

Livro 12

TÍTULO PRIMEIRO

Das coisas emprestadas, do pedido de coisa certa e da ação de repetição (*condictio*)

1. ULPIANO, *Livro 26 ao Edito. pr.* Julgamos conveniente, antes de tratar da interpretação dos termos desse título, dizer alguma coisa sobre a sua significação.

§ 1. Tendo o pretor, nesse título, inserido muitos princípios concernentes a diferentes espécies de contratos, por essa razão inscreveu no primeiro lugar do título a expressão “das coisas emprestadas” (*rerum creditarum*), já que compreende todos os contratos que realizamos depositando fé nos outros. Isso porque, conforme diz Celso, no livro primeiro *Das Questões*, “emprestar” é uma denominação geral. Foi essa a razão a induzir o pretor a tratar nesse título o comodato e o penhor. Com efeito, todas as vezes que concordamos acerca de um negócio com alguém em quem depositamos confiança, para posteriormente, com base nesse contrato, recuperar alguma coisa, diz-se que “emprestamos” (*credere*). O pretor também se serviu do termo coisa (*rei*) como uma palavra geral.

2. PAULO, *Livro 28 ao Edito. pr.* Damos em mútuo uma coisa para recebê-la posteriormente não na mesma espécie em que tivermos dado (de outro modo seria um comodato ou um depósito), mas no mesmo gênero. Com efeito, se for dada uma coisa de um gênero para se receber outra de gênero diferente, como vinho para se receber trigo, não será mútuo.

§ 1. A dação do mútuo só pode consistir em coisas de natureza a serem pesadas, contadas e medidas, já que, com a dação delas, podemos constituir um crédito de mútuo, por se prestarem a ser pagas antes em gênero do que em espécie. De fato, com as outras coisas não podemos constituir um crédito de mútuo, pois não se pode, contra a vontade do credor, dar em pagamento uma coisa diferente da que lhe é devida.

§ 2. A denominação “dação do mútuo” deriva da circunstância de te “dar o meu” para ficar sendo “teu”; por esse motivo, se a coisa não ficar sendo tua, não resultará uma obrigação.

§ 3. O empréstimo, portanto, difere do mútuo, como o gênero difere da espécie: com efeito, o empréstimo consiste em mais coisas do que as compreendidas nas que se pesam, contam e medem. Por exemplo, se dermos uma coisa com a condição de receber ela mesma, será um caso de empréstimo. Da mesma forma, não pode existir o mútuo sem intervir dinheiro; em contrapartida, o empréstimo pode algumas vezes realizar-se sem intervir coisa alguma, como, por exemplo, no caso de se prometer um dote depois do casamento.

§ 4. Na dação do mútuo é necessário que quem dê seja proprietário da coisa dada. Nem a isso obsta os filhos-*familias* e escravos, os quais dão dinheiro de seus pecúlios, adquirirem um direito de crédito: na verdade, isso acontece tal qual quando tu dás dinheiro a outrem por ordem minha, pois, nesse caso, sou eu que adquiero a ação, apesar de não ser meu o dinheiro.

§ 5. Também podemos constituir um empréstimo por meio de palavras, interpondo-se algum ato capaz de produzir uma obrigação, como, por exemplo, uma estipulação.

3. POMPÔNIO, *Livro 27 a Sabino*. Ainda que quem dê uma coisa em mútuo não haja expressamente acautelado que lhe fosse entregue coisa de igual qualidade, não é, todavia, permitido ao devedor entregar uma coisa pior, ainda que do mesmo gênero; por exemplo, vinho novo em pagamento de vinho velho. Isso porque, nos contratos, a intenção das partes deve ser considerada como uma convenção expressa e, no caso de que se trata, a intenção das partes foi a entrega de coisa do mesmo gênero e da mesma qualidade.

4. ULPIANO, *Livro 34 a Sabino*. **pr.** Se alguém não tivesse intenção nem propósito de dar seu dinheiro a juros e tu, querendo comprar um prédio e desejando tomar dinheiro emprestado sem, contudo, pretender fazer essa operação antes de tal compra, e o credor, por se achar na necessidade de fazer uma viagem, houvesse depositado o dinheiro em teu poder sob a condição de, feita essa compra, tal dinheiro passasse para ti a título de empréstimo, esse depósito correrá por conta e risco de quem o aceitou. Com efeito, também quem se encarrega de vender uma coisa, de modo a utilizar-se do respectivo preço, fica com a coisa por sua conta e risco.

§ 1. Pode-se, por meio da ação de repetição (*condictio*), reclamar a coisa dada em penhor, desde que esteja paga a dívida, e usar-se da mesma ação para reaver os frutos percebidos sem justa causa. Com efeito, se o colono, depois de terminados os cinco anos de seu arrendamento, continuar a perceber os frutos, pode, com certeza, ser acionado por meio da ação de repetição, mas só no caso de havê-los percebido contra a vontade do proprietário; sendo, em verdade, com o seu consentimento não há a menor dúvida de não poder ter ela mais lugar.

§ 2. Também se pode usar da ação de repetição (*condictio*) para se pedir a entrega do que houver sido arrebatado pela cheia de um rio e transportado para um terreno alheio.

5. POMPÔNIO, *Livro 22 a Sabino*. Se a coisa que me debes dar perecer depois de, por culpa tua, não me ter sido dada, está assentado que essa perda correrá por tua conta e risco. Todavia, tratando-se de saber se és culpado da demora na entrega, deve-se examinar não só se estarias ou não na possibilidade de fazer tal entrega, ou se foi ou não por dolo teu que não estavas, ou não podias estar nessa possibilidade, mas também se tinhas outra razão justa, pela qual entendias que te cumpria dar essa coisa.

6. PAULO, *Livro 28 ao Edito*. Considera-se como coisa certa aquela cuja espécie ou quantidade, sobre que versa a obrigação, manifesta-se qual e quanto seja ou por um nome próprio ou por uma demonstração equivalente a um nome. Com efeito, Pédio, no livro pri-

proprietário, não faz com que aquele que toma o dinheiro emprestado adquira a propriedade desse dinheiro. Como se deverá proceder nesse caso? Se o dinheiro existir, poderá ser reivindicado. Tendo, porém, deixado de existir por dolo, dever-se-á recorrer à ação de exibição; e se se tiver consumido sem dolo, poder-se-á lançar mão da ação de repetição.

12. POMPÔNIO, *Livro 6 a Pláucio*. Se tomares dinheiro emprestado a um louco, que julgavas ser um homem de perfeito juízo, e houver empregado seu dinheiro em teu proveito, diz Juliano que o louco terá a ação de repetição (*condictio*). Com efeito, um louco terá em seu proveito uma ação para todas as causas pelas quais também a teremos sem a nossa ciência. Da mesma forma, se quem emprestar dinheiro a um escravo cair em estado de loucura e, depois, o escravo reverter esse dinheiro em proveito do proprietário, poderá ser intentada a ação de repetição em nome do louco. Se alguém der em empréstimo um dinheiro alheio, ficar louco depois disso e o dinheiro consumir-se, terá esse louco a ação de repetição para reaver esse dinheiro.

13. ULPIANO, *Livro 26 ao Edito*. **pr.** Porque se um ladrão te emprestar dinheiro que houver furtado, não te transferirá a propriedade desse dinheiro; todavia, se tal dinheiro se consumir, nascerá dessa circunstância uma ação de repetição (*condictio*).

§ 1. À vista disso, diz Papiniano, no livro oitavo *Das Questões*: se te dei em mútuo dinheiro alheio, não ficarás responsável para comigo antes de havê-lo consumido. E pergunta: se esse dinheiro for consumido por partes, poderei intentar contra ti a ação de repetição (*condictio*) por partes? Diz que poderei intentar essa ação de repetição se fui avisado desse dinheiro ser alheio, e que, portanto, proponho a ação de repetição por parte, pois havia averiguado que ainda não se havia consumido todo.

§ 2. Se um escravo comum emprestar 10, quer tenha ele ou não administração de seu pecúlio, desde que essa quantia seja consumida, penso que compete a cada proprietário desse escravo a ação proporcional por 5. Com efeito, se te emprestasse 100 moedas pertencentes a mim e a outro indivíduo, Papiniano escreve, no livro oitavo *Das Questões*, que poderei intentar contra ti a ação de repetição (*condictio*) para reaver 50 ainda que cada moeda fosse comum.

14. O MESMO, *Livro 29 ao Edito*. Se um filho-*familias* pagar uma quantia, tomada em empréstimo contra o disposto no senatusconsulto Macedoniano, o pai poderá reclamar esse dinheiro sem que se lhe possa opor exceção alguma. Mas se o credor do filho houver consumido esse dinheiro, diz Marcelo que não terá mais lugar a ação de repetição (*condictio*), porque ela somente pode ser intentada no caso em que o empréstimo de dinheiro dá lugar a uma ação pelo fato de o domínio desse dinheiro ter sido transferido para o devedor, o que não acontece no caso proposto. Em suma, se for feito por erro o pagamento de uma dívida contraída contra o disposto no referido senatusconsulto, ainda com mais certeza não poderá ter lugar a repetição.

15. O MESMO, *Livro 31 ao Edito*. Têm-se admitido regras peculiares em matéria de empréstimo. Com efeito, se encarregar a um meu devedor de te dar certa quantia, contrairás

uma obrigação para comigo, conquanto não recebas dinheiro que me pertença. Portanto, o que se admite em relação a duas pessoas, deve ser admitido em referência a uma mesma pessoa. Assim, se me deveres uma quantia recebida em virtude de uma procuração minha e convencionarmos que essa quantia ficará em tua mão como empréstimo, será essa quantia considerada como tendo sido dada por ti e por mim entregue a ti.

16. PAULO, *Livro 32 ao Edito*. Se um sócio der em mútuo dinheiro próprio, esse empréstimo será válido ainda que os outros sócios não ajam em acordo com ele. Porém, se emprestar dinheiro comum, não terá valor esse empréstimo sem que os outros sócios nele consintam, porque apenas cabe-lhe o direito de alienar a parte que tem na sociedade.

17. ULPIANO, *Livro 1 das Disputas*. Se um filho-*familias* emprestar as mesadas que receba para estudar em Roma, Cévola respondeu que devia ser socorrido com uma ação extraordinária.

18. O MESMO, *Livro 7 das Disputas*. Se te entregar uma quantia de dinheiro como doação e a receberes a título de empréstimo, Juliano escreve que não há doação. Haverá em tal caso mútuo? Penso não haver, e com certeza esse dinheiro não fica pertencendo a quem o recebeu com a intenção diferente daquele que o dera. Assim, se consumir esse dinheiro, ainda que esteja sujeito à ação de repetição (*condictio*), poderá, todavia, servir-se da ação de dolo, pois o dinheiro se consumiu segundo a vontade de quem o dera.

§ 1. Se eu te der uma quantia a título de depósito e tu a receberes como empréstimo, não haverá nem depósito e nem empréstimo. O mesmo acontecerá se me deres uma quantia emprestada e eu aceitá-la como comodato, por motivo de colocar <as moedas> em exposição. Mas, em qualquer caso, tendo consumido o dinheiro, poderá ter lugar a ação de repetição (*condictio*), sem se ter o direito de opor a exceção de dolo.

19. JULIANO, *Livro 10 do Digesto*. **pr.** Nem toda a entrega de dinheiro à vista obriga por si só a quem o recebe, mas somente quando se procede com a intenção de ficar logo obrigado. Com efeito, aquele que dá dinheiro a título de doação *causa mortis*, faz a entrega desse dinheiro, mas não obriga a quem o recebe a restituí-lo, senão no caso inserido na obrigação, isto é, ou do doador ficar bem de saúde ou do donatário morrer antes do doador. De igual sorte, dando-se o dinheiro a alguém para se fazer alguma coisa, enquanto estiver pendente se ela será feita, não existe a obrigação. Todavia, logo que se tiver a certeza de que a coisa não se fará, incidirá em obrigação quem tiver recebido o dinheiro. Por exemplo, se der 10 a Tício para manumitir Estico até as calendas, não terei ação alguma antes das calendas; poderei, porém, intentar ação depois das calendas, se o escravo não for manumitido.

§ 1. Se um pupilo, sem autorização do tutor, der algum dinheiro de empréstimo ou em pagamento de alguma dívida, caso esse dinheiro for consumido, terá ação de repetição (*condictio*) ou ficará exonerado da dívida. A razão disso é que, por esse procedimento do pupilo, o dinheiro é considerado como tendo passado para quem o recebeu. Pelo que, se aquele que receber esse dinheiro a título de empréstimo ou de pagamento, der a outra pessoa pelo mesmo título, sendo consumido o dinheiro, ficará obrigado para com o pupilo ou deixará de ser

§ 1. Labeão diz que se, por meio de uma estipulação, me comprometer a ter cuidado em te serem pagos dez, não poderás pretender que te deva pagar esses dez, pois o devedor pode ficar desonerado dando alguém mais abonado que se obrigue por essa dívida. Daí se pode concluir que, oferecendo um fiador abonado, não terás direito de me obrigar a aceitar a causa.

TÍTULO SEGUNDO

Do juramento voluntário, necessário ou judicial

1. GAIO, *Livro 5 ao Edito Provincial*. A sacralidade do juramento é um grande remédio usado para por termo às demandas, pois, por meio dele, quer por convenção das próprias partes, quer por autoridade do juiz, dirimem-se as controvérsias.

2. PAULO, *Livro 18 ao Edito*. O juramento é uma espécie de transação, e tem maior autoridade do que a coisa julgada.

3. ULPIANO, *Livro 22 ao Edito*. **pr.** Diz o pretor: “Se aquele, com quem se demandar, prestar o juramento cujo convite lhe for submetido”. Por “aquele com quem se demandar” deve-se entender o próprio réu. E não foi inutilmente que se acrescentou “cujo convite lhe for submetido”, pois se o réu prestar juramento sem lhe haver sido submetido o convite, o pretor não dará valor algum a esse juramento, já que apenas jurou para si. A não ser assim, seria mais que fácil ao réu desonerar-se da ação, prestando um juramento cujo convite ninguém lhe submetera.

§ 1. O juramento que o réu prestar, em qualquer ação que contra ele for intentada, ser-lhe-á de proveito quer a ação seja pessoal ou real, quer *in factum* ou penal, ou qualquer outra, ainda mesmo que seja um interdito.

§ 2. O pretor dará valor ao juramento prestado em causa na qual se tratar da condição de uma pessoa. Por exemplo: se te submeter o convite para juramento e jurares que não estás debaixo de meu poder, esse juramento deve ser observado.

§ 3. À vista disso, Marcelo escreve que se pode submeter o convite para juramento sobre o fato de a mulher achar-se ou não grávida e estar-se vinculado por esse juramento. Diz ainda que, tratando-se de posse em nome do ventre e se, porventura, a mulher quiser ser metida nessa posse como estando grávida, e lhe for contestado esse direito, deve-se distinguir se foi ela que jurou que estava grávida ou se foi o seu adversário que jurou que ela não o estava. No primeiro caso, pode, sem receio, ser emitida na posse; no segundo, porém, não o poderá, ainda quando esteja realmente grávida. Acrescenta Marcelo que o juramento da mulher ainda lhe será de proveito para o fim de lhe impedir que possa ser atacada, como tendo caluniosamente pedido para ser emitida na posse em nome do ventre ou sofrer violência por

causa dessa posse. Marcelo examina também a questão de poder o juramento aproveitar de tal modo a impedir que, depois do parto, se inquirir ser o filho ou não daquele que é atribuído. E diz que se deve inquirir a verdade, pois o juramento não deve ser de proveito e muito menos de prejuízo a um terceiro. Por consequência, o juramento materno não aproveitará ao filho, do mesmo modo que não sofrerá prejuízo algum se, sendo o convite para juramento submetido pela mãe, o adversário jurar que o filho não pertence a quem ela o atribui.

§ 4. O juramento deve ser prestado pelo modo cujo convite for submetido; assim, submetendo o convite para que jures em nome de Deus e tu jures pela tua vida,

4. PAULO, *Livro 18 ao Edito*. ou pela de teus filhos,

5. ULPIANO, *Livro 22 ao Edito*. **pr.** semelhante juramento não terá valor algum. Por isso, se exigir que jures pela tua saúde e o jures, valerá esse juramento. Com efeito, todo juramento lícito, feito pelo modo como quis a parte que submeteu o convite para tal, é válido e o pretor observará o que resultar desse juramento.

§ 1. O imperador Antonino determinou, em um rescrito, que se devia ater, pelo juramento prestado, conforme a religião de quem jura.

§ 2. Prestado o juramento, não se questiona mais se se deve, mas somente se jurou⁴, como estando suficientemente provada a dívida pelo juramento.

§ 3. Mas se alguém submeter o convite para um juramento ilícito, como, por exemplo, por uma religião reprovada pela autoridade pública, tal juramento deverá ser considerado como não tendo sido prestado? Penso que se deva decidir, de preferência, que não tem valor.

§ 4. Se o juramento não for prestado e nem dispensado, deve-se proceder como se não se tivesse feito depender a decisão do juramento. Portanto, se, para adiante, a parte estiver disposta a jurar, esse juramento não lhe será de proveito algum, por não ter sido prestado no tempo em que o convite para tal juramento lhe foi submetido.

6. PAULO, *Livro 19 ao Edito*. Dispensa o juramento quem, submetendo o convite para tal e estando o adversário disposto a prestá-lo, desobriga-o disso, contentando-se com a deliberação em que se achava de jurar. Por isso, se não estiver disposto a jurar, ainda que depois o autor não queira mais submeter-lhe o convite para tal quando se declare deliberado a prestá-lo, o juramento, nesse caso, não pode ser considerado como dispensado. Com efeito, somente pode ter tido por dispensado quando se delibera a prestá-lo.

7. ULPIANO, *Livro 22 ao Edito*. Diz o pretor: “Não darei ação sobre uma coisa a respeito da qual se houver prestado juramento, nem contra quem o houver prestado, nem contra quem mais tiver direito sobre ela”. As palavras “sobre uma coisa” devem ser entendidas como o juramento referindo-se à coisa em sua totalidade ou em parte. Em verdade, o pretor promete não dar mais ação sobre o que houver versado o juramento, nem contra quem jurar, nem contra aqueles que sucederem no lugar daquele ao qual o convite para juramento foi

⁴ Nota 572 das *Primeiras linhas sobre o processo civil* de PEREIRA E SOUZA e nota 537 da edição de TEIXEIRA DE FREITAS.

sobre essa questão. Juliano deu, sobre isso, uma explicação mais desenvolvida: se a controvérsia suscitada entre o credor e o pupilo era de saber se o dinheiro lhe tinha sido emprestado ou não, e que, se houvesse convencido a terminar toda a contestação caso o pupilo jurasse e esse, tendo jurado não lhe dever dar coisa alguma, ficará, por esse pacto, extinta a obrigação natural existente, podendo ser repetido o dinheiro pago. Mas se o credor demandasse um dinheiro que teria dado de empréstimo e que o pupilo somente alegasse em sua defesa a falta de autorização de seu tutor, interposto um igual juramento, esse juramento não favorecerá o seu fiador. Contudo, não se podendo saber com certeza qual havia sido a intenção das partes e nem conhecer com clareza, como muitas vezes acontece, se a controvérsia entre o credor e o pupilo era de fato ou de direito, caso o credor, submetendo o convite para juramento ao pupilo, esse jurar que não lhe convinha dar coisa alguma, devemos entender, por meio desse juramento, ser intenção das partes por termo a toda contestação; assim, o dinheiro pago poderá ser repetido e pensamos que deva ser dada a exceção aos fiadores.

§ 1. Se o fiador jurar que não deve dar coisa alguma, esse juramento favorece também o devedor principal. Entretanto, se jurou que absolutamente nunca afiançaria tal quantia, esse juramento não será de proveito para o devedor.

§ 2. Mas se o autor submeter o convite para juramento ao defensor de um ausente ou presente, e o dito defensor jurar que aquele a quem defende não deva dar causa alguma, adquire uma exceção para aquele em cujo nome prestou esse juramento. Pela mesma razão, tratando-se do juramento do defensor de um fiador, deverá ser a exceção dada ao devedor principal.

§ 3. Se o devedor jurar, ficará exonerado o fiador, porque o julgamento proferido a favor de um deles aproveita a ambos.

TÍTULO TERCEIRO

Do juramento estimatório (*in litem*¹¹)

1. ULPIANO, *Livro 51 a Sabino*. Somos de parecer que a coisa pedida em juízo não fica de maior valor pela circunstância de, pelo juramento estimatório (*in litem*), poder crescer a condenação em virtude da contumácia do réu em não querer restituí-la. Com efeito, a causa, por essa razão só, não aumenta de valor, sendo, todavia, pela contumácia é que ela se estima além de seu valor.

¹¹ Ainda havia essa denominação no art. 172 do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, no art. 438 da *Consolidação das Leis do Processo Civil* de RIBAS e no art. 312 da Terceira Parte da *Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal (a que se refere o Decreto n. 3084)*, apenas nesta última com a variante “*promessa*”.

2. PAULO, *Livro 13 a Sabino*. Quer se trate do pedido de coisa nossa, quer de exibição¹², algumas vezes somente se estimam os interesses devidos ao autor, como, por exemplo, quando se pune somente a culpa de quem não quer restituir ou exhibir. Quando, porém, a restituição ou exibição não tem lugar por dolo ou contumácia da parte, a estimação será o que o autor der no juramento estimatório (*in litem*)¹³.

3. ULPIANO, *Livro 30 ao Edito*. Tratando-se de depósito de dinheiro, não deve o juiz submeter o convite ao juramento estimatório (*in litem*) para a parte estimar o seu interesse, por ser certo o valor do dinheiro, salvo se ela jurar sobre o interesse que tinha em ser-lhe o dinheiro entregue no dia fixado. E, na verdade, não terá razão para isso se dever igual quantia sob certa pena? Ou sob um penhor, que teve que ser vendido por causa da recusa da entrega do dinheiro depositado?

4. O MESMO, *Livro 36 ao Edito*. **pr.** Vejamos em uma causa de tutela quem pode jurar e contra quem. Com certeza o próprio pupilo, sendo impúbere, não pode jurar e isso está decidido em muitos rescritos. Nem a mãe do pupilo deve ser admitida a prestá-lo ainda que disposta a isso, conforme um rescrito dos Imperadores Marco Aurélio e Lúcio Vero. Tampouco o tutor deve ser a isso obrigado¹⁴, pois seria duro forçar os tutores, em negócio de que não tiveram conhecimento e feito contra a sua vontade, a correrem o risco de perjurar em proveito de outrem. Rescritos de nosso Imperador e de seu pai também determinam que os curadores de pupilos ou de adolescentes não devem ser constrangidos a prestar o juramento estimatório (*in litem*). Entretanto, se os tutores ou curadores, por afeição para com os pupilos ou adolescentes, quiserem prestar esse juramento, não lhes será recusada a autoridade do direito, desde que, por esse modo, possam terminar uma causa por eles mesmos aceita; com efeito, não se converte em sua utilidade uma estimação dada por esse juramento, mas sim na do pupilo que é o dono da causa, em razão da qual terá de prestar contas da tutela. Um adolescente, querendo, pode jurar.

§ 1. O convite para juramento deve ser submetido pelo juiz; de outro modo, não terá valor algum quando apresentado por outra pessoa ou se for prestado sem haver sido oferecido. Isso se acha expresso nas constituições de nosso Imperador e de seu pai.

§ 2. É lícito jurar sem limite algum. Mas, pergunto, não poderá o juiz taxar certa quantia dentro da qual se deva jurar, a fim de que o réu não se aproveite da ocasião e jure excessivamente? É sem dúvida certo que o juiz tem o arbítrio de submeter ou não o convite para juramento. Portanto, quem pode deixar de submeter o convite para juramento também pode acrescentar que esse juramento seja feito até certa taxaçoão? Também combina com a boa-fé do juiz que tenha esse arbítrio¹⁵.

¹² Em outras edições, a frase termina aqui e o que se segue constitui um § 1.

¹³ Nas edições vulgares, o princípio desse fragmento acha-se dependendo do fragmento anterior, que termina com o símbolo “:”. Pelo contrário, na edição de MOMMSEN, além da separação completa desse fragmento do anterior, acha-se ele ligado ao parágrafo que, assim, desapareceu.

¹⁴ Conforme a transposição que se encontra em nota de MOMMSEN.

¹⁵ As Ord. Filip. 3, 86, 16, no caso de se querer a verdadeira valia da coisa, deu ao juiz a

§ 3. Ainda mais, poderá o juiz que submeter o convite para juramento não lhe atribuir a menor importância e absolver de tudo o réu ou condená-lo em quantia menor do que a jurada? É mais certo que assim se possa proceder sobrevivendo alguma razão de grande peso e se forem posteriormente achadas novas provas.

§ 4. É certo que, no caso de culpa, não se submete o convite para juramento, mas a estimação é feita pelo juiz.

5. MARCIANO, *Livro 4 das Regras*. **pr.** O juramento estimatório (*in litem*) tem lugar nas ações reais, nas de exibição e nas de boa-fé.

§ 1. Mas o juiz pode taxar uma quantia dentro da qual se jure, pois, primeiro que tudo, lhe é lícito não submeter o convite para juramento.

§ 2. Da mesma sorte, se for prestado o juramento, é lícito ao juiz ou absolver ou condenar em uma quantia menor.

§ 3. Em todas essas ações, o juramento estimatório (*in litem*) só tem lugar havendo dolo e não culpa, pois, nesse último caso, a estimação é feita pelo juiz.

§ 4. Algumas vezes, dá-se o juramento estimatório (*in litem*) nas ações de direito estrito, se, pela mora de alguém que prometera entregar Estico, esse morrer. De fato, o juiz, sem submeter o convite para juramento, não pode estimar uma coisa que não existe.

6. PAULO, *Livro 26 ao Edito*. Pelo contrário, versando a ação sobre estipulação ou testamento, não se costuma prestar o juramento estimatório (*in litem*).

7. ULPIANO, *Livro 8 ao Edito*. Vulgarmente se presume que somente o titular da causa é quem pode prestar o juramento estimatório (*in litem*); do mesmo modo, Papiniano pensa que somente pode jurar aquele que em nome próprio contestou a lide.

8. MARCELO, *Livro 8 do Digesto*. Um tutor não quer entregar a seu pupilo, já adulto, uma coisa de que está de posse. Pergunto: deve ser condenado segundo o valor verdadeiro da coisa ou conforme a estimação que for dada em juramento estimatório (*in litem*)? Respondo que não é justo que a condenação se faça na conformidade do valor real da ação, pois deve ser punida a contumácia do tutor e que o valor deve ser fixado, de preferência, pelo arbítrio do titular da causa, dando-se-lhe a permissão de prestar o juramento estimatório (*in litem*).

9. JAVOLENO, *Livro 15 sobre Cássio*. Tratando-se de furto, deve-se jurar que “a coisa tinha tal valor quando foi furtada”, não se devendo acrescentar que valia tal preço “ou mais”, pois, se tinha maior valor, com mais força de razão tinha o que lhe fora dado.

10. CALÍSTRATO, *Livro 1 das Questões*. Não sendo apresentados instrumentos, cuja exibição foi requerida, é permitido ao autor prestar o juramento estimatório (*in litem*), calculando o valor do interesse que tinha nessa exibição, a fim de nele ser condenado o réu. E

obrigação de taxar a valia dela, com o conselho de pessoas que disso tenham bom conhecimento, para ter lugar o juramento até essa taxaço.

assim o decidiu, em um rescrito, o Imperador Cômodo.

11. PAULO, *Livro 3 das Respostas*. Não é com facilidade que se costuma processar a quem perjura quando é obrigado a prestar juramento estimatório (*in litem*) em virtude de um preceito legal.

TÍTULO QUARTO

Da ação de repetição (*condictio*) em virtude de coisa dada por causa que não se realizou

1. ULPIANO, *Livro 26 ao Edito. pr.* Se se der dinheiro por uma causa que nada tem de honesta, como, por exemplo, para emancipar o filho, ou libertar um escravo, ou desistir de uma demanda, no caso de essa causa se realizar, não terá lugar a ação de repetição (*condictio*) desse dinheiro.

§ 1. Se, para cumprir uma condição que me havia sido imposta, te der dez e, depois, repudiar a herança ou o legado, posso reclamá-los de ti por meio da ação de repetição (*condictio*).

2. HERMOGENIANO, *Livro 2 dos Epítomes de Direito*. Esses dez também poderão ser repetidos, como não tendo realizado a causa, se o testamento for julgado falso, sem ser por crime de quem deu o dinheiro, ou inoficioso.

3. ULPIANO, *Livro 26 ao Edito. pr.* Dei-te dinheiro para não me chamares a juízo e fiz como que uma espécie de transação. Poderei intentar a ação de repetição (*condictio*) contra ti se não quiseses prestar caução de não me chamares a juízo? É de toda conveniência distinguir se dei esse dinheiro somente para não me chamares a juízo ou para que, ao mesmo tempo, prometesses não me chamar a juízo. Isso porque, nesse segundo caso, poderei intentar contra ti a ação de repetição (*condictio*) e, no primeiro, não o poderei fazer enquanto não me chamares a juízo.

§ 1. O mesmo acontece se te der dinheiro para manumitires Estico, pois, conforme a distinção supra referida, a repetição poderá ser requerida ou não.

§ 2. Mas se te der dinheiro para manumitires Estico, poderei intentar a ação de repetição (*condictio*) se o não fizeres ou se, antes disso, eu não me arrepender.

§ 3. Como se deverá decidir se te der dinheiro para manumitires dentro de um prazo determinado? Não tendo ainda decorrido o prazo, não poderei repetir esse dinheiro, salvo no caso de me arrepender; decorrido o prazo, poderei intentar a ação de repetição (*condictio*). Mas se Estico morrer, poderei repetir o dinheiro que houver dado? Próculo diz que, se morrer depois do prazo determinado para ser manumitido, será caso de repetição, mas não

se morrer antes.

§ 4. Ainda mais, se nada te der para manumitires, mas se houver prometido dar-te, terás contra mim a ação que nasce desse contrato, isto é, a de repetição (*condictio*), ainda que morra o escravo.

§ 5. Se um homem livre, que em boa-fé me servia como escravo, me der dinheiro para manumiti-lo e, depois de tê-lo manumitido, provar ser livre, poderá intentar contra mim a ação de repetição (*condictio*)? Juliano escreve, no livro onze de seu *Digesto*, que o manumitido tem o direito de me repetir esse dinheiro. Nerácio refere também, no livro das *Folhas*, que o pantomimo Paris repetira judicialmente de Domícia, filha¹⁶ de Nero, a quantia de dez que dera pela sua liberdade e que não se investigara se Domícia sabia que era ele livre.

§ 6. Se alguém me der dez pensando ter sido manumitido condicionalmente no testamento (*statuliber*), ao passo que fora libertado sem condição, escreve Celso que terá o direito de, por essa quantia, intentar contra mim a ação de repetição (*condictio*).

§ 7. Mas se um escravo a que o dono, em seu testamento, conferir a liberdade com a condição de dar dez a seu herdeiro, tendo sido libertado no codicilo sem condição alguma e, ignorando a circunstância do codicilo, der os dez ao herdeiro, poderá repeti-los? Celso refere que seu pai era de parecer que não podia fazer; mas o próprio Celso, movido pela equidade natural, é de opinião contrária. E essa opinião é mais justa, conquanto seja certo, como ele mesmo o diz, que quem dá a alguém alguma coisa na esperança de ser por ele remunerado ou de torná-lo cada vez mais seu amigo, não pode repetir o que deu, por ter sido enganado pela sua opinião falsa.

§ 8. Esse jurisconsulto trata também da seguinte questão, cheia de sutilezas: alguém, ao se julgar, mediante a entrega de dinheiro, manumitido condicionalmente no testamento (*statuliber*), ainda que haja dado tal dinheiro ao herdeiro como pertencendo a esse a título de herança e não como dele, e ainda que lhe fosse realmente devido, pois o adquirira em seu proveito por ter sido libertado no testamento, não terá feito com que essa quantia fique pertencendo a quem o recebeu? Penso que, se deu esse dinheiro ao herdeiro com essa intenção, não lhe transferiu a propriedade. Com efeito, dando-te dinheiro que julgava te pertencer, ao passo que era meu, não te transfiro a propriedade dele. O que ocorre, pois, se não der o dinheiro ao próprio herdeiro, mas a um estranho, ao qual eu pensava ter sido ordenado de fazê-lo? Se der o dinheiro de seu pecúlio, não se transfere a propriedade; mas se um estranho der por ele, ou ele mesmo der depois de livre, ficará transferida a propriedade.

§ 9. Ainda que seja permitido ao alforriado condicionalmente no testamento (*statuliber*) tirar de seu pecúlio o dinheiro para cumprir a condição, poderá o herdeiro, todavia, se não quiser perder esse dinheiro, proibir que o dê; essa proibição não impedirá o escravo de conseguir a liberdade como tendo cumprido a condição que lhe fora imposta e o herdeiro não perderá o dinheiro. Mas aquele, a favor de quem o testador ordenara ao escravo que desse o dinheiro, poderá instaurar contra o herdeiro uma ação *in factum* a fim de executar a vontade do testador.

4. O MESMO, *Livro 39 ao Edito*. Se alguém desonerar um seu devedor, o qual se com-

¹⁶ Ou “tia”, conforme a nota de MOMMSEN, baseada em Tácito.

prometera a lhe dar um outro responsável em seu lugar, pode-se dizer, não se lho dando, que deverá ser intentada a ação de repetição (*condictio*) contra quem, dessa maneira, fez-se desonerar da obrigação.

5. O MESMO, *Livro 2 das Disputas*. **pr.** Se receberes dinheiro para ir a Cápua e, depois de já estares preparado para partir, o estado do tempo ou o desarranjo de tua saúde te impedirem de fazê-lo, deve-se examinar se possa, por meio da ação de repetição (*condictio*), pleitear o dinheiro que recebeste. Pode-se dizer que essa repetição não tem lugar por não ter dependido de ti o não teres feito a viagem. Mas, sendo permitido a quem deve o dinheiro arrepender-se, não há dúvida de que possa repetir o que te deu, a menos que não tenhas interesse no pagamento de alguma indenização. Com efeito, se as coisas se arranjam de modo que, conquanto não tenhas partido, te achas, apesar disso, obrigado a empreender a viagem, ou seja, já fizeste despesas necessárias para a viagem manifestamente de valor superior ao dinheiro que recebeste, deixará de ter lugar a ação de repetição (*condictio*). Será, porém, caso de ação de repetição o serem as despesas menores do que o dinheiro recebido; todavia, ser-te-á prestada indenização de tais despesas.

§ 1. Se alguém entregar um escravo a outrem para manumiti-lo dentro de certo prazo e arrepender-se, dando notícia dessa mudança a quem está entregue o escravo, terá ação por causa de seu arrependimento contra ele se libertar o escravo depois de ter tido notícia do arrependimento. Se, porém, não manumitir, terá aplicação a constituição e o escravo ficará livre se, porventura, não houver arrependimento de quem o entregou para esse fim.

§ 2. Da mesma maneira se alguém der a Tício dez para comprar e manumitir um escravo e, depois, arrepender-se, se, porventura, o escravo ainda não estiver comprado, esse arrependimento dar-lhe-á direito a lançar mão da ação de repetição (*condictio*) para pedir de volta o dinheiro dado, contanto que dê ciência da mudança de sua resolução ao encarregado da compra, a fim deste não sofrer prejuízo se comprar depois do arrependimento. Estando, porém, já comprado, o arrependimento não prejudicará o comprador, mas entregará o escravo em lugar dos dez que recebeu; ou se, antes da entrega, o escravo morrer, nada terá que indenizar, contanto que não seja culpado dessa morte. No caso de fuga, sem ter culpa o comprador, esse também nada terá que indenizar; entretanto, deverá prometer restituir o escravo se voltar ao seu poder.

§ 3. Mas se receber dinheiro para manumitir o escravo e esse fugir antes da manumissão, poderá ser acionado por meio da ação de repetição (*condictio*) para restituir esse dinheiro? Se o dono do escravo estava resolvido a vendê-lo e o não fez por ter recebido dinheiro para libertá-lo, não convém que se intente contra ele a ação de repetição; todavia, deverá prestar caução de, no caso do escravo voltar ao seu poder, restituir o dinheiro que recebera, descontando, entretanto, o que o escravo houver diminuído de valor por motivo da fuga. Mas se quem deu o dinheiro ainda quiser que o escravo seja manumitido, e o dono não o quiser fazer estomagado por ele ter fugido, deverá, nesse caso, restituir todo o dinheiro que houver recebido. No caso, porém, daquele que deu dez preferir receber o mesmo escravo, é necessário ou dar-lhe o mesmo escravo, ou restituir-lhe o que deu. Contudo, se o dono do escravo não estava resolvido a vendê-lo, convém que restitua o que recebeu, salvo alegando que o teria guardado com mais cuidado se não houvesse recebido dinheiro para manumiti-