, *Il «gubernator navis»*. Contributo alla storia del diritto marittimo romano, em SDHI, XXX, 1064, pp. 51-112. Em síntese, o Autor considera que o *gubernator*: 1) comanda o navio, sentado, com um *gladium*, na popa; 2) representa a divindade protetora do navio; 3) antes de entrar no navio deve observar as condições atmosféricas indispensáveis à navegação; 4) obriga-se a conduzir ao porto fixado com as mercadorias e pessoas; 5) a condução do navio é independente e, por isso, o *dominus navis* ou o *exercitor* não devem interferir; 6) é obrigado a dirigir o navio com *diligentia* e *peritia* e segundo a *scientia* marítima. Vide também GIUSEPPE BRANCA, *Recensioni critiche* em IURA, XVIII, 1967, pp. 220-223, para quem nos negócios de meia grandeza, as funções do *magister* e do *gubernator* eram desempenhadas por uma única pessoa; e GÉRARD BOUVERT, *Lettura. «Gubernare»*, em Labeo, 16, 1970, pp. 61-63, para quem a obrigação do *gubernator navis* para com o *dominus navis* ou *exercitor* é uma obrigação de resultado, decorrente duma *locatio operis faciendi* ou dum *mandatum*, consoante a sua atividade seja onerosa ou gratuita, em razão da grande liberdade de ação de que dispõe.

²⁶ Segundo MÉNAGER, devia ser frequente que vários comerciantes se associassem na locação de um navio. E cita Catão para quem era preferível participar com 1/50 no carregamento de 50 barcos do que fretar um só navio e assumir os riscos. Vide MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain, cit., pp. 182-183; e *infra*, nota 30.

²⁷ Cf. D. 20,4,6,1; -30,39,1.

²⁸ O armador era, como hoje, «il capo responsabile del esercizio» do navio. Vide F. DOMINEDO, *Figura e responsabilità dell'armatore*, em Studi in onore di Pietro De Francisci, II, Milão, 1956, 587. Segundo este Autor, «il concetto di armatore () sta particolarmente a rappresentare un felice ritorno alla origini».

²⁹ Cf. D. 4,9,3,1; -14,1,1,3; -14,2,10,2; -19,2,61,1. No entanto, estas posições e as *actiones* que as tutelavam nem sempre se apresentam fixas; v.g., o fretador de navio (*conductor*) é tutelado com a *actio ex*

A locação de navios em bloco era natural por quem queria, a seu custo e risco, desenvolver a indústria da navegação³⁰. Se o navio fosse locado sem os *nautae*³¹, 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*»³².

Há também quem pense que historicamente o transporte marítimo começou por ser uma *locatio-conductio* e assinale o seu ponto da partida no século II a.C.³³ E quem entenda que esta *locatio* teve origem na Babilónia, donde terá passado aos direitos fenício e grego que, por sua vez, influenciou o direito romano que, ainda na época de LABEÃO, ou seja, nos finais do séc. I a.C. e início do séc. I da nossa era³⁴, conheceu duas conceções: a locação sobre a totalidade ou parte de um navio (*locatio-conductio rei*) e a locação sobre mercadorias que o *nauta*³⁵ se obrigava a transportar (*locatio-conductio operis faciendi*). Neste caso, que constituía um verdadeiro contrato de transporte marítimo, o navio funcionava como simples meio de transporte³⁶; e a possibilidade de o *nauta* utilizar um navio que não agradasse aos fretadores podia ser afastada através de uma cláusula que a proibisse³⁷.

Não deixa de ser interessante 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 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 navio.

conducto locato (D. 14,2,10,1); e, no transporte de mercadorias, a mesma *actio* 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, o *locator*) levou LABEÃO a conceder uma *actio in factum* ao dono das mercadorias contra o *nauta* transportador: D. 19,5,1. Vide J. DAUVILLIER, *Le contrat d'afrètement dans le droit de l'antiquité*, em *Mélanges offerts à Jacques Maury*, II, Paris, 1960, pp. 102-103; U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, na *RISG* II, 1927, p. 560; e L. MÉNAGER, *ibidem*, p. 391¹²².

³⁰ Vide S. SOLAZZI, *La definizione dell'armatore in D. 14,1,1,15 e la locazione perpetua della nave*, na *RDN IX – Parte I*, 1943-48, p. 36; J. DAUVILLIER, *ibidem*, pp. 97-98; e P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 90. Segundo L. R. MÉNAGER, *ibidem*, p. 183, Catão preferia participar em 1/50 da carga de 50 navios a fretar um só navio e assumir todos os riscos. E entende que esta associação, que permitia dividir os riscos, foi abundantemente praticada pelos fretadores medievais e influenciou, no século XVII, o direito marítimo francês.

³¹ Vide *supra*, nota 25.

³² Vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 90-91. Contra a *communis opinio*, BRASIELLO considera que o transporte não era uma *locatio operis*, mas *rei*, «*poichè è la cosa da trasportare che viene sempre considerata come elemento essenziale del contratto*». Vide H. BRASIELLO, *ibidem*, pp. 558-561.

³³ Vide L. MÉNAGER, *ibidem*, pp. 184, 186 e 212.

³⁴ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, 4ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 388-389.

³⁵ Falamos agora de *nauta* no sentido de armador (*exercitor*) ou seja, de quem arma o navio. Sobre os vários sentidos do vocábulo *nauta*, vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 89 e 157; e L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., pp. 204-205.

³⁶ Vide J. DAUVILLIER, *Le contrat d'afrètement dans le droit de l'antiquité*, cit., pp. 97-103.

³⁷ Cf. D. 14,2,10,1. Vide J. DAUVILLIER, *ibidem*, p. 105.

A figura e a prática da locação de navios não era estranha em Roma e as fontes³⁸ não suscitam dúvidas. E, embora não refiram os seus efeitos jurídicos, fica a possibilidade de o regime normal e os riscos onerarem o *dominus navis* enquanto *locator*³⁹.

Outra situação que causa alguma perplexidade é a referência à possibilidade de a *locatio-conductio navis* ser feita *in perpetuum*, situação que naturalmente descarateriza a *locatio*, enquanto contrato essencialmente temporário destinado a caducar com o decurso do prazo previsto (*ad tempus*) ou a realização da viagem acordada⁴⁰. Na verdade, um texto de ULPIANO refere:

D. 14,1,1,15: «Mas chamamos exercitor àquele a quem correspondem todas as utilidades e ganhos, quer seja proprietário do navio quer tenha-o tomado em locação a seu risco, temporária ou perpetuamente»⁴¹.

Na opinião de SIRO SOLAZZI, esta situação, que não transferia a propriedade do navio para o locatário, permitia ao *dominus* manter a imunidade do exercício de cargos públicos, privilégio atribuído aos armadores que realizassem o transporte de géneros alimentícios para Roma⁴². Trata-se duma explicação que, no entanto, seria afastada com o fim dos privilégios dependentes da mera qualidade de proprietário do navio, como observamos nos Basílicos que omitem a distinção «*vel ad tempus vel in perpetuum*»⁴³. Por isso, parece-nos mais acertada a tradução do Digesto feita por A. D'ORS, F. HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCIA-GARRIDO e J. BURILLO, que interpretam *perpetuum* por *indefinidamente*. Ou seja, além de *ad tempus* ou por viagem, a *locatio navis* podia ser feita por tempo indeterminado.

4. RESPONSABILIDADE LIMITADA DO NAUTA

4.1 Contrato de transporte marítimo de mercadorias (*locatio-conductio ad onus vehendum*)

Estamos perante um contrato consensual⁴⁴, bilateral, de boa fé⁴⁵, em que um arma-

³⁸ Cf. D. 4,9,3,1; -14,2,2pr.; -14,2,10,1; -14,2,10,2; -19,2,61,1.

³⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *A locação de coisa (locatio-conductio rei) no direito romano. Alguns reflexos no direito português em Lusíada*, 1 e 2, 2001, pp. 611-613.

⁴⁰ Cf. D. 14,2,10,2.

⁴¹ D. 14,1,1,15: «*Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes pervenieunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus, vel in perpetuum*».

⁴² Cf. D. 50,6,5,3. Vide SIRO SOLAZZI, *La definizione dell'armatore in D. 14,1,1,15 e la locazione perpetua della nave em RDN, IX — Parte I*, 1943-48, pp. 36-51, máxime 51.

⁴³ Cf. Bas. 53,1,2.

⁴⁴ Não falta quem tenha sustentado que este contrato teve, originariamente, carácter real: aperfeiçoava-se com a *traditio* das coisas a transportar. É a doutrina de KARLOWA e PEROZZI que, na opinião de H. BRASIELLO, parece lógica num primeiro momento em que, encontrando-se ainda pouco desenvolvida a consciência jurídica romana, os *nautae* sentiam-se obrigados somente quando a mercadoria lhes era entregue. Não assim nas épocas clássica e seguintes, como observa ainda U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, cit., pp. 31-38.

⁴⁵ Sobre a boa fé no transporte marítimo de mercadorias e de pessoas, vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 12, para quem ULPIANO e LABEÃO (D. 19,2,13,1-2) baseiam as suas

dor (*nauta*) se obrigava a transportar, para determinado destino, as mercadorias que lhe eram confiadas por uma ou mais pessoas, mediante o pagamento de uma remuneração (*naulus, vectura*) certa e determinada⁴⁶. O *nauta* ocupava a posição de *conductor*⁴⁷; e o dono (ou donos) das mercadorias a transportar, de *locatores*⁴⁸.

Quanto ao objeto deste contrato, as *res* a transportar podiam ser não fungíveis e fungíveis, havendo, nestas últimas, que distinguir segundo viajassem separadas ou misturadas com outras de proprietários diferentes. No primeiro caso, o *nauta* devia entregá-las no local e ao destinatário determinados; no segundo, adquiria a sua propriedade e desobrigava-se entregando igual quantidade do mesmo género e qualidade⁴⁹. Assim se pronunciou ALFENO sobre um transporte de trigo no navio de Saufeio:

D. 19,2,31: «... respondeu que há duas espécies de coisas locadas: uma em que se devolve a mesma coisa (...); outra em que se devolve o mesmo género (...) No primeiro caso, a coisa permanece no seu dono; no segundo, fica emprestada ...»⁵⁰.

Em consequência, se o trigo fosse transportado separadamente, o seu proprietário podia reconhecê-lo e, portanto, reivindicá-lo. Se tivesse sido misturado, não o podia reivindicar porque perdera a propriedade, tornando-se somente credor do *nauta* que lhe devia igual quantidade do mesmo género e qualidade. Este fragmento, cuja autenticidade tem sido questionada⁵¹, 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, respetivamente, mais elevado e mais baixo⁵².

decisões imediatamente na *bona fides*, sem recorrerem ao dolo, culpa ou custódia. Vide também o mesmo Autor em Francesco M. De Robertis, *receptum nautarum*, cit., p. 431.

⁴⁶ Como em qualquer *locatio-conductio*, o preço do transporte devia ser certo (D. 19,5,22pr.; GAI 3,143; I. 3,24,1), mas, agora, em *pecunia*, sem exceção (D. 16,3,1,9; -19,5,5,2). Se, num carregamento de escravos, o frete fosse devido pelo número embarcado, o falecimento de um (ou de alguns) não justificava a sua redução, salvo convenção em contrário (D. 14,2,10pr.). Se o transporte fosse gratuito, POMPÓNIO 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.).

⁴⁷ Vide H. BRASIELLO, *ibidem*, p. 558.

⁴⁸ Cf. D. 4,9,3,1; -14,2,2pr. No entanto, ainda na época clássica, a *iurisprudencia* hesitava entre a *locatio rei* e a *locatio operis*. LABEÃO procurou resolver a dificuldade substituindo a *actio locati* e a *actio conducti* por uma *actio in factum*, parecendo, assim, que via no contrato de transporte um contrato inominado.

⁴⁹ Vide G. PUGLIESE, *Locatio-conductio* em *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 609.

⁵⁰ D. 19,3,31pr.: «respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderentur (...) aut eiusdem generis redderetur (...) ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri...».

⁵¹ P. HUVELIN considera-o interpolado, mas J. DAUVILLIER entende que as alterações não passam de glosas meramente explicativas e, portanto, não alteram a substância. Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 116; e J. DAUVILLIER, *Le contrat d'affrètement dans la droit de l'antiquité*, cit., p. 107.

⁵² Vide J. DAUVILLIER, *ibidem*, p.107.

Relativamente à forma, não há exigências especiais⁵³. Quanto à origem, MÉNAGER considera-o anterior ao século I a.C.⁵⁴. 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*⁵⁵.

Que efeitos jurídicos produzia este contrato? 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 passou a existir se tivesse sido assumida por meio de um *pactum de recepto*.

Deixando para momento oportuno⁵⁶ a responsabilidade proveniente do *receptum* e olhando apenas para a normal *locatio-conductio operis*, os direitos e obrigações das partes resultavam deste contrato. E, quanto ao risco (*periculum*)⁵⁷, era repartido pelas partes: *v.g.*, no caso de naufrágio ou de danos causados por piratas, o *nauta* suportava os danos decorrentes da perda do navio ou do ataque de piratas, enquanto os proprietários das mercadorias embarcadas sofriam os prejuízos resultantes da sua perda ou deterioração⁵⁸.

Todavia, a evolução do regime jurídico criado pela *locatio-conductio operis* enquanto contrato de transporte marítimo não se deteve. A responsabilidade por custódia impôs-se mesmo sem o *pactum de recepto* e a famosa *lex Rodhia* exerceu significativa influência na repartição dos danos causados por situações específicas da navegação, como o naufrágio e a pirataria.

Quanto à responsabilidade por custódia⁵⁹, vejamos o que nos dizem:

⁵³ Segundo P. HUVELIN, *ibidem*, p. 92, a exigência de carta de fretamento é de origem germânica.

⁵⁴ O Autor apoia-se no facto de já ser conhecida de SÉRVIO SULPÍCIO RUFO. Vide L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., p. 389.

⁵⁵ Cf. D. 4,9,3,1; -14,2,2pr. No entanto, PAPINIANO (D. 19,5,1pr.) refere que, por vezes, na falta de *iudicia* claros e de *actiones* vulgares, recorre-se a *actiones in factum* e cita LABEÃO para quem deve ser concedida uma *actio civilis in factum* ao dono das mercadorias contra o *magister navis* se houver incerteza sobre a locação do navio ou das mercadorias a transportar.

⁵⁶ Vide *infra*, n.º 5.

⁵⁷ 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 cui è la conseguenza 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». Vide JUAN MIQUEL, *Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, em SZ XCIV, 1964, pp. 134-237 e 188.

⁵⁸ 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 essa garantia faltasse. Vide F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell'armatore in diritto romano e limiti di validità del principio limitativo*, cit., pp. 599-600; e L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., p. 201, para quem, na simples *locatio-conductio*, desde a origem, o armador não respondia por perigos do mar.

⁵⁹ A doutrina romanista tem sentido dificuldades na determinação da *custodia* como critério de responsabilidade objetiva ou subjetiva. Assim, há quem, como BRASIELLO, a identifique com a responsabilidade objetiva, ou seja, independente da *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

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

GAIO (D. 4,9,5pr.): «O preço cobrado pelo nauta, pelo pousadeiro e pelo responsável por estábulo não é de custódia, mas o do nauta, pelo transporte dos passageiros, o do pousadeiro, pela estância dos viajantes e o do responsável do estábulo pelo acolhimento dos cavalos; no entanto, ficam obrigados em razão de custódia, porque também nem o tintureiro nem o alfaiate recebem por custódia, mas pelo trabalho do seu ofício e ficam obrigados, por razão da custódia, em virtude da ação de locação»⁶⁰.

ULPIANO (D. 4,9,3,1): «... mas se o nauta locou o transporte das coisas, será demandado pela ação de locação»⁶¹.

GAIO é muito claro na responsabilidade que o *nauta* assume por custódia no contrato de *locatio-conductio (operis)*, ação que ULPIANO também refere. Em compensação, o *nauta* podia demandar os autores do dano (não os marinheiros a quem encarregou a navegação)⁶² com a *actio furti* e com a *actio damni*, como observamos em:

GAIO (D. 4,9,5,1): «Tudo o que temos dito sobre o furto deve entender-se também em relação ao dano; porque não deve duvidar-se de que quem recebe uma coisa que deva estar a salvo, entende-se que não fica desobrigado só por furto, mas também por dano»⁶³;

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 ALVARO 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 CÉSAR RASCÓN, fale de dilatação do âmbito da *culpa*, embora reconheça que a doutrina não valora a atitude anímica do indivíduo; quem, como JUAN IGLESIAS, fale de uma especial responsabilidade; e quem, como FEDERICO 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. Vide U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, cit., p. 3; P. BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, 5ª. ed., trad. espanhola de Luis Bacci e Andres Larrosa, Madrid, 2002, p. 439; ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, 9ª. ed., Pamplona, 1997, § 407; CÉSAR RASCÓN, *Manual de derecho romano*, 3ª. ed., Madrid, 2000, p. 249; JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª. ed., Barcelona, 1993, pp. 436-437; e FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, 2ª. ed., Madrid, 2004, pp. 136-137. Vide também: L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., pp. 402 e 405-406; J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., pp. 144-145; EMILIO BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 208; e G. PUGLIESE, *Locatio-conductio em Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, cit., p. 609.

⁶⁰ D. 4,9,5pr.: «Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta, ut traiciat vectores, caupo, ut viatores manere in caupona patiat, stabularius, ut permittat iumenta apud eum stabulari; et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur».

⁶¹ D. 4,9,3,1: «si vero res perferendas nauta conduxit, et locato convenietur...».

⁶² Nesta hipótese, a responsabilidade por danos cometidos pelas «gentes do mar» teria sido prevista no contrato de prestação de serviços (provavelmente a *locatio-conductio operarum*) que os ligava ao armador. Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 90.

⁶³ D. 4,9,5,1: «Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi; non enim dubitari oportet, qui nis, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere videatur».

ULPIANO (D. 47,5,1,4): «*mas se o pousadeiro ou o nauta tiver recebido a coisa de modo a que deva ficar a salvo, o dono da coisa furtada não tem a ação de furto, mas quem, recebendo-a, aceita a responsabilidade de custódia*»⁶⁴.

E relativamente à *Lex Rhodia*, cuja receção no direito romano HUVELIN situa no século I a. C.⁶⁵, é importante a sua influência 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 atos de piratas⁶⁶. Aí se consagra uma comunhão de perigo⁶⁷ e, por isso, os danos eram repartidos por todos os interessados⁶⁸ e o valor de cada contribuição era calculado em função do preço⁶⁹. O *magister navis* desempenhava a função de liquidatário⁷⁰ e a repartição dos danos decorria no âmbito duma relação jurídica entre o *nauta* e os donos das 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 salvas⁷¹; e os donos das mercadorias perdidas podiam demandá-lo com a *actio locati*⁷².

Além destes aspetos que marcam o regime geral desta *locatio-conductio*, o *dominus mercium* respondia pelo pagamento do frete se as mercadorias se perdessem sem culpa ou ocorresse outra anomalia. CÉVOLA fala-nos da primeira hipótese, referindo um navio cuja carga (azeite e trigo) foi confiscada na província de Cirene⁷³; e LABEÃO pronuncia-se sobre a segunda, não dispensando o dono dos escravos transportados de pagar a totalidade do frete se algum morrer no navio⁷⁴.

Entretanto, o conceito de *culpa* ia-se impondo em situações que nem sempre se demarcam da *custodia*. Assim, num fragmento de ULPIANO é referida a opinião de LABEÃO sobre a mudança de mercadoria para outro navio: porque o primeiro não podia navegar no rio de Minturnas, foi necessário mudar a carga para outro navio que, no entanto, naufragou. Questionado sobre a responsabilidade do dono do navio, respondeu: «*o dono do primeiro navio fica obrigado, mas se não tiver culpa, não se obriga; mas se*

⁶⁴ D. 47,5,1,4: «*Quodsi receperit salvam fore caupo vel nauta, furti actionem non dominum rei surreptae, sed ipse habet, qui recipiendo periculum custodiae subit*».

⁶⁵ Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 185. Entendemos, porém, que o facto de ter sido conhecida por ALFENO, SÉRVIO e LABEÃO não significa que não tenha penetrado antes no direito romano.

⁶⁶ Vide P. HUVELIN, *ibidem*, p. 93.

⁶⁷ Vide FRANCESCO DE MARTINO, *Note de diritto romano marittimo. Lex Rhodia*, na RDN, IV – Parte I, 1938, pp. 3,10 e 17.

⁶⁸ Os danos que resultassem naturalmente da viagem pertenciam ao *nauta*: D. 14,2,2,1; -14,2,2,3; -14,2,5. Vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 93, 147, 184, 185 e 188.

⁶⁹ Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., pp. 192-193.

⁷⁰ Como liquidatário, não respondia por insolvência de algum dos donos das mercadorias salvas: D. 14,2,2,6. Vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 192-193; e FRANCESCO DE MARTINO, *Note de diritto romano marittimo. Lex Rhodia*, cit., pp. 9, 12, 13 e 17.

⁷¹ Cf. D. 14,2,2pr. Vide FRANCESCO DE MARTINO, *ibidem*, p. 13.

⁷² Cf. D. 14,2,2. Vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 188-192; e FRANCESCO DE MARTINO, *ibidem*, pp. 3, 4 e 12.

⁷³ Cf. D. 19,2,61,1.

⁷⁴ Cf. D. 14,2,10pr. Vide EMILIO BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, cit., p. 211.

o fez contra a vontade do dono ou em tempo que não devia ou se trasladou a carga para navio menos seguro, então deve intentar-se a ação de locação»⁷⁵.

Estamos perante um fragmento cuja suspeita de interpolação não nos parece fundada, atento o facto de ULPIANO ter citado LABEÃO. Efetivamente, seria uma atitude muito grave se, podendo eliminar a citação de LABEÃO, os compiladores de Justiniano a mantivessem e imediatamente a deturpassem, imputando a este jurisconsulto o que não dissera. Portanto, assistimos, em plena época clássica, à penetração do relevo conferido à vontade na produção de danos e, assim, compreendemos a opinião de LABEÃO: se o *magister navis*⁷⁶ não observou as *artis regulae*, agiu com negligência; por isso, o armador podia ser demandado com a *actio locati* que emergia do contrato de transporte marítimo (*locatio-conductio ad onus vehendum*).

Também, a propósito da obrigação de *custodia*, GAIO refere que «*ainda nos casos de força maior fica obrigado se houver culpa sua*»⁷⁷, o que mostra que a culpa pode afastar a *vis maior*⁷⁸. Bem sabemos que, em tempos, a crítica interpolacionística foi demolidora, não poupando os textos clássicos que atribuem à *culpa* uma função importante no campo dos negócios jurídicos. No entanto, trata-se, na nossa opinião, duma visão particularmente excessiva que retira à *iurisprudencia* clássica os méritos que lhe têm sido atribuídos. A *voluntas* constitui um elemento nuclear de qualquer negócio jurídico e, por isso, a sua proteção de erro, de dolo ou de coação que a viciem ou afastem da declaração que a procura manifestar constitui um irrecusável progresso em relação à época arcaica, dominada, esta sim, pelo princípio do absoluto domínio dos *verba*⁷⁹.

⁷⁵ D. 19,2,13,1: «... *tenetur primus navicularius; Labeo, si culpa caret, non teneri ait, ceterum si vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneae navi, tunc ex locao agendum*».

⁷⁶ Cf. D. 14,1,1,1. Por *magister navis* entendemos, com ANTONIO GUARINO, o responsável pela navegação. Vide ANTONIO GUARINO, *Punti di vista. «Magister» e «gubernator navis»* em *Labeo*, 11, 1965, pp. 36-42; e CESAR MOSCHETTI, *Il «gubernator navis»* em *SDHI*, XXX, 1964, pp. 50-113.

⁷⁷ D. 44,7,1,4: «... *sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur* ».

⁷⁸ Segundo FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, cit., p. 137, «*la custodia se equiparó a la culpa levísima consistente en la falta de una exactísima diligencia*». E a propósito do caso fortuito e da força maior, observa (*ibidem*, p. 140) que «*no es posible determinar con precisión los límites y contornos conceptuales de uno y otro concepto*». Todavia, «*con eficacia meramente didáctica () podemos enunciar los dos conceptos así: caso fortuito es aquella circunstancia, ajena a la persona del devedor, que genera incumplimiento de una obligación, debido a una causa que no se ha podido prever empleando una diligencia media, si bien prevista (la causa), se hubiera podido evitar (el incumplimiento). Fuerza mayor es aquella circunstancia, ajena a la persona del deudor, que genera incumplimiento de una obligación, debido a una causa que no se ha podido prever empleando una diligencia media, y aun prevista (la causa), no se hubiera podido evitar (el incumplimiento)*». Ou seja, o que distingue estas figuras «*no (es) la imprevisibilidad de la causa, sino la evitabilidad o inevitabilidad del incumplimiento*». E exemplifica: «*suelen ser reconducidos a la categoría genérica de fuerza mayor, supuestos de incumplimiento contractual debido a causas procedentes de fuerzas de la naturaleza o desastres naturales tales como terremoto, maremoto, rayo, inundación etc. Se cualifica, frecuentemente, de caso fortuito cuando el incumplimiento ocurre por hechos derivados de una actuación humana, así, por ejemplo, los hechos realizados por terceros, sin posibilidad de resistencia o el supuesto de que la cosa que el vendedor ha vendido y todavía no entregado, haya devenido res extracommercium por disposición legal*».

⁷⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, em *A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congreso internacional y ibero-americano de derecho romano*, Fortaleza (Ceará), 2002, pp. 59-93.

Do mesmo modo, a responsabilidade do *nauta* por perdas e danos causados pelos seus subordinados encarregados da navegação do navio é justificada na ideia de que o armador não teve o cuidado necessário na escolha desses marinheiros. Trata-se de *culpa in eligendo*⁸⁰ que os seguintes fragmentos acolhem:

ULPIANO (D. 4,9,7pr.): «O exercitor deve responder por facto dos seus marinheiros, sejam livres ou escravos. E não sem razão responde por facto deles, posto que os empregou a seu risco»⁸¹;

ULPIANO (D. 4,9,7,4): «Mas o exercitor obriga-se por esta ação em nome próprio, isto é, porque tem de se imputar à sua culpa quem empregou tais homens...»⁸².

A justificação dada por ULPIANO é perfeitamente compreensível: quem escolhe os seus trabalhadores (no nosso caso, as gentes do mar) é culpado pelos danos que provocaram e que, afinal, resultam da sua má escolha: da falta de *diligentia* ou de cuidado. Por isso, como volta a referir ULPIANO, «assim como o pousadeiro responde por facto dos que se encontram na pousada ao seu serviço (...) mas não responde por facto dos viajantes, porque não os escolheu», também «tão pouco no navio se responde por facto dos passageiros»⁸³.

No entanto, o acolhimento da *culpa* não afasta completamente a responsabilidade objetiva, cuja presença observamos em diversas *constitutiones* imperiais: v.g., na *constitutio* 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 suburbanas⁸⁴; na *constitutio* ano 380, Graciano, Valentiniano e Teodósio, para combaterem os furtos cometidos em celeiros sem a descoberta dos seus autores, impuseram aos *pistores* a obrigação de ressarcirem esses danos⁸⁵; e uma *constitutio* do ano 409 atribuiu aos *navicularii*⁸⁶ de Alexandria e do Cárpato a responsabilidade da perda da carga anónima durante a navegação. Trata-se, no entanto, de situações excepcionais, como observa DE ROBERTIS para quem os Imperadores não procuraram derrogar o princípio subjetivista, embora, movidos por necessidades, não tivessem escrúpulo em forçar os limites da *culpa*⁸⁷. Ainda segundo este Autor, o agravamento da posição das companhias de armadores teria sido compensado por juros mais elevados⁸⁸.

⁸⁰ Vide FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *ibidem*, p. 137; ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1044; e MANLIO SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, cit., p. 557.

⁸¹ D. 4,9,7pr.: «Debet exercitorem omnium nautarum suorum, sive liberi, sive servi praestare. Nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suos periculo adhibuerit ».

⁸² D. 4,9,7,4: «Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae, qui tales adhibuit...».

⁸³ D. 47,5,1,6: «Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt (...) viatorum autem factum non praestat; manque viatorum sibi eligere caupo non videtur (...) In navi quoque vectorum factum non praestatur».

⁸⁴ Cf. C. Th. 9,30,3.

⁸⁵ Cf. C. Th. 14,3,16. Vide FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto post-classico*, em *Studi in onore di Pietro De Francisci*, IV, Milão, 1956, p. 413.

⁸⁶ *Navicularius* não é um vocábulo com sentido preciso: designa ora o armador (*exercitor*) ora o *magister navis*. Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 90.

⁸⁷ Vide M. DE ROBERTIS, *Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto post-classico*, cit., p. 415.

⁸⁸ Cf. C. Th. 13,5,32.

Finalmente, não se afastava a possibilidade de as partes recorrerem a cláusula penal que responsabilizasse o *nauta* pela não descarga, no prazo acordado, das mercadorias transportadas. No entanto, o *nauta* só respondia se tivesse culpa⁸⁹.

4.2. Contrato de transporte de passageiros (*locatio-conductio ad vectores vehendos*)

Também o transporte de passageiros (*vectores*)⁹⁰ podia efetuar-se em navios especialmente afetados a pessoas ou também a mercadorias. As fontes não suscitam dúvidas:

ULPIANO (D. 19,2,13,2): «*Se o magister navis tiver entrado com o navio num rio sem gubernator e, tendo-se levantado uma tempestade, não o pôde conter e o tivesse perdido, os passageiros terão contra ele a ação de locação*»⁹¹.

GAIO (D. 4,9,5pr.): «*o nauta (...) recebe um preço (...) para transportar passageiros...*»⁹²;

ULPIANO (D. 14,1,1,3): «*mas nomeiam-se magistri para locar navios para conduzir mercadorias ou passageiros...*»⁹³.

Os passageiros, que não dispunham de locais privilegiados (*cabinas*) pagavam um frete (*merces, vectura*) relativamente baixo⁹⁴.

Quanto à natureza deste contrato, as fontes apontam ora para a *locatio rei*⁹⁵ ora para a *locatio operis*⁹⁶. Naquela, o *nauta* locava o navio ou lugares do navio aos passageiros. Nota-se a influência do direito grego que assimilava o alojamento dos passageiros em *cabinas (diaetae)* ao de uma casa⁹⁷. Na *locatio operis*, quiçá assimilada, na época clássica, à *locatio-conductio ad onus vehendum*⁹⁸, o *nauta* funcionava como *conductor* do serviço (transporte) que se obrigava a prestar aos *vectores* que, podendo demandá-lo com a *actio ex locato*, eram considerados *locatores*⁹⁹.

⁸⁹ Cf. D. 14,2,10,1. Vide J. DAUVILLIER, *Le contrat d'affrètement dans la droit de l'antiquité*, cit., p. 106; e P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 92.

⁹⁰ Cf. D. 4,9,5; -14,1,1,3; -14,1,1,12; -19,2,19,7. Vide SIRO SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo. La responsabilità del vettore em D. 4,9,7pr.*, cit., p. 248, para quem os *vectores* são, na maior parte dos textos, os passageiros transportados num navio; por vezes, são também chamados *vectores* os proprietários das mercadorias, mas estes textos (D. 1,2,2pr.; -14,2,2,1; -14,2,2,6, -39,4,11,2) estão glosados ou interpolados.

⁹¹ D. 19,2,13,2: «*Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit, et tempestate orta temperare non potuerit, et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem*».

⁹² D. 4,9,5pr.: «*Nauta (...) mercedem accipit (...) ut traiciat vectores...*».

⁹³ D. 14,1,1,3: «*Magistri autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis...*». Cf. ainda: D. 14,1,1,12; -19,2,19,7.

⁹⁴ Vide J. DAUVILLIER, *ibidem*, p. 100.

⁹⁵ Cf. D. 14,1,1,3; -14,2,2pr. Assim se compreende também que pela criança nascida em navio, não se deva o preço do transporte quer porque «*o seu transporte não é grande, quer porque não faz uso de todas as coisas que se preparam para uso dos navegantes*», refere ULPIANO (D. 19,2,19,7).

⁹⁶ Segundo GAIO (D. 4,9,5pr.), o *nauta* recebe o frete para «*transportar passageiros*», ou seja, prestar um serviço.

⁹⁷ Os outros passageiros locavam um lugar no navio, no qual se instalavam sem conforto. Vide J. DAUVILLIER, *ibidem*, pp. 108-109.

⁹⁸ Neste sentido, vide L. R. MÉNAGER, *Naulum* et «*receptum rem salvam fore*». *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., p. 391.

⁹⁹ Cf. D. 4,9,5,1. Vide J. DAUVILLIER, *Le contrat d'affrètement dans la droit de l'antiquité*, cit., p. 109.

A *locatio operis*, que se aproxima do moderno contrato de transporte marítimo, é tipicamente romana: o *nauta* locava os seus serviços de transporte aos *vectores*; e pelo transporte das bagagens que eventualmente levassem consigo, nada recebia por se entender que se tratava de coisas depositadas¹⁰⁰.

Relativamente aos danos causados nas bagagens, o *nauta* respondia por *custodia*, embora, nesta hipótese, fosse pago para transportar passageiros¹⁰¹. Por isso, era obrigado a ressarcir os danos causados pelos seus encarregados de navegação, porque, observa ULPIANO, «o exercitor, que os coloca em tal cargo, permite que neles se confie»¹⁰². Mas se o dano fosse causado por algum passageiro, «tão-pouco responde» porque, comparando com o pousadeiro (*caupo*) e com o responsável por estábulo (*stabularius*), «não escolhe o passageiro nem pode repelir o viajante»¹⁰³.

Quanto aos danos causados aos próprios passageiros, surge o problema criado pelo princípio *dominus membrorum suorum nemo videtur*¹⁰⁴ que afasta a tutela aquiliana nos danos causados em homens e mulheres livres. Não se ignora que, perante os danos cometidos por um sapateiro ao seu aprendiz, um *filiusfamilias* ingénuo, JULIANO duvidava da oportunidade da *actio locati*, embora tenha acabado por concedê-la contra o sapateiro (*conductor*) por, no âmbito da sua arte, o ter castigado sem moderação¹⁰⁵.

Afastamo-nos da opinião de ALZON que não hesitou, invocando razões de comodidade jurídica, em assimilar o viajante a uma *res*, porque «le fait de qualifier un voyageur de chose n'a rien d'injurieux»¹⁰⁶. Parece-nos que foi longe de mais, ultrapassando os limites que a assimilação comporta: para proteger *iure civili* um *civis romanus*, seria necessário considerá-lo *res*? É razoável supor que o direito dos *cives romani* os protegia não enquanto pessoas, mas coisas? A resposta só pode ser negativa. Todavia, porque os danos deviam ser ressarcidos, ou, melhor, compensados, a responsabilidade do *nauta* por danos causados aos passageiros por encarregados da navegação contratados¹⁰⁷, devia ser exigida numa *actio in factum* que, pressupondo a *culpa in eligendo*, evitava o incómodo da assimilação da pessoa lesada a coisa¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Cf. D. 4,9,3,1. Vide J. DAUVILLIER, *ibidem*, p. 110.

¹⁰¹ Cf. D. 4,9,5pr.

¹⁰² D. 4,9,1,3: «...qui eos huiusmodi officio praeponit, committi iis permittit».

¹⁰³ D. 47,5,1,6: «...eligere caupo vel stabularius non videtur, nec reppellere potest iter agentes (...) Ita navi quoque vectorem factum non praestatur». Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., pp. 135-136. Contra, invocando o D. 4,9,1,8 *in fine*, L. MÉNAGER, *ibidem*, p. 393¹⁷, admite que o *nauta* respondia por danos causados por passageiros. No entanto, esta responsabilidade derivava dum *receptum* e não da simples *locatio-conductio*.

¹⁰⁴ Cf. D. 9,2,13pr. Vide L. R. MÉNAGER, *ibidem*, p. 391; e A. SANTOS JUSTO, *As acciones do dano aquiliano*, em *El Derecho Penal: VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, SL, 2005, p. 596.

¹⁰⁵ Cf. D. 19,2,13,4.

¹⁰⁶ Vide C. ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio*, na *RHDFE*, 41, 1963, p. 581.

¹⁰⁷ De fora ficavam os danos causados por passageiros a passageiros, provavelmente sujeitos ao regime aquiliano estendido por uma *actio in factum*. Vide A. SANTOS JUSTO, *As acciones do dano aquiliano*, em *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, cit., pp. 596-598.

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

5. RESPONSABILIDADE ABSOLUTA DO NAUTA: O PACTUM DE RECEPTUM

A doutrina romanista define o *pactum de recepto* como a declaração pela qual o armador¹⁰⁹ se compromete a restituir ao seu cliente, no estado em que as recebeu, as coisas que lhe foram confiadas para realizar o seu transporte¹¹⁰.

Esta noção vai ao encontro do sentido etimológico do vocábulo *receptum* que deriva de *recipere*: receber e obrigar-se a cuidar e restituir as *res*¹¹¹.

Tratando-se dum *pactum*, pertence ao *ius praetorium*; e parece excluída, na época clássica, a sua natureza contratual¹¹².

Não tem sido pacífico o entendimento sobre a presença desta responsabilidade do *nauta* ao lado da que já resultava da *locatio-conductio operis* (*ad onus vehendum* e *ad vectores vehendos*), observando-se que o direito justinianeu conserva dois contratos de transporte – o *pactum de receptum* e a *locatio operis* – em vez de apresentar um contrato unitário para o qual estes teriam convergido.

Por isso, L. MÉNAGER vê na responsabilidade do armador uma «*évolution chaotique*» e considera que a operação «*est restée inaccomplie et inachevée, malgré la volonté des col-laborateurs de Justinien*», justificando a interrogação sobre o que permitirá a um compila-

¹⁰⁹ Restringimo-nos ao armador. A definição vale também para os responsáveis pela exploração de pousadas e estúbulos.

¹¹⁰ Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., p. 398; A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 148.

¹¹¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 147¹; P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 137, para quem «*le terme recipere peut signifier recevoir (les marchandises) ou promettre (...) De la sorte, salvum fore recipere peut signifier: a) recevoir les marchandises en garantissant leur intégrité; b) promettre (même sans recevoir les marchandises) qu'on répondra de leur intégrité. Les deux sens sont acceptables mais le second a l'avantage de donner une construction moins forcée et plus simples. Pour moi ce second sens est celui de l'édit*»; e L. R. MÉNAGER, *Naulum*» et «*receptum rem salvam fore*». *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., pp. 190-194, que observa, em *recipere*, o sentido puramente material de «receber, aceitar»; e o mais abstrato de «prometer, obrigar-se a». E nota que, no sentido de prometer, surge consagrado na linguagem popular utilizada por Plauto na segunda metade do século III a. C; em Cícero, aparece no sentido de obrigação, promessa; mas nos textos do Digesto tem o sentido puramente material de receber.

¹¹² A noção de *pactum* sofreu uma contínua evolução que tem o seu início na Lei das XII Tábuas e foi enriquecida por obra do pretor, da jurisprudência e da legislação imperial. Permitia paralisar *actiones civiles* através de *exceptiones*, (v.g., o *pactum de non petendo*) e foi-se aproximando do contrato quando o acordo (*consensus*) foi reconhecido como seu elemento essencial. Foi muito importante a concessão de *actiones in factum conceptae* através das quais os pactos se transformaram em contratos (v.g., o depósito, o comodato e o *pignus*); e alguns pactos foram acolhidos no âmbito do *ius civile*, tutelados por *constitutiones* imperiais, tornando-se, portanto, *pacta legitima*. O *pactum de recepto* foi tutelado por uma *actio in factum*, dita *actio de recepto*, acabando, no direito justinianeu, por ser dispensado, substituído pela lei. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 141-151; e especificamente sobre o *pactum de recepto*: RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3^a. ed., Valência, 2004, p. 546; EDUARDO VOLTERRA, *Institutiones de derecho privado romano*, cit., p. 577; L. R. MÉNAGER, *ibidem*, p. 199. Contra, sustentando a sua natureza contratual, vide MANLIO SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, cit., pp. 567 e 570, para quem é pacífica a opinião de que o edito *de receptis* concedeu a ação (*de recepto*) como ação contratual, apesar do contraste sobre a sua natureza e características. Todavia, o *receptum* é o puro e simples facto de entrega da coisa a transportar, não um contrato; e J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 14, para quem do ponto de vista dogmático o *receptum* era um contrato consensual como a *locatio-conductio*.

dor manter a *actio locati* civil ao lado da *actio de recepto* pretória¹¹³. E, no mesmo sentido, VAN OVEN concluiu que os compiladores «*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*»¹¹⁴.

Trata-se, muito provavelmente, dum pacto no qual o *nauta* assumia a responsabilidade objetiva¹¹⁵ por perdas ou danos causados nas mercadorias embarcadas¹¹⁶. Foi consagrado pelo pretor¹¹⁷ no seu *edictum*, como refere ULPIANO:

D. 4,9,1pr.: «Diz o pretor: «*Darei ação contra os nautas (...) que não restituam o que de qualquer pessoa tivessem assumido sob custódia*»¹¹⁸.

Criou-se uma nova situação, a partir da qual ter-se-iam aberto aos armadores duas possibilidades: a assunção ou não do risco (*periculum*)¹¹⁹. Esta responsabilidade absoluta traduz um significativo agravamento das obrigações derivadas do contrato de transporte marítimo e poder-se-á admitir que correspondeu ao desejo dos comerciantes que não gozavam dos meios que lhes permitissem obter a reparação das perdas e danos causados nas suas mercadorias¹²⁰, não sendo de afastar, também, alguma influência dos

¹¹³ Vide L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en droit romain, cit., pp. 410-411.

¹¹⁴ Vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., pp. 156-157.

¹¹⁵ Vide MANLIO SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milão, 1953, pp. 572 e 579, para quem esta responsabilidade objetiva resulta da falta de restituição da coisa entregue ao *nauta* para transportar, sendo independente da assunção contratual; ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 370⁴, para quem esta ação diretamente contra *nautae*, *caupones et stabularii* «suponía una responsabilidade «objetiva» del empresário, y por eso entró entre los «cuasidelitos»; e FELICIANO SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, em RDN, XXVI — Parte I, 1965, pp. 235 e 241, para quem «il quasi ex delicto teneri si fa coincidere con i casi di responsabilità per fatto altrui, rimanendosi saldamente fermo alla concezione (classica) della responsabilità dei nostri personaggi sul fondamento di criteri oggettivi».

¹¹⁶ Vide L. R. MÉNAGER, *ibidem*, pp. 195-196, para quem parece que o *edictum de recepto* visava garantir aos carregadores a restituição das mercadorias embarcadas num navio e cujo armador se tinha obrigado a transportar e a conservar em bom estado. Ainda segundo este Autor, há unanimidade sobre a origem helénica deste *pactum*, destacando a inspiração do povo romano de vocação terrestre que fez a sua aprendizagem marítima em contacto com os marinheiros da Grande Grécia.

¹¹⁷ A *ratio* que terá levado o pretor a consagrar esta responsabilidade absoluta pelo risco é discutida. No entanto, não se afasta, como eventualmente mais adequada, a opinião de que não está em causa a má reputação das *gentes do mar*, mas a necessidade de desenvolver o comércio marítimo, como pensa J. C. VAN OVEN, *ibidem*, pp. 425 e 428.

¹¹⁸ D. 4,9,1pr.: «*Ait Praetor: Nautae (...) quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo*». Seguimos a tradução do tomo I do Digesto, por A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCIA GARRIDO e J. BURILLO, Pamplona, 1968.

¹¹⁹ Vide F. DE ROBERTIS, *La responsabilità*, cit., em RDN, XIV, Parte I, 1953, p. 17²³; e *Ancora sul receptum nautarum* (*actio de recepto e actio locati*), na RDN XIX; Parte I, 1958, pp. 245, 246 e 248.

¹²⁰ Neste sentido, vide L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en droit romain, cit., pp. 195-196. Vide também: DERNBURG *apud* P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 158, para quem o *Edictum* sobre o *receptum* tornou-se necessário pela insegurança dos transportes nos últimos tempos da República, mas, como observa HUVELIN, não está provado.

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

usos marítimos do mundo helénico¹²¹ e a circunstância de a navegação de longo curso se ter tornado determinante¹²².

ULPIANO reconhece que «é muito grande a utilidade deste edito, porque as mais das vezes é necessário confiar nos nautas e encomendar as coisas à sua custódia. E ninguém pense que é mais gravoso o que se estabeleceu contra eles, porque está no seu arbítrio não assumirem a custódia»¹²³. E prossegue: «Se isto (a responsabilidade por custódia) não tivesse sido estabelecida, dar-se-ia ocasião para a cumplicidade com os ladrões em prejuízo daqueles de quem se recebe algo»¹²⁴.

Quanto à data, a doutrina continua a recorrer à probabilidade, entendendo que deve remontar aos séculos II ou I a. C., quando a evolução da marinha comercial romana ainda se encontrava num estágio muito primitivo¹²⁵. E, em relação à sua forma, ignora-a, mas subsiste a hipótese de ter sido originariamente expreso e evoluído para tácito¹²⁶.

Relativamente à sua tutela, ULPIANO fala-nos duma *actio in factum*:

D. 4,9,3,1: «Diz o pretor: «Se não restituíssem, darei ação contra eles. Dimana deste Edito uma ação pelo facto»¹²⁷.

Por isso – situando-se a sua proteção na órbita do *ius praetorium* –, não vemos como pudesse resultar de *stipulatio*, como sugere HUVELIN, embora não deixe de referir que «une 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 procéder aux formalités de la stipulation, concluindo que «dans la pratique, on se contenait (...) de simples pactes»¹²⁸.

¹²¹ Vide L. MÉNAGER, *ibidem*, pp. 212, 385 e 390, para quem o regime grego dos transportes marítimos é muito confuso. Todavia, é preferível falar de costumes mediterrânicos orientais.

¹²² Vide FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del «nauta»* em *Labeo*, 11, 1965, p. 38; D. 19,2,31 e *il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, em *SDHI*, XXXI, 1965, p. 95¹⁴; e *La responsabilità dell'armatore in diritto romano e i limiti di validità del principio limitativo*, na *RDN*, XIV – Parte I, 1953, p. 15.

¹²³ D. 4,9,1,1: «Maxima utilitas est huius Edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in isporum arbítrio, ne quem recipiant ».

¹²⁴ D. 4,9,1,1: «... et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus aversus eos, quos recipiunt, coeundi...»

¹²⁵ Neste sentido, vide L. MÉNAGER, *ibidem*, pp. 202 e 212. Vide também: P. HUVELIN, *ibidem*, p. 157; e SIRO SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo*, em *RDN*, II – Parte I, XIV-XV, 1936, p. 128⁴.

¹²⁶ Cf. D. 4,9,1,8. Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., p. 399; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 546; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3^a. ed., Turim, 1982, p. 492; e MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, p. 609.

¹²⁷ D. 4,9,3,1: «Ait Praetor: «Nisi restituent, in eos iudicium dabo. Ex hoc Edicto in factum actio proficistur ». Vide A. SANTOS JUSTO, *Derecho privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 148; JESÚS DAZA MARTÍNEZ / LUIS RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de derecho privado romano*, 3^a. ed., Valência, 2009, p. 410; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 492; MANUEL JESUS GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, 4^a. ed., reimpressão, Madrid, 1989, p. 676; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 313; EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., pp. 516 e 577; PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, 5^a. ed., Milão, 1996, p. 456³³; MANLIO SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, cit., p. 570; e SIRO SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo*, cit., p. 113.

¹²⁸ Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit comercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., p. 151.

Efetivamente, a circunstância de a *stipulatio* ter sido um negócio jurídico do *ius civile* e o facto de o pretor ter concedido uma *actio in factum* justificam que o *receptum* tenha revestido a forma simplificada de *pactum*. E, embora adira ao contrato de transporte (*locatio-conductio operis*), devia ser distinto, como observam MÉNAGER, VAN OVEN e HUVELIN, porque a *locatio-conductio* pertence ao *ius civile* e o *pactum*, ao *ius praetorium*¹²⁹.

6. RESPONSABILIDADE LIMITADA DO NAUTA: A EXCEPTIO LABEONIANA

Todavia, a responsabilidade objetiva do *nauta* acabou por se tornar excessiva e, quicá para afastar descontentamentos dos armadores¹³⁰, alguma *iurisprudencia* considerou equitativo¹³¹ desobrigá-los no caso de as perdas e danos nas mercadorias serem devidos a naufrágio ou pirataria. Esta solução foi defendida por LABEÃO, como refere ULPIANO:

D. 4,9,3,1: «...Mas por este edito o que assumiu sob a sua custódia se obriga em todo o caso, ainda que a coisa pereça sem culpa sua ou se lhe tenha causado um dano, a não ser que tenha acontecido por acidente inevitável. Por isso, escreve Labeão que, quando algo tiver perecido por naufrágio ou por assalto de piratas, não é injusto dar uma exceção...»¹³².

A extensão desta *exceptio* dita *labeoniana* aos danos ocorridos em pousadas e estábulos atribuídos a força maior (*vis maior*)¹³³ mostra que doutrina de LABEÃO se tinha afirmado na *iurisprudencia* romana¹³⁴, retirando, na opinião de VAN OVEN, o seu carácter de contrato de seguro e tornando-se, doravante, um contrato de transporte puro e

¹²⁹ Vide L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en droit romain, cit., pp. 199, 200, 206 e 207; J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 141; e P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 147-148.

¹³⁰ Vide L. MÉNAGER, *ibidem*, p. 390 e 407. Sobre a responsabilidade absoluta do armador atenuada pela *exceptio labeoniana*, vide: A. BURDESE, *ibidem*, p. 492; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 609; PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 456; P. HUVELIN, *ibidem*, p. 150; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed., Nápoles, 1958, p. 272; FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Ancore sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)*, cit., p. 256; J. C. VAN OVEN, *Francesco M. De Robertis*, cit., p. 424; e FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *D. 19,2,31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, cit., p. 98.

¹³¹ Vide FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *ibidem*, pp. 106-107, para quem a *exceptio labeoniana* destinou-se a neutralizar as consequências iníquas do arcaico *ius civile*.

¹³² D. 4,9,3,1: «... At hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari...».

¹³³ 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, stà nella irresistibilità, nella impossibilità d'impedire l'evento dannoso». E cita as fontes que falam 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*. Vide A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, no BIDR, XIX, 1907, pp. 157-161, 164-173 e 200.

¹³⁴ Vide L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain, cit., p. 408; J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 140; e M. DE ROBERTIS, e *Ancora sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)*, cit., p. 256.

simples¹³⁵. Também por isto e, sobretudo, pela referência a LABEÃO – cuja interpolação seria incompreensível¹³⁶ – estamos perante um fragmento cuja autenticidade marca um momento decisivo: a pesada e iníqua responsabilidade do *nauta* foi afastada e, assim, desapareceu o gravíssimo obstáculo ao desenvolvimento do comércio marítimo por parte dos armadores.

Fora dos casos de naufrágio e pirataria, a responsabilidade do *nauta* por *custodia*¹³⁷ mantinha-se e, por isso, justificava-se a faculdade de demandar os autores de furtos e danos causados nas mercadorias cujo transporte lhe tivesse sido confiado e pelos quais respondia. Ora, se, em relação ao *furtum*, a concessão da *actio furti*¹³⁸ 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 ativa porque o *nauta* não é dono das mercadorias danificadas¹³⁹. Dois textos de GAIO permitem partir para uma conclusão:

D. 4,9,5pr.: «O *nauta*, o pousadeiro, o tintureiro e o responsável por estábulo são pagos não por custódia, mas o *nauta* para que transporte passageiros (...) e, não obstante, estão obrigados por razão de custódia pela ação de locação»¹⁴⁰;

D. 4,9,5,1: «Tudo o que temos dito sobre o furto deve entender-se também em relação ao dano; porque não deve duvidar-se de que quem recebe uma coisa que deve estar a salvo, entende-se que não fica desobrigado só pelo furto, mas tão pouco por dano»¹⁴¹.

O princípio é claro: quem, como o *nauta*, é pago para realizar um transporte e não especificamente para guardar a coisa transportada, responde por custódia através da *actio ex locato*. Em consequência, se o *nauta* responde por furto, também deve responder por dano. Ora, nas suas *Institutiones*, GAIO ensina que na *actio furti* a favor ou contra um peregrino, este se finge *civis Romanus* para, deste modo, se afastar o obstáculo de que tal ação, sendo civil, não pode ser concedida a favor ou contra um estrangeiro¹⁴². E, por maioria de razão, a proteção dispensada a um estrangeiro não devia ser recusada a um cidadão romano: bastaria fingir que era *dominus* da coisa furtada (ou roubada), para demandar o autor do furto (ou roubo)¹⁴³.

¹³⁵ Vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 139. Também F. DE ROBERTIS, *ibidem*, p. 259, refere que «com la exceptio labeoniana la responsabilità del *nauta* che avesse «recepito» si trovò così degradata ad un livello che, pur senza identificarsi, si avvicina di parecchio a quella degli alti conductores, e particolarmente alla custodia tecnica derivante a carico dell' *fullo* e del *sarcinator* (per mantenerci nell'ambito della esemplificazione gaiana) in virtù del semplice contratto di locatione».

¹³⁶ Vide também VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 271; e ROBERT FEENSTRA, *Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle*, cit., pp. 104-118.

¹³⁷ Cf. D. 4,9,5pr.

¹³⁸ Cf. D. 4,9,4pr.; -47,5,1,4.

¹³⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *As acciones do dano aquiliano*, em *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, cit., pp. 575 e 584-589.

¹⁴⁰ D. 4,9,5pr.: «*Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta, ut traiciat vectores (...) et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*».

¹⁴¹ D. 4,9,5,1: «*Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi; non etiam dubitari oportet, qui nis, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere videatur*».

¹⁴² Cf. GAIO 4,37. Vide A. SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no direito romano («actio ficticia»)*. *Época clássica*, I, no suplemento XXXII do BFD, 1988, p. 88⁵.

¹⁴³ Neste sentido, vide ALBANESE *apud* A. SANTOS JUSTO, *A «fictio iuris» no direito romano («actio ficticia»)*. *Época clássica*, I, cit., p. 298.

E relativamente à *lex Aquilia*, importa distinguir duas situações que reclamavam a sua extensão: a) aos danos *non corpore*, porque haveria necessidade de serem provados, não se podia fingir a sua existência¹⁴⁴; por isso, o pretor concedia uma *actio in factum*; b) aos danos causados a *non domini* (v.g., possuidores de boa fé, credor pignoratício, usufrutuário), porque o obstáculo – ausência da qualidade de proprietário – podia ser facilmente vencido através duma ficção, a economia jurídica recomendava que não se criasse uma nova ação, mas se afastasse esse obstáculo com a ficção *si dominus esset*. Em ambos os casos, estamos perante *actiones utiles*: só que no primeiro grupo, é uma *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*; no segundo, trata-se duma *actio ficticia*. Ambas úteis, porque integram o direito romano, respetivamente por analogia (*ad exemplum*) e por ficção¹⁴⁵.

Deste modo, cremos resolvida as «*gavissimi difficoltà*» de que nos fala EDOARDO CARRELLI, para quem «*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*¹⁴⁶ e para quem «*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*»¹⁴⁷. É claro que o autor do dano e do furto não podia ser demandado também pelo dono das mercadorias. De contrário, haveria, como CARRELLI assinala, um enriquecimento sem justificação do proprietário das mercadorias (se pudesse demandar o autor do dano ou do furto e, também, o *nauta*)¹⁴⁸.

Por efeito da *exceptio labeoniana* que afastou, em situações bem determinadas, a responsabilidade absoluta do *nauta*, tem-se observado uma aproximação e um entrelaçamento da *actio de recepto* à *actio locati*, invocando-se o seguinte caso de naufrágio: se tivesse havido um *receptum*, o *nauta*, demandado com a *actio de recepto* podia opor-lhe aquela *exceptio*. Todavia, se o dono das mercadorias perdisse provasse que o naufrágio se deveu à imprudência no transbordo da carga para outro navio ou que foi feito contra a sua vontade ou em tempo desfavorável ou o navio entrou perigosamente num rio sem a assistência do piloto (*gubernator*), a *exceptio labeoniana* seria afastada e o *nauta* condenado. Portanto, o armador perderia a *actio de recepto*. Mas, se tivesse sido demandado com a *actio locati*, seria igualmente condenado, por força dos mesmos argumentos, que afastam, agora, a *bona fides* que responsabiliza o *nauta*. Por isso, observa VAN OVEN, «*les deux regimes devaient se rapprocher, s'enchevêtrer*»¹⁴⁹.

Também, embora noutra perspetiva, FRANCESCO DE ROBERTIS nota que, oferecendo-se ao *nauta* «*la possibilità di sottrarsi alla responsabilità illimitata scaturente nel diritto classico delle clausole di salvum fore*», estamos perante uma «*particolarità (che) consisteva appunto in ciò, che il nauta – a seguito dell'intervento pretorio – si trovò a rispondere ex recepto secondo gli stessi criterii e la stessa misura in cui rispondevano originariamente ex locato gli*

¹⁴⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 315-316.

¹⁴⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 341-346.

¹⁴⁶ Vide E. CARRELLI, *Responsabilità ex recepto del nauta e legittimazione ad agire di danno*, na RDN, IV — Parte I, 1938, 326-334.

¹⁴⁷ Vide E. CARRELLI, *ibidem*, p. 335

¹⁴⁸ Vide E. CARRELLI, *ibidem*, pp. 329-345, para quem o *dominus* recuperava o direito de intentar a ação contra o autor do dano (ou do furto), só no acaso de insolvência do *nauta*.

¹⁴⁹ Vide J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., pp. 13-14.

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

altri conductores operis»¹⁵⁰. E conclui: «In definitiva, per quanto riguardo il diritto classico, può bene ritenersi che in questi ultimi tempi una convergenza sia stata raggiunta sul punto forse di maggiore rilievo: sui rapporti cioè tra actio de recepto e actio locati (...) la prima, subordinata all'intervento di una espressa assunzione del rischio, avrebbe riguardato soltanto l'obbligo di conservare e restituire e avrebbe importato criteri obbiettivi nella determinazione della responsabilità; mentre la seconda, che prescindere della assunzione pattizia del periculum e metteva capo ad un iudicium bonae fidei, avrebbe investito ogni altra questione, compresa quella dell'inadempimento, e avrebbe importato – ma come una grande e permanente eccezione nell'ambito della locatio operis – la valutazione della responsabilità sulla base di criterii subiettivi»¹⁵¹.

7. DIREITO JUSTINIANEU

Chegados ao direito de Justiniano, há quem entenda que o *pactum de recepto* se tornou-se um elemento natural (*naturale negotii*) da *locatio-conductio operis*, perdendo, assim, a sua autonomia¹⁵²; quem considere que a responsabilidade *ex recepto* desapareceu – tornou-se supérflua no momento em que os *nautae* foram exonerados nos casos de força maior –, substituída pela responsabilidade *ex locatione*; e, se o *receptum* ainda aparece no *Corpus Iuris Civilis*, não é mais do que uma hipótese abstrata de escola¹⁵³; há também quem entenda que a responsabilidade do *nauta*, assumida naquele *pactum*, passou de contratual a legal, sendo, agora, a assunção do risco *ex lege* ligada à *locatio-conductio*¹⁵⁴, ou seja, o *pactum de recepto* tornou-se inútil: doravante o risco impunha-se ao armador como simples efeito daquele contrato e, se desejasse recusá-lo, devia manifestar a sua vontade provavelmente numa *praedictio*¹⁵⁵; quem reduza o *receptum* a simples aceitação, pelo armador, de mercadorias a bordo, alteração que, no entanto, foi feita de maneira incompleta quando se impunha uma reconversão integral dos textos sobre a *locatio-conductio*¹⁵⁶; e quem fale de incorporação, pelos compiladores, do regime do *receptum* no

¹⁵⁰ Vide FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Ancora sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)* na RDN, XIX – Parte I, 1958, pp. 257-258.

¹⁵¹ Vide FRANCESCO M. DE ROBERTIS, *Ancora sul receptum nautarum (actio de recepto e actio locati)*, cit., pp. 163-264.

¹⁵² Vide L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore». Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., pp. 201, 206 e 208; EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de erecho privado romano*, cit., p. 516; e DE ROBERTIS, apud, J. C. VAN OVEN, *Francesco M. De Robertis, Receptum nautarum*, cit., p. 423;

¹⁵³ Vide L. R. MÉNAGER, *ibidem*, pp. 208 e 211.

¹⁵⁴ Vide P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit comercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., pp. 146-154; L. MÉNAGER, *ibidem*, p. 411; e J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 141.

¹⁵⁵ Vide P. HUVELIN, *ibidem*, pp. 153-154; e L. MÉNAGER, *ibidem*, p. 210. Relaciona-se a *praedictio* com a exoneração da responsabilidade do *nauta* nos danos causados em bagagens (D. 4,9,7pr.). No entanto, não parece ousado estendê-la para libertar o *nauta* das perdas e danos causados em quaisquer mercadorias. Vide J. C. VAN OVEN, *ibidem*, p. 424; e SIRO SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo. La responsabilità del vettore e D. 4,9,7pr.*, cit., pp. 255-247, para quem a *praedictio* era o pacto de exoneração da responsabilidade que se podia juntar ao contrato de transporte e não uma cláusula dum módulo contratual exposto ao público.

¹⁵⁶ Vide L. R. MÉNAGER, *ibidem*, p– 208.

da *locatio-conductio*, para assim, agravarem a responsabilidade dos *nautae* que se tornou objetiva, apenas limitada no *damnum fatale*¹⁵⁷.

Estas doutrinas seriam irrecusáveis se a *actio recepticia* tivesse desaparecido no direito justiniano, substituída pela *actio locati*. Todavia, porque não foi afastada, compreende-se a interrogação de MÉNAGER sobre a manutenção da civil *actio locati* ao lado da pretória *actio de recepto*¹⁵⁸. Nem surpreende a sugestão de DE ROBERTIS, para quem a coexistência destas *actiones* se deve ao facto de a *actio locati* não ser idónea para impor a responsabilidade anormal que se entende atribuir ao *nauta*¹⁵⁹.

Há quem procure justificar a coexistência destas *actiones*, referindo que a responsabilidade objetiva assumida pelo *nauta* no *pactum de recepto* só estaria afastada, por efeito da *exceptio labeoniana*, nos danos causados por naufrágio e pirataria. Os outros persistiriam: *v.g.*, os resultantes de roubo, de transbordo determinado por tempestade, de atos de passageiros¹⁶⁰, etc. Todavia, sendo o *nauta* – considerado *conductor*¹⁶¹ – responsável por custódia¹⁶² na *locatio-conductio operis*, a *actio de recepto* continua a não ser necessária: a utilização de duas ações para o mesmo fim não faria sentido.

Em conclusão: não se vê o motivo que levou os compiladores de Justiniano a manterem a *actio recepticia* e o correspondente contrato de transporte marítimo ao lado da *locatio-conductio operis* e respetivas *actiones locati et conducti*. Integrado como elemento natural desta *locatio-conductio*¹⁶³ ou substituído pela responsabilidade por custódia assumida pelo *nauta* naquela *locatio*¹⁶⁴, pouco ou nenhum espaço restaria ao *pactum de recepto*, enquanto contrato de transporte marítimo.

Fala-se, no direito justiniano, de agravamento da responsabilidade do *nauta* proveniente da *locatio-conductio operis* em comparação com a de outros *conductores operis faciendi*: enquanto estes só respondem por *dolus* e *culpa* (responsabilidade subjetiva), a responsabilidade daquele tinha carácter objetivo, apenas limitada se o *damnum* fosse

¹⁵⁷ Vide J. C. VAN OVEN, *ibidem*, p. 424.

¹⁵⁸ Cf. D. 4,9,3,1. Vide L. R. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore»*. Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain, cit., p. 411.

¹⁵⁹ Vide F. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell'armatore*, cit., p. 2140.

¹⁶⁰ O *nauta* podia responder por danos causados por passageiros: D. 4,9,1pr.-1; -4,9,1,8. Poder-se-ia explicar o texto que afasta esta responsabilidade (D. 47,5,6) com a ausência de *receptum* ou, no direito justiniano, por *praescriptio*.

¹⁶¹ Vide *supra*, n.º 4.

¹⁶² cf. D. 4,9,1pr.; 4,9,5pr.; - 19,2,40; -19,2,62; -19,2,55pr.; -47,5,1,4; C. 4,65,4. Vide JUAN MIQUEL, «*Periculum locatoris*» em *Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, em SZ 95, 1964, pp. 134-190; MAX KASER, «*Periculum locatoris*» em SZ, 87, 1957, pp. 155-200; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano II (direito das obrigações)*, cit., pp. 71-72.

¹⁶³ Segundo 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* em RIDA, II, 1955, pp. 151-152, os compiladores apagaram a referência ao *receptum* no texto de GAIO (D. 4,9,5), porque «*le receptum était un naturel 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 GAIO), 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*».

¹⁶⁴ Note-se que se a *praedictio* era necessária para desobrigar o *nauta* é porque a sua responsabilidade resultava da *locatio conductio*. É a doutrina de L. MÉNAGER, *ibidem*, pp. 207-210. Vide também P. HUVELIN, *Études d'histoire de droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, cit., pp. 151-152.

*fatale*¹⁶⁵. Ter-se-ia procurado evitar o perigo de fraudes e de atitudes más que prejudicassem os carregadores¹⁶⁶ e combatido a «*moralità abnorme della classe di persone a cui andava applicata*»¹⁶⁷. Mas há também quem fale do desinteresse do Estado pelo incremento do tráfico marítimo¹⁶⁸ e quem recuse esta justificação porque para os Bizantinos o mar constituía a única via de manutenção das relações comerciais e políticas com os outros países em consequência da quase absoluta interrupção do tráfico terrestre e, por isso, houve uma permanente intervenção do Estado bizantino a favor do desenvolvimento da navegação¹⁶⁹. E só assim se compreendem os diversos privilégios concedidos aos armadores e a assunção, pelo Estado, do risco de *naufragium*¹⁷⁰.

A existência de privilégios concedidos pelo Estado aos armadores mostra, ao contrário da doutrina do agravamento da responsabilidade e da subjacente desconfiança que teriam merecido, uma responsabilidade fortemente temperada por medidas políticas de proteção social.

Aqui chegados, à crónica pergunta sobre os motivos que teriam levado os compiladores de Justiniano a manterem, lado a lado, os dois contratos de transporte marítimos – a *locatio operis* e o *receptum* há muito transformado em elemento natural ou condição legal daquela e, portanto, desaparecido –, é muito provável que só seja permitida uma resposta: o facto de tais compiladores não terem querido afastar do *Corpus Iuris Civilis* instrumentos jurídicos definitivamente superados por uma prática movida por necessidades diferentes daquelas para que tinham 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 codification*», como entende VAN OVEN¹⁷¹, mas do respeito, embora meramente formal, por uma tradição que, só ela, justifica 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.

8. DIREITO PORTUGUÊS: BREVE REFERÊNCIA

Apesar de a expansão marítima portuguesa ter tido enormíssima importância a ponto de o transporte marítimo ter contribuído decisivamente para afirmar e consolidar a hege-

¹⁶⁵ Vide J. C. VAN OVEN, *ibidem*, p. 424. Por *damnum fatale* entende-se o dano devido a causa ou acidente inevitável que exclui a responsabilidade quando o evento danoso deriva de força maior (*vis maior*) ou de caso fortuito. Vide ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp. 247-248.

¹⁶⁶ Neste sentido, vide F. DE ROBERTIS, *La responsabilità dell'armatore*, cit., p. 20.

¹⁶⁷ Vide F. DE ROBERTIS, *ibidem*, 21; C. ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio*, cit., p. 335; e L. MÉNAGER, *Naulum» et «receptum rem salvam fore». Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en droit romain*, cit., p. 409.

¹⁶⁸ Vide F. DE ROBERTIS, *ibidem*, p. 23.

¹⁶⁹ Vide F. DE ROBERTIS, *ibidem*, p. 23.

¹⁷⁰ Vide F. DE ROBERTIS, *ibidem*, p. 23-24; e SIRO SOLAZZI, *La definizione dell'armatore in D. 14,1,1,15 e la locazione perpetua dell nave*, na RDN, I — Parte I, 1943-48, p. 46.

¹⁷¹ Vide J. C. VAN DOVEN, *Actio de recepto et actio locati*, cit., p. 156.

monia portuguesa no mundo¹⁷², 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 europeus¹⁷³, 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*¹⁷⁴.

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 tenha afastado o direito romano quando a lacuna do direito pátrio se referisse a matérias políticas, económicas, mercantis ou marítimas, apesar de PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, contemporâneo e grande executante das reformas pombalinas, não tenha deixado de chamar a atenção para o facto de o direito romano ser muito mais completo do que o das nossas Ordenações em matérias de incêndio, ruína, naufrágio, etc.¹⁷⁵.

O Código Civil de 1867 consagrou uma secção (a V) à *recovagem, bargagem e alquilaria* que define como «o contrato, por que qualquer ou quaisquer pessoas se obrigam a transportar, por água ou por terra, quaisquer pessoas, ou animais, alfaías ou mercadorias de outrem»¹⁷⁶. Depois, dispõe que «este contrato será regulado pelas leis comerciais, e pelos regulamentos administrativos, se os condutores tiverem alguma empresa ou companhia regular e permanente. Em qualquer outro caso, observar-se-ão as regras gerais dos contratos civis, com as modificações expressas na presente secção»¹⁷⁷. Refere, ainda, que os «recoveiros e barqueiros serão havidos, para todos os efeitos, por depositários dos objetos conduzidos, desde o momento em que estes lhe forem entregues»¹⁷⁸. Continuando, concede-lhes o direito de retenção¹⁷⁹. E determina ainda que «o recoveiro ou barqueiro é obrigado a fazer o serviço, no tempo convencionado, e responderá, se assim o não fizer, por perdas e danos, exceto se for impedido por caso fortuito ou força maior»¹⁸⁰.

Relativamente às pessoas que alugam animais, dispõe que «o alquilador deve declarar as manchas ou os defeitos das cavalgadas, e responderá por danos e prejuízos que resultarem da falta de declaração»¹⁸¹. E «se as cavalgadas morrerem ou se arruínarem durante o serviço, será a perda por conta do alquilador, se não provar que houve culpa da parte do alugador»¹⁸². E finalmente responsabiliza o alquilador por perdas e danos causados por má fé, se os

¹⁷² Vide ALESSANDRO MELISO RODRIGUES, *O contrato de transporte marítimo de mercadorias e o regime especial exonerativo e limitativo da responsabilidade civil do transportador no ordenamento jurídico português. Relatório da disciplina de direito comercial I e II apresentado ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em ciências jurídicas*, ano I (2015), n.º 1, p. 266. Vide *infra*, nota 204.

¹⁷³ Vide N. BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar*, Coimbra, 2004, pp. 27-48 e 55; e A. BRUNETTI, *Diritto marittimo privato italiano*, III, Parte prima. *Dei trasporti marittimi*, Turim, 1935, p. 4.

¹⁷⁴ Vide A. BRUNETTI, *ibidem*, pp. 8, 16 e 22; e N. BASTOS, *ibidem*, pp. 27-48 e 55.

¹⁷⁵ Vide P. J. DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, no BMJ, 162, Lisboa, 1967, pp. 94-95.

¹⁷⁶ Cf. art. 1410.º.

¹⁷⁷ Cf. art. 1411.º.

¹⁷⁸ Cf. art. 1412.º.

¹⁷⁹ Cf. art. 1414.º.

¹⁸⁰ Cf. art. 1415.º.

¹⁸¹ Cf. art. 1416.º. Vide GUILHERME MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, *das obrigações em especial*, I, *Dos contratos em especial*, Coimbra, 1935, p. 140 que, citando DIAS FERREIRA, entende que o termo *alquilador* deve referir-se unicamente ao aluguer de animais para andar a cavalo.

¹⁸² Cf. art. 1417.º.

animais alugados não puderem prestar o serviço por defeito preexistente, conhecido do mesmo alquilador, mas não do alugador¹⁸³.

A doutrina destaca positivamente o avanço do nosso direito com a consagração do contrato de transporte outrora ignorado e com a reserva para as leis comerciais e administrativas quando efetuado por empresa ou companhia regular e permanente embora critique, como «*irrisório, chamar recovagem e barcagem aos transportes efetuados por caminhos de ferro, pelos carros de viação urbana e pelos grandes e pequenos navios da navegação marítima e fluvial movidos a vapor*»; e porque um contrato não pode ter três nomes diversos e simultâneos¹⁸⁴.

Carateriza o contrato de transporte como sinalagmático e oneroso, porque, embora haja transportes aparentemente gratuitos e onerosos na sua essência, a gratuidade representa um suplemento de remuneração ou compensação de serviços diretos que o transportador recebe no contrato. Quanto à sua natureza, há quem sustente que se trate dum contrato real, mas trata-se duma questão de pouco interesse prático que deriva da confusão entre a formação e a execução do contrato, além de que no transporte de pessoas sem bagagem nada há que entregar¹⁸⁵.

Observa ainda que «*pode dizer-se que o contrato de transporte de coisas é a fusão de três contratos distintos: a prestação de serviços, pois que há uma troca de trabalho e salário; a locação, pois o transportador cede o uso total ou parcial dos seus veículos, barcos ou animais; e depósito, porque o transportador guarda e restitui coisas entregues pelo expedidor*»¹⁸⁶. E distingue: se for um ato profissional, o transporte será comercial; e ato civil se for um ato accidental prestado pessoal e diretamente¹⁸⁷. Relativamente à forma, é um contrato consensual porque se forma quase sempre por mero acordo verbal e até tácito¹⁸⁸.

Quanto à responsabilidade do transportador por danos das coisas transportadas, entende-se que pode ser contratual e extracontratual. Responde por perda da mercadoria que pode ser total ou parcial e por deterioração ou estrago (*avaria*) da coisa expedida, salvo cláusula de irresponsabilidade ou se for provocado pelo expedidor¹⁸⁹. Também não responde se forem devidos a caso fortuito ou força maior, desde que não provocados pelo transportador: *v.g.*, responde se os danos resultarem dum choque devido a excesso de velocidade ou de erradas manobras, etc.¹⁹⁰.

Tratando-se de transporte de pessoas, o transportador responde por atraso na chegada se privar o viajante de realizar um negócio ou de qualquer lucro; e responde também por morte ou ferimentos de qualquer passageiro. Trata-se duma responsabilidade contratual, visto que o transportador obriga-se tacitamente a fazer chegar o passageiro sã e salvo ao seu destino¹⁹¹.

¹⁸³ Cf. art. 1418.º.

¹⁸⁴ LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, VII, Coimbra Editora, 1934, pp. 665-666.

¹⁸⁵ Continuamos a seguir LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, p. 670.

¹⁸⁶ Transcrevemos LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, pp. 670-671.

¹⁸⁷ Vide GUILHERME MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, cit., p. 139; e LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, p. 671.

¹⁸⁸ Vide LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, p. 682.

¹⁸⁹ Vide GUILHERME MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, cit., p. 140; e LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, VII, cit., pp. 694-695.

¹⁹⁰ Vide LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, pp. 696-697.

¹⁹¹ Vide LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, pp. 700-701.

E quanto aos volumes de mão, o transportador só responde pelos que lhe foram entregues por ser equiparado ao depositário¹⁹². Mas responde extracontratualmente no caso de dolo ou culpa grave, *v.g.*, se houver furto praticado por qualquer dos seus agentes ou empregados¹⁹³.

Finalmente, quanto à limitação ou exclusão da responsabilidade, a tendência da maioria das legislações é no sentido de fixar um limite máximo, que se justifica com a grande frequência de avarias, perdas, extravios e demoras: se o transportador tivesse de indemnizar o prejuízo exato de todos os lesados, acabaria por se arruinar, além de se esgotar em incessantes litígios sobre o montante da indemnização¹⁹⁴.

Em 1833 foi promulgado por Decreto de 18 de setembro o primeiro Código Comercial português que consagra, como nominado, o contrato de fretamento. As marcas romanas são ainda muito claras: *v.g.*, na denominação de «*contrato de locação-condução d'uma embarcação*», embora se chame «*contrato de fretamento*»; na terminologia que identifica as partes: «*o locador 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*»¹⁹⁵; a não obrigação de o fretador 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*»¹⁹⁶; etc.

O segundo e atual Código Comercial promulgado por Decreto de 23 de agosto de 1888 não se afastou 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 objetos 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*¹⁹⁷.

Todavia, trata-se dum 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 n.º 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 denominada *frete*¹⁹⁸. Distingue o fretamento por viagem (o navio ou parte é cedido para que o afretador o utilize numa ou mais viagens)¹⁹⁹, o fretamento a tempo (um navio é posto à disposição do afretador para que o utilize durante certo período de tempo²⁰⁰; e o fretamento em casco nu (o fretador obriga-se a pôr à disposição do afretador um navio não armado nem equipado)²⁰¹. E, como no

¹⁹² Vide GUILHERME MOREIRA, *ibidem*, p. 141.

¹⁹³ Vide LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, p. 711.

¹⁹⁴ Vide LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *ibidem*, p. 721.

¹⁹⁵ Cf. art. 1498.º.

¹⁹⁶ Cf. art. 1529.º.

¹⁹⁷ Cf. arts. 542.º ss.

¹⁹⁸ Cf. art. 1.º.

¹⁹⁹ Cf. art. 5.º.

²⁰⁰ Cf. art. 22.º.

²⁰¹ Cf. art. 33.º.

direito comercial marítimo romano, o afretador tem o direito de manter a bordo um representante seu para acompanhar a execução do contrato²⁰².

Por sua vez, o contrato marítimo de passageiros é hoje disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 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 viagem²⁰³.

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, no entanto, se foram esbatendo com o tempo²⁰⁴.

A ponto de talvez não ser 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*»²⁰⁵.

9. CONCLUSÕES

I – Nos primeiros tempos, os Romanos, que viviam essencialmente da agricultura e da exploração mineral, pouco se ocuparam da navegação marítima. Por isso, serviram-se, na sua tutela, de expedientes pouco adequados ao transporte marítimo, como os que reprimiam os roubos, furtos e danos (assim, a *actio oneris aversei*, a *actio furti adversus nautas* e a *actio damni adversus nautas*) cometidos por marinheiros ao serviço de *nautae* responsáveis pela sua contratação.

II – Entretanto, com o maior interesse dispensado à navegação, os Romanos recorreram à *locatio-conductio rei* e à *locatio conductio operis faciendi*, consoante se tratasse de locação de navio ou do transporte de mercadorias (*locatio-conductio ad onus vehendum*) e de pessoas (*locatio-conductio ad vectores vehendos*). Enquanto a *locatio rei* (= *navis*) não era um contrato de transporte, o mesmo não se dirá das outras *locationes* em cujo âmbito diversificado encontramos o transporte de mercadorias e de pessoas e a génese e ponto

²⁰² Cf. art. 43.º. Sobre o transporte marítimo, vide M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Temas de Direito dos transportes*, II, Coimbra, Almedina, 2013; e JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 725-758, que define e caracteriza o contrato de transporte como um contrato típico e nominado, consensual, de adesão e comercial.

²⁰³ Cf. art. 14.º.

²⁰⁴ Vide ALESSANDRO MELISO RODRIGUES, *O contrato de transporte marítimo de mercadorias e o regime especial exonerativo e limitativo da responsabilidade civil do transportador no ordenamento jurídico português*, citado *supra*, nota 172 e a ampla bibliografia aí referida. A partir do Decreto-Lei n.º 352/86, de 21 de outubro, o Autor apresenta várias definições deste contrato, as suas características e elementos. E destaca a posição jurídica do destinatário, os direitos e obrigações dos intervenientes e o sistema de exoneração da responsabilidade civil do transportador disciplinado pela Convenção de Bruxelas: inavaliabilidade do navio, culpa náutica, incêndio, perigos de mar, casos fortuitos, factos de guerra, factos de inimigos públicos, embargo e quarentena, facto ou omissão do carregador ou proprietário das mercadorias, greves, salvação, desfalque de volume ou de peso, ou qualquer outra perda ou dano resultante de vício oculto, natureza especial ou vício próprio da mercadoria.

²⁰⁵ Vide MANUEL FAIRÉN *apud* P. OURLIAC / J. DE MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, trad. espanhola de Manuel Fairén, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1960, p. 472.

de partida da evolução do contrato de transporte marítimo. Diferentemente da *locatio navis*, o navio servia de simples meio de transporte que o *nauta* realizava com marinheiros (gentes do mar) contratados e da sua responsabilidade.

III – No contrato de transporte de mercadorias (*locatio-conductio ad onus vehendum*), o *nauta* obrigava-se a transportar as mercadorias que lhe eram entregues mediante o pagamento de um preço, dito *naulus* ou *vectura*. O *nauta* era considerado *conductor* e os donos das mercadorias, *locatores*.

IV – Os direitos e obrigações das partes resultavam deste contrato. E o risco era repartido: *v.g.*, havendo naufrágio ou danos causados por piratas, o *nauta* suportava os danos decorrentes da perda do navio e de ataque de piratas; e os donos das mercadorias embarcadas sofriam os prejuízos resultantes da sua perda ou deterioração. Por isso, se compreende a prática, seguida pelos comerciantes no tempo de Catão, de locação não de um, mas de cinquenta navios, nos quais a carga era distribuída.

V – Além do transporte de mercadorias, os navios podiam transportar também ou só pessoas (*vectores*). Nesta segunda hipótese, o contrato denominava-se *locatio-conductio ad vectores vehendos*, distinguindo-se os passageiros entre os que locavam espaços privilegiados (cabins) e os outros que, viajando sem comodidade, pagavam um preço baixo. Quanto à natureza deste contrato, as fontes falam ora de *locatio-conductio rei*, ora de *locatio-conductio operis* (= *ad vectores vehendos*): naquela, o *nauta* locava o navio ou lugares do navio aos passageiros; nesta, o *nauta* obrigava-se a fazer o transporte, utilizando marinheiros devidamente contratados.

VI – Pelo transporte das bagagens não era cobrado preço, por se entender que as podiam levar os passageiros. Nesta hipótese, recorria-se provavelmente à figura do *depositum*. Todavia, embora fosse pago somente para transportar passageiros, o *nauta* respondia se o dano fosse causado por marinheiros ao seu serviço, com base em *culpa in eligendo*.

VII – Pelos danos causados aos próprios passageiros, o *nauta* respondia se fossem causados por ele ou pelos seus empregados (marinheiros). Por força do princípio «ninguém é dono do seu corpo» (*dominus membrorum suorum nemo videtur*), não se podia aplicar a *lex Aquilia de damno*, obstáculo ultrapassado por uma *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* que evitava a dificuldade e o embaraço da *fictio* de que o passageiro cidadão romano era escravo, ou seja, uma coisa.

VIII – Como referimos (IV), o risco era repartido na *locatio-conductio operis* (fosse *ad onus vehendum* ou *ad vectores vehendos*), perdendo os donos as suas mercadorias embarcadas, mesmo se os danos ou perdas derivassem de naufrágios ou de pirataria.

IX – Este regime jurídico desagradava aos donos das mercadorias embarcadas e, conseqüentemente, não deixaria de diminuir a prática dos transportes marítimos. Por isso, quicá por influência dos costumes mediterrânicos, sobretudo gregos, o pretor atribuiu, por *edictum*, a faculdade de, num *pactum* dito *de recepto*, os *nautae* assumirem a responsabilidade por danos causados se não restituísse integralmente as mercadorias transportadas. Fala-se de responsabilidade absoluta e, na sua *ratio*, encontra-se a necessidade de desenvolvimento do tráfico marítimo, sobretudo de longo curso.

X – Respondendo sem limites, o *nauta* podia demandar o autor de furto ou de dano causado por marinheiros ao seu serviço. Não faria sentido que os donos das mercadorias roubadas ou danificadas pudessem demandar o *nauta* e simultaneamente o autor do furto ou do dano.

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

XI – No entanto, a responsabilidade assumida por um *nauta* em *receptum* – situação provavelmente normal – tornou-se manifestamente excessiva, desencorajando o tráfico marítimo. Por isso, e quicá consolidando uma prática que se vinha impondo, o pretor acolheu a opinião de LABEÃO de conceder aos *nautae* a *exceptio* dita *labeoniana*, que afastava a sua responsabilidade se as mercadorias embarcadas se tivessem danificado ou perdido por naufrágio ou pirataria.

XII – Fora dos casos de naufrágio e de pirataria, a responsabilidade do *nauta* por custódia mantinha-se e, portanto, respondia, *v.g.*, por roubos e danos causados a mercadorias e passageiros.

XIII – Com o desagravamento d responsabilidade absoluta do *receptum* por efeito da *exceptio labeoniana*, observa-se uma aproximação e um entrelaçamento das correspondes *actiones*: da *actio de recepto* à *actio locati*. Entrelaçamento reforçado pela sucessiva imposição da *culpa* que responsabilizou o *nauta* nos casos de *vis maior* e de *culpa in eligendo*.

XIV – Os compiladores de Justiniano não unificaram aquelas *actiones* e, portanto, não conceberam o contrato de transporte marítimo como figura unitária. Parece certo que fizeram do *pactum de recepto* um elemento natural (*naturale negotii*) da *locatio-conductio operis* e, assim, eliminaram a sua independência e autonomia. Por isso, a sua presença no *Corpus Iuris Civilis* não teve influência prática, mostrando, sim, como pura reminiscência histórica, o respeito dos compiladores pela tradição jurídica romana.

XV – As sucessivas Ordenações portuguesas não se preocuparam muito com o contrato de transporte marítimo, deixando ao costume a função de o disciplinar. Trata-se dum relativo desinteresse comum a diversos países europeus.

O Código Civil de 1867 consagrou, como figura jurídica dotada de regime próprio, o contrato de recovagem recovagem, barcagem e alquilaria que define como «o contrato, por que qualquer ou quaisquer pessoas se obrigam a transportar, por água ou por terra, quaisquer pessoas, ou animais, alfaias ou mercadorias de outrem». Considera o transportador depositário das coisas que lhe foram entregues. E remete para o direito comercial o transporte desenvolvido no âmbito duma empresa ou companhia regular e permanente.

O Código Comercial de 1833 disciplinou este contrato, denominando-o *contrato de afretamento*. São claras algumas marcas romanas na terminologia, nas modalidades e nas obrigações das partes.

Avançando mais, o atual Código Comercial de 1888 mantém o âmbito do contrato de fretamento, mas omitiu a terminologia romana *locator* e *conductor*.

Atualmente, o regime jurídico contrato de fretamento constante de legislação avulsa não deixa de ter algumas marcas romanas, assim como o contrato marítimo de transporte de passageiros. No entanto, como alguém assinalou, quicá excessivamente, não somos, nesta matéria, herdeiros do direito romano, afastamento que se ressent na construção de conceitos.

ABSTRACT: In the earliest times, shipping contracts were unknown to the Romans, who relied on *actio oneris averse*, *actio furti adversus nautas* and *actio damni adversus nautas*, which are not well known. They later had recourse to *locatio-conductio ad onus vehendum* and *locatio-conductio ad vectores vehendos*, relating respectively to transportation of goods and persons.

The liability of the ship-owner was limited and risk was shared by the parties. Subsequently, as a result of the Praetorian concession of *edictum de recepto*, this liability became absolute and, shortly afterwards, in the time of LABEO, was again limited, with the *nauta* not liable for loss or damage caused by force majeure or piracy. In this way, and also with the remedy available for culpa, the actions that protected *receptum* and *locatio-conductio* became similar and intertwined. *Receptum* became a natural element of *locatio-conductio* or was absorbed by the law which required the ship to deliver the goods to be transported. That is, *receptum* lost its autonomy, and therefore its position as a separate feature of the *Corpus Iuris Civilis* became no more than a historical relic, with no practical influence in the time of Justinian. With the *Lei da Boa Razão* ('Law of Good Right' – 18 August 1769), Portuguese law excised Roman law from the filling of gaps in this (and other) matters, transferring this integrating function to the laws of Christian, civilized and advanced nations. The Civil Code of 1867 considers the carrier as depositary and, as such, liable for thefts and damage caused to the goods. The first Commercial Code (1833) names this contract 'charter contract' and evidences some Roman influence in the terminology, modalities and obligations of the parties. The Commercial Code of 1888 abandoned the Roman terminology of locator and conductor and today maritime transport contracts are covered by legislation outside the Commercial Code, bypassing this Roman influence. Problems arose in classic Roman law, particularly with actions granting ship-owners relief against perpetrators of thefts and damage, perhaps resolved through legal fictions and by analogy (the action of *ad exemplum*).

KEYWORDS: *Transporte marítimo; nauta, magister navis; gubernator; Locatio-conductio rei; locatio-conductio operis; locatio-conductio ad onus vehendum; locatio-conductio ad vectores vehendos; edictum de recepto; exceptio labeoniana; actio legis Aquiliae; actio actio oneris averse; actio furti adversus nautas; a actio damni adversus nautas; actio fictitia, actio ad exemplum.*

ABREVIATURAS

BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra)
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano (Roma)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa)
C.	Código. <i>Corpus Iuris Civilis</i>
C. Th.	Código Teodosiano
D.	Digesto. <i>Corpus Iuris Civilis</i>
IURA	<i>Iura</i> . Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Nàpoles)
Labeo	Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Nàpoles)
RDN	Rivista del Diritto della Navigazione (Roma)
RHDFE	Révue Historique de Droit Français et Étranger (Paris)
RIDA	Révue Internationale des Droits de l'Antiquité (Bruxelas)
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Milão)
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Römianistische Abteilung (Weimar)

