Universidades Lusíada

Justo, António dos Santos

Precário : direito romano (breve referência aos direitos contemporâneos)

http://hdl.handle.net/11067/2814
https://doi.org/10.34628/ca47-ga28

Metadados

Data de Publicação	2017-02-15
Palavras Chave	Precário (Direito)
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 13 (2015)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-12T03:56:11Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

PRECÁRIO.
DIREITO ROMANO.
(BREVE REFERÊNCIA AOS DIREITOS CONTEMPORÂNEOS)

António dos Santos Justo[1]

Abstract:

1. Lost in the mists of time, it is likely that the origin of *precarium* goes back to the land concessions that patrons made free of charge to their clients. One should also not overlook the influence of concessions for use of public agrarian land (*ager publicus*) that the Roman state made to its citizens.

2. The name *precarium* itself is derived from *preces*, a request or petition that the supplicant made to the owner to allow him to use and enjoy something free of charge. This type of request shows the great disparity in social status separating the client from the patron.

3. A precarity is a benefit, an act of liberality characterised by its gratuitous nature and free revocability on the part of grantor.

4**.** The subject matter of a precarity, which initially would have been limited to immovable property but later extended to movables and even to rights (easements, housing, right of use, graves, etc.) and could even have been the grantee's own property (as in the case of *fiducia cum creditore*).

5. The grantor had to have the legal capacity to dispose of the subject matter of the precarity: he might be the owner, possessor or holder, or indeed a lessee (tenant or settler). And the grantee could be a person *sui iuris* or *alieni iuris*. In this case, the precarity passed to the person on whom it had depended since ratification or mandate.

6. Initially, the relationship between grantee and grantor existed at a purely household level and only the latter enjoyed protection due to his domestic power.

7. In classical times, the grantee came to be considered the possessor of the thing received in precarity. This idea stems from the fact of possession being protected by the Praetor through possessory injunctions.

8. Such possession however, because it lacked *animus domini*, precluded the acquisition of property (or of rights *in rem*) by prescription. In SAVIGNY's view it is an anomalous form of possession.

[1] Prof. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada Norte.

9. Probably by the final phase of the classical era, the idea of innominate contract intervened and the grantee became holder by virtue of the contract of *precarium*. The doctrine of two forms of possession arose: the possession of the grantor (true possession that may lead to acquisition by prescription); and possession at will, namely the possession that the grantee exercises on behalf of the grantor.

10. The grantee had full use and enjoyment of the subject matter and was therefore entitled to the fruits. The children of slaves were excluded because they were not considered as fruits as neither were the acquisitions of the slave that did not result from his normal activity.

11. The grantee was accountable only for fraud and was required to surrender the subject matter as-received when the grantor required it (revocability *ad nutum*). In case of delay, arrears were payable and there was therefore liability for fault and even for detainder.

12. In addition to actions to protect the property, the grantor benefited from the *interdictum de precario* and in addition, in the post-classical e Justinian periods, the *actio praescriptis verbis* that governed innominate contracts.

13. The grantee benefited from *interdictum uti possidetis* against third parties, but not against the grantor, who could invoque the *exceptio vitiosae possessionis.*

14. It was extinguished on the destruction of the subject matter and death of the parties. Roman jurisprudence has mixed opinions regarding succession (*mortis causa)* of the grantee and of the grantor. It is likely that in classical times, the precarity survived the death of the grantor but was extinguished on the death of the grantee.

15. In the post-classical period and in the law of Justinian the grantee's position as possessor at will was clarified, but precarity retained its classical features: gratuity and revocability *ad nutum* by the grantor.

16. However, an effect of the confusion that characterises the post-classical period was that *precarium* came to more closely resemble loan, lease and donation, a confusion carried forward to medieval law.

17. This confusion was due in large part to the waning interest of jurists in *precarium* because of the infrequent use made of it in practice, as loan became preferred.

18. Grant at will and *stipendium* arose in the middle ages, and medievalists continue to differ over certain details of the defunct *precarium* of classical Rome.

19. Finally, in contemporary law, precarity has been absorbed by loan contracts, with the occasional vestige being discernable.

Key-words: Precarity. *Preces*. Patrons. Clients. *Ager publicus*. Gratuity. Revocability *ad nutum*. Possession. Possession at Will. Possessory injunctions. *Exceptio vitiosae possessionis*. *Fiducia cum creditore*. Pledge. Loan. Lease. Donation. Grant at Will. *Stipendium*. Civil codes.

1. Antelóquio

O precário (*precarium*) foi, no direito romano da época de Justiniano[2], o

[2] Esta época começa no ano 530 e termina em 565, ou seja, surge quando Justiniano, Imperador do Oriente, encarregou Triboniano de elaborar o Digesto e termina no ano em que este Imperador faleceu. Carateriza-se pelo classicismo (tendência intelectual que pretende valorizar e imitar o clássico), pela helenização (influência de princípios e ideias filosóficas gregas) e, sobretudo, pela

contrato inominado em que uma pessoa (dita *precario dans*) concede gratuitamente a outra (precarista ou *precario accipiens*) o uso de uma coisa ou o exercício de um direito com a faculdade de revogar a concessão quando entender[3].

Etimologicamente, *precarium* deriva de *preces*, rogo ou pedido que o precarista dirigia ao proprietário para que lhe permitisse usar e gozar gratuitamente uma coisa, como assinala a definição de ULPIANO:

> D. 43,26,1pr.: "*Precário é o que se concede a quem pede com rogos para que use enquanto o concedente consentir*"[4]

É, hoje, uma figura praticamente abandonada, subsistindo apenas um ou outro efeito na figura contratual do comodato[5]. Referimos a obrigação de o comodatário restituir a coisa ao comodante logo que se lhe seja exigida, se não foi convencionado prazo para a restituição nem determinado uso da coisa[6].

Por isso, poder-se-ia questionar a razão justificativa do presente estudo, não fosse a circunstância de a sua história ser particularmente importante na compreensão dum instituto cuja evolução deixou marcas profundas nas diversas épocas por que passou o direito romano, o direito medieval e o direito moderno, até se cristalizar numa das normas dos direitos civis contemporâneos[7].

É certo que o *precarium* é, no direito romano, um dos institutos que suscita a maior perplexidade desde a sua origem até à última época da sua história[8]. É igualmente certo que poucos são os textos reconhecidos sem interpolações[9]. Mas também não se ignora que, no direito romano, as questões possessórias – a que

---

atualização e compilação do direito romano. Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano* (*ius romanum*). I. *Introdução. Fontes,* 4ª. ed., Coimbra, 1984, p. 51; e A. Santos JUSTO, *A evolução do direito romano*, no volume comemorativo do 75º. tomo do BFD, Coimbra, 2003, pp. 67-68.

[3] Vide A. Santos JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações), 4ª. ed., Studia Iuridica*, 76, Coimbra, 2011, p. 104; Juan IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª. ed., Barcelona, 1993, p. 402; José Carlos Moreira ALVES, *Direito romano*, 14ª. ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 549; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., Turim, 1982, p. 485; e Paolo BONETTI, *Precario (diritto romano e intermedio)* em *NNDI,* XIII, 1957, p. 557.

[4] D. 43,26,1pr.: "*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur*". Vide TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, p. 969; ZAMORANI, *Precario habere*, Milão, 1969, pp. 285-294; MARRONE, *"Precario habere" e "precarium" em* Labeo 17, 1971, p. 210; e Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano III. Diritti reali*, Roma, 1933, p. 155, para quem o nome *precarium* e os nomes das partes (*precario rogatus* e *precario rogans*) aludem a uma relação de dependência.

[5] Vide Franco CARRESI, *Precario (diritto civile*) no NNDI, XIII, 1957, p. 558.

[6] Vide *infra*, nº. 5.

[7] Vide Pierpaolo ZAMORANI, *o.c.,* p. VIII; e *infra*, nº. 5.

[8] Vide Matteo MARRONE, *o.c.,* p. 205.

[9] Vide Fritz SCHULZ, *Derecho romano clásico,* trad. espanhola de José SantaCruz Teigeiro, Barcelona, 1960, p. 500. Sobre a orientação interpolacionística dirigida à recuperação do direito romano clássico, com os seus defeitos e virtudes, vide A. Santos JUSTO, *A crise da romanística* no BFD LXXII, 1996, pp. 42-44.

o precário se liga – são sempre vivas[10] e a sua presença no contrato de comodato confere ao estudo do precário uma nota de utilidade não apenas histórica, mas igualmente prática.

Vem a propósito, a seguinte observação de Ursicino ÁLVAREZ: "*El valor de la Historia jurídica va siempre determinado en función del fenómeno que es eficiente para la dogmática y ésta tiene a su vez su existência actual definida por los acontecimientos históricos que la fueron creando*"[11].

E, com a devida vénia, transcrevemos as palavras oportunas do juiz espanhol Miguel Moreno MOCHOLI: "*Hay momentos en los que, por imperativos de las circunstancias unido al trato que se le da, recibimos la impresión de su desaparición, mas después lo vemos ressurgir confirmándonos en la idea inicial de que por su naturaleza responde a una realidad de la vida jurídica, más o menos intensa según las épocas, pero sempre sentida y necessitada del cuidado que la institución en cuestión le suministra*"[12].

Depois, a nossa opção é fortalecida pela ideia de que não há livro, por muito gasto que esteja, que não consinta nova leitura. E, do mesmo modo, nos abrigam as palavras sábias com que Paulo MERÊA inicia o estudo "*Precarium*" e "*Stipendium*": "*De las cosas más seguras, la más segura es dudar*"[13].

Finalmente, porque se trata duma figura com vicissitudes diferentes na história do direito romano[14], justifica-se que o estudemos nas suas diversas épocas, a que se seguirão breves referências aos direitos medieval e contemporâneo.

Uma explicação se impõe: tendo em consideração que o Estimado Leitor nem sempre será romanista, tivemos a preocupação de, sobretudo em notas de rodapé, referir figuras do direito romano em termos que facilitem a sua compreensão.

2. O precário no direito romano

2.1 Época arcaica

2.1.1 Origem

A origem do *precarium* perde-se na longa noite dos tempos que se localizam na primeira época da evolução do direito romano, dita arcaica[15]. Além de escassas,

[10] Vide Vittorio SCIALOJA, *Sopra el "precarium" nel diritto romano*, Roma, 1878, p. 5.

[11] Vide Ursicino ÁLVAREZ *apud* Miguel Moreno MOCHOLI, *El precario,* Barcelona, 1951, p. 15.

[12] Vide MOCHOLI, *ibidem,* 15.

[13] Vide Paulo MERÊA, "*Precarium*" e "*stipendium*" no BFD XXXV, 1959, p. 230.

[14] Vide Manuel Iglesias CUBRIA, *La relación jurídica de precario en el derecho romano* em *IJ*, Madrid, 1949, p. 772.

[15] Esta época situa-se entre os anos 753 e 130 a.C., ou seja, desde a fundação que a tradição atribui a Roma até ao ano em que foi promulgada a *lex Aebutia de formulis* que legalizou o novo processo romano das fórmulas (*agere per formulas*), através do qual o direito romano iria conhecer o desenvolvimento com a perfeição e o rigor que o tornam um *ius* modelo. Carateriza-se pela imprecisão, surgindo as instituições jurídicas sem contornos bem definidos. Devido à escassez de

as fontes não oferecem diretamente uma ideia nítida sobre a origem desta figura jurídica[16] e, por isso, não faltam hipóteses que os romanistas têm agrupado em duas correntes distintas que, todavia, não se excluem reciprocamente[17]: uma liga o nascimento do *precarium* às concessões do *ager publicus* feitas pelo Estado romano a cidadãos; a outra vê a origem nas concessões de terras feitas por patronos aos seus clientes. Por isso, tais concessões radicam, respetivamente, no direito público e no direito privado[18].

A primeira compara a situação em que se encontram os concessionários de terras do *agere publicus* atribuídas pelo Estado romano (*populus Romanus*) com a precaridade que carateriza o *precarium*[19]. Com efeito, incapaz de promover a sua agricultura, a exploração das terras do Estado -- as originárias e as posteriormente adquiridas por conquista – foi concedida a particulares cidadãos romanos, por meio de distintas formas de concessão, de que destacamos:

1. O *ager occupatorius*: terreno conquistado ao inimigo e cedido a particulares, por cuja fruição pagavam, por vezes, um cânone periódico. O particular tinha a posse precária, revogável a todo o momento pelo Estado;
2. O *ager scriptuarius*: terreno do Estado concedido a particulares para a pastorícia, mediante o pagamento de um cânone periódico (*scriptura*);
3. O *ager vectigalis*: terreno do Estado cedido a particulares durante um prazo longo ou perpetuamente, mediante o pagamento de um cânone periódico. Originariamente era arrendado por censores por períodos de cinco anos;
4. O *ager privatus vectigalisque*: terreno do Estado vendido em hasta pública, pelo questor ou pretor. O adquirente não obtinha a propriedade, mas o direito de fruir, mediante o pagamento de uma renda ou cânone (*vectigal*) anual. O direito de fruir podia ser transferido *inter vivos* e *mortis causa*, mas não se identificava com a propriedade.

Estamos perante concessões periodicamente renovadas em que a posse sem *iusta causa* não podia conduzir à aquisição da propriedade por usucapião.

Quanto aos prédios situados nas províncias – denominados *fundi* provinciais --, observa-se que a sua propriedade foi adquirida pelos Romanos que, no entanto, mantiveram a sua exploração antes atribuída temporária ou perpetuamente a cada indivíduo, mediante o pagamento periódico de um cânone (dinheiro ou frutos) ou a prestação de determinados serviços. Tais *fundi* pertenciam ao domínio civil dos Romanos (*dominium ex iure Quiritium*) e a relação entre o cultivador e o *fundus* denominava-se *possessio vel ususfructus* e, por vezes, *locatio*. O pagamento de *stipendium* (nas províncias senatoriais) e de *tributum* (nas províncias imperiais)

elementos, em regra só é possível formar hipóteses. Vide CRUZ, *o.c.*, pp. 44-46; e JUSTO, *A evolução do direito romano,* cit., pp. 50-53.

[16] Vide SCIALOJA, *o.c.*, p. 5 BONFANTE, *o.c.*, p. 155; e Paolo BONETTI, *o.c.*, p. 558.

[17] Vide ZAMORANI, *o.c.* 1.

[18] Vide ZAMORANI, *o.c.* 1; e Jacques MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 128

[19] Vide ZAMORANI, *o.c.* 3.

traduzia o reconhecimento da propriedade do Estado romano ou do Imperador e inviabilizava a aquisição, por usucapião, da propriedade pelos cultivadores[20].

Todavia, a necessidade de cultivo destes prédios determinava que nas diversas modalidades de concessão houvesse, em regra, uma periodicidade perfeitamente determinada, situação que contrasta com o *precarium* livremente revogável (*ad nutum*) pelo proprietário, além de este ser gratuito e aquelas concessões onerosas. Acresce que a revogação de tais concessões não ocorria por *interdictum* do pretor, mas mediante *publicatio* do censor; e, por outro lado, as fontes relativas ao *ager publicus* nunca utilizam o vocábulo *precarium* porque deriva de pedidos ou súplicas (*preces*) ausentes nas concessões do Estado[21].

Por isso, a doutrina romanista tem-se aproximado da tese de NIEBUHR retomada e desenvolvida por SAVIGNY, segundo a qual a origem do *precarium* remonta às atribuições de terras por patronos a clientes[22], criando-se relações não jurídicas e exclusivamente sujeitas ao poder doméstico daqueles, que lhes permitia rapidamente pôr termo a essas atribuições e recuperar imediatamente os prédios cedidos. A própria circunstância de o cliente não ser possuidor afastava a possibilidade de eventuais conflitos[23].

Esta tese não está isenta de crítica, sobretudo de quem, como SCIALOJA, entende que não devemos dar excessiva fé às palavras de FESTO –" *são chamados Senadores os que atribuem partes de terrenos a pessoas mais frágeis como se fossem filhos próprios*"[24] – com que procura explicar o nome de senadores, tese hoje errada. Acresce que não é provável que apenas os imóveis tenham sido inicialmente objeto do *precarium*[25].

Retomando a tese renovada por SAVIGNY e seguida pela maioria dos romanistas, a relação de clientela entre patronos e clientes era considerada uma relação de facto e, portanto, sem proteção jurídica: os patronos serviam-se, como já referimos, do seu poder doméstico e a precaridade das concessões era nota essencial[26]. Reforça este entendimento a etimologia da palavra cliente,

---

[20] Vide Santos JUSTO, *Direito privado romano --- (direitos reais*) em *Studia Iuridica* 26, Coimbra, 1997, pp. 139-142.

[21] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 9-15; e SCIALOJA, *o.c.*, p. 6. Contra, sustentando que a relação de concessão do precário é idêntica à relação da concessão do *ager publicus*, vide BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 155.

[22] Sobre o sentido etimológico ouvir, obedecer, da palavra cliente, vide MOCHOLI, *o.c.* p. 34.

[23] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 15-28; MICHEL, *o.c.*, p. 129; Armando TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1991, p. 486 e *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, p. 968; Alvaro D'ORS, *Derecho privado romano*, 9ª. ed., Pamplona, 1997, § 143; BONETTI, *o.c.,* p. 558; CUBRIA, *o.c.*, pp. 773-778 e 782; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 30-32; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 155; e Vittoria SILVA, *Precario con possesso e precario con detenzione* em *SDHI* VI, 1940, p. 324.

[24] FESTO, *v. Patres* (L. 289): "*Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes tenuioribus tribuebant perinde ac liberis propriis*". Vide BONFANTE, *ibidem*, p. 155; e ZAMORANI, *o.c.*, pp. 18-19.

[25] Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 6; e BONFANTE, *ibidem*, p. 155.

[26] Vide também Mario TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, p. 548; e ZAMORANI, *o.c.,* pp. 20, 21 e 48.

cujos sentidos *ouvir*, *obedecer*, explicam que as concessões tenham sido atos de concessões de permissão, de tolerância ou de beneplácito; a que se juntam os significados do vocábulo *preces*, de pedido, rogo ou súplica que denotam, já referimos, a inferioridade de quem pede e a superioridade de quem concede[27].

2.1.2 Caraterização

Como observámos, o *precarium*, que teve origem nas concessões de terrenos do *ager publicus* ou, como parece preferível, nas concessões de fundos rústicos de patronos a clientes, não tinha expressão jurídica, revestindo tais relações caráter meramente fáctico que não passavam do âmbito interno. Aliás, não raro o cliente passava a fazer parte da família do patrono que contraía uma série de deveres: proteção, conselho e sobretudo apoio económico[28].

E era exatamente no cumprimento deste dever que os *patresfamilias* costumavam conceder aos seus clientes, a pedido (*preces*) destes, terrenos rústicos de que eram proprietários ou até possuidores (tratando-se de fundos do *ager publicus*) para que promovessem a sua cultura e, portanto, lhes dessem os necessários recursos de subsistência.

Estas relações, que revestiam caráter quase feudal de vassalagem, eram gratuitas, tinham por objeto coisas destinadas a uso do cliente precarista e assentavam em razões éticas (*in fidem esse, in fidem se dedere*). É certo que em nenhum texto se afirma a gratuidade do precário. No entanto, há fortes motivos para não a recusar. Destacamos[29]:

1. O precário é um *beneficium*, ato de complacência ou de liberalidade que justifica a livre revogabilidade por parte do concedente, como observamos no seguinte fragmento de PAULO:

> D. 43,26,14: "*Com razão foi introduzido o* interdictum de precario, *pois não há nenhuma ação civil por essa causa, já que a condição do precário se assemelha mais às doações e à causa de liberalidade do que à de negócios contraídos*"[30].

É óbvio que o seu caráter de liberalidade e a sua aproximação às doações implica a gratuidade;

2. O pedido (*preces*) que o precarista dirige ao *precario dans* manifesta uma desigualdade social e uma ligação entre eles que facilmente se compreende se considerarmos o *precarium* gratuito;
3. A confusão que observamos em POMPÓNIO entre habitação gratuita (ou

[27] Vide MOCHOLI, *o.c.*, pp. 34-37; e ZAMORANI, *o.c.*, p. 18.

[28] Vide CUBRIA, *o.c.*, p. 774; e MARRONE, *o.c.*, pp. 205-206.

[29] Seguimos de perto MICHEL, *o.c.*, p. 138.

[30] D. 43,26,14: "*intedictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset; magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condictio*".

hospitalidade) e precário não seria possível se este fosse oneroso:

D. 43,26,15,1: "*Os hóspedes e quem tem gratuitamente uma vivenda não se entende que habitam em precário*"[31].

Finalmente, o precário era livremente revogável pelo concedente, caraterística que o afasta de outras figuras, igualmente atos de liberalidade[32].

2.1.3 Tutela

Como referimos, os clientes não gozavam de tutela[33] e os patronos, proprietários -- ou possuidores de fundos rústicos do *ager publicus* – gozavam da autotutela doméstica que o Estado romano lhes reconhecia, aliás facilitada pela disparidade das condições sociais e políticas das partes[34].

Por isso, o "possuidor" era obrigado a recorrer ao patrono para, ele sim, intentar os meios de proteção possessória contra terceiros que o perturbassem ou esbulhassem[35]. Esta situação tornou-se naturalmente insustentável. O recurso ao patrono nem sempre devia ser rápido e eficaz, e a privação ou perturbação da "posse" do cliente não deixariam de constituir uma situação insustentável numa sociedade que, embora rudimentar, não podia viver sem paz[36].

E assim terá surgido a proteção interdital do precarista, embora somente contra terceiros, que assinala a autonomia do *precarium* como figura ligada à posse que, sem o *animus possidendi,* é considerada anómala[37]. Este passo, muito importante na história do *precarium*, constitui o ponto de ligação da época arcaica para à nova época clássica que neste caso, como em muitos outros, recebeu e desenvolveu a herança da época anterior.

2.2 Época clássica

2.2.1 Definição

A origem do precário nas relações (não juridicamente tuteladas) entre patronos e clientes explica que o *precarium* tenha sido e não deixado de ser uma figura fática que se identifica com a posse do precarista, embora agora tutelada por meio de *interdicta* possessórios[38].

[31] D. 43,26,15,1: "*Hospites, et qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelliguntur precario habitare*".

[32] Vide CUBRIA, *o.c.,* p. 775.

[33] Vide também ZAMORANI, *o.c.,* pp. 45-48.

[34] Vide Mário TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, p. 548; e *supra*, nºs. 2.1.1 e 2.1.2.

[35] Vide CUBRIA, *o.c.*, p. 776.

[36] Vide ZAMORANI, *o.c.,* p. 58.

[37] Vide CUBRIA, *o.c.,* p. 778; e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 157.

[38] Sobre os *interdicta* em geral e possessórios em particular, vide CRUZ, *o.c.*, pp. 327-331; e

Portanto, pode definir-se o *precarium*, na época clássica[39], como uma situação possessória precária que tem por objeto uma coisa ou direito cedido pelo *precario dans* a pedido do *precario accipiens*.

2.2.2 Caraterização

2.2.2.1 A posse (anómala) do precarista

A complexidade do *precarium* tem levado a considerá-lo uma figura *sui generis*[40]. Falta-lhe a relação contratual que clarifica e sustenta a *possessio pro alieno* ou detenção[41].

Todavia, no que se refere à posse, surge o problema da sua caraterização: o precarista é, nesta época, possuidor ou detentor ? A resposta pressupõe o conhecimento das modalidades que a posse revestiu na época clássica.

A propósito do precário clássico, os romanistas contrapõem fundamentalmente as seguintes *possessiones*: *possessio iusta* (do *precario dans*) a *possessio iniusta* (do *precario accipiens*); e *possessio animo domini* (do concedente) a *possessio corpore* (do precarista)[42]. As *possessiones iusta* e *iniusta* surgem no seguinte texto atribuído a PAULO que refere a opinião de TREBÁCIO:

> D. 41,2,3,5: "*Pelo contrário, muitos não podem possuir solidariamente a mesma coisa, porque é contra a natureza que quando eu tenha alguma coisa se considere que tu também a tenhas. Mas escreve Sabino que quando eu tiver dado uma coisa em precário, a possuem ele mesmo e o que a tiver recebido em precário. O mesmo aprovava Trebácio, considerando que alguém podia possuir justamente e outro injustamente; mas que dois não podiam possuir injustamente ou justamente; o que Labeão censurou, porque para o resultado da posse não importa muito que alguém possua justa ou injustamente; o que é mais verdadeiro, porque a mesma posse não a podem ter dois…*"[43].

JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos*), 5ª. ed., em *Studia Iuridica* 50, Coimbra, 2011, pp. 438-442.

[39] Esta época decorre entre os anos 130 a.C. e 230, datas que marcam, respetivamente, o início do desenvolvimento ascensional do direito romano por virtude da *lex Aebutia de formulis* que legalizou o novo processo das fórmulas (*agere per formulas*) e o princípio da decadência da ciência jurídica romana. A época clássica é caraterizada pela exatidão e pela precisão do direito romano, obra da ciência jurídica que o elevou a direito modelo. Vide CRUZ, *o.c.,* pp- 46-47; e JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., pp. 53-61.

[40] Vide CUBRIA , *o.c.,* p. 781.

[41] Vide CUBRIA, *o.c.*, p. 780.

[42] Vide BONETTI, *o.c.*, p. 558.

[43] D. 41,2,3,5: "*Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere; duos iniuste, vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in*

A dificuldade é claramente exposta por PAULO: a mesma coisa não pode ser possuída por duas pessoas. Todavia, tratando-se de precário, pode haver dois possuidores, na opinião de SABINO e de TREBÁCIO. Porquê ? Porque as *possessiones* são diferentes: uma é justa; a outra, injusta. A posse justa seria a do *precario dans*; a *iniusta*, do *precario accipiens*. Mas será injusta a posse do precarista que a obteve porque pediu e lhe foi concedida ?

Uma das respostas que procura resolver este problema é a seguinte: o precarista possui injustamente desde o momento em que recusa restituir a coisa ao *precario dans*[44]. No entanto, se, antes desta recusa, a *possessio* do precarista não é *iniusta*, só pode ser *iusta* e, então, persiste o problema: como é possível que o concedente e o precarista possam ter duas *possessiones iustae* ?

Há também quem entenda, perante a opinião de LABEÃO, que a posse do precarista é *iniusta* porque não conduz à usucapião[45] e não porque se contrapõe à posse do *precario dans*. Esta posição não responde à possibilidade de haver duas *possessiones* em pessoas diferentes e, por isso, o problema mantém-se sem solução.

Mas há ainda quem procure ultrapassar esta dificuldade, opinando que a posse é ao mesmo tempo justa e injusta: aquela goza de proteção jurídica; esta, não. Por isso, a posse do *precario dans* seria justa, porque protegida pelo *interdictum quod precario*; a do precarista seria injusta, porque não é tutelada contra o concedente[46]. No entanto, porque é tutelada contra terceiros, em relação a estes a posse do precarista é justa e, assim, o problema mantém-se: pode haver duas posses justas (a do concedente e a do precarista) ?[47]

Esta dificuldade que a *iurisprudentia* romana enfrentou tem levado a maioria dos romanistas a falar de *possessio* anómala do precarista porque, quiçá influenciados pela doutrina de SAVIGNY, observam que o possuidor não tem o *animus domini* e, por isso, não é verdadeiro possuidor[48]. Ou então, que se trata duma modalidade jurídica especial em que o precarista possui não *pro alieno*, mas *pro suo*, insuscetível de se catalogar nos direitos reais e nos direitos das obrigações[49]

A solução parece ter sido encontrada pelos jurisconsultos clássicos, a propósito da dupla posse, como observamos em POMPÓNIO:

> D. 43,26,15,4: "*Não há dúvida de que adquire a posse quem tiver rogado em precário que lhe seja lícito possuir, mas tem-se duvidado si o concedente*

summa possessionis non multum interest, iuste quis, an iniuste possideat; quos est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest…".

[44] Vide SCIALOJA, *o.c.*, p. 37.

[45] Vide CUBRIA, *o.c.*, pp. 779, 784 e 811; e MOCHOLI, *o.c.*, p. 176

[46] Vide SCIALOJA, *o.c.*, p. 40; e CUBRIA, *o.c.*, pp. 779-780.

[47] Vide também ARIAS RAMOS *apud* MOCHOLI, *o.c.* p. 141.

[48] Vide Salvattore RICCOBONO, *La teoria romana dei rapporti di possesso. La dottrine dei moderni e le legislazioni* em *BIDR* XXIII, 1911, p. 13; e BONFANTE, *Corso de diritto romano*, cit., pp. 153 e 157,que invoca também os casos da posse do credor pignoratício e do *sequester*. Vide ainda CUBRIA, *o.c.*, p. 782; e VOCI, *o.c.*, p. 337.

[49] Vide CUBRIA, *o.c.*, p. 782.

também possui. Admite-se que o escravo dado em precário, está em poder dos dois: do precarista, que possui materialmente; e do proprietário que não deixou de possuir com a intenção"[50].

Este fragmento, sem indícios de interpolação, reflete provavelmente o entendimento jurisprudencial que se consolidou na época clássica[51]: o vocábulo *placet* é elucidativo. Como o são as referências à inexistência de dúvida sobre a posse do precarista e à dúvida, ultrapassada, relativamente à posse do concedente[52].

Ora, perante a conceção de posse, na época clássica, de imagem da propriedade (*imago proprietatis*)[53], a posse do precarista só pode considerar-se anómala: não age como proprietário e, todavia, é um verdadeiro possuidor porque tutelado pelos expedientes que tutelam a posse, excetuando contra o concedente[54].

O passo final de o considerar mero detentor só nas épocas seguintes parece ter sido dado. Na época clássica, o precarista possui *pro suo*, embora a sua posse não seja protegida contra o concedente nem, tão-pouco, conduza à aquisição da propriedade por usucapião. Por isso, na observação perspicaz de Salvatore RICCOBONO, trata-se duma posse cuja *protezione si è mostrata ribelle a qualsiasi spiegazione e le dificoltà sono sempre reali ed invincibili*"[55].

Estas dificuldades não são afastadas por quem veja na posse do precarista uma figura do *ius praetorium* -- porque protegida por expedientes oferecidos por este direito – e, na posse do concedente, uma figura do *ius civile*[56]. Importa ter presente que a posse (civil) do *precario dans* não deixa de ser também tutelada pelo *ius praetorium*, sobretudo através dos *interdicta*.

Anómala, complexa ou rebelde, a posse do precarista é algo adquirido na época clássica. É claro que esta posse não se enquadra na doutrina subjetivista da posse de SAVIGNY – e, por isso, é considerada anómala --, para quem a posse – mesmo *imago proprietatis* -- é constituída por um elemento material (*corpus*) e por um elemento espiritual (*animus*): aquele consiste no domínio de facto sobre a coisa, ou seja, no exercício efetivo de poderes materiais sobre ela ou na possibilidade física deste exercício; este, na intenção de exercer sobre a coisa o

[50] D. 43,26,15,4: "*Eum, qui precario rogavetir, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est. Placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penas eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione*".

[51] Neste sentido, vide SILVA, *o.c.,* pp. 257 e 265.

[52] Sobre a posse dupla, vid. RICCOBONO, *o.c.,* p. 14; ALBERTARIO *apud* CUBRIA, *o.c.,* p. 782; e MOCHOLI, *o.c.,* p. 140.

[53] Vide JUSTO, *Direito privado romano—III (direitos reais*), cit., p. 148.

[54] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 43 e 48-52: e MARRONE, *o.c.,* pp. 206 e 214-215.

[55] Vide RICCOBONO, *o.c.* 13.

[56] Neste sentido, vide RICCOBONO, *o.c.,* p. 10.

direito correspondente àquele domínio de facto[57].

Mas já não se afasta da doutrina objetivista da posse de IHERING que praticamente aboliu o *animus* como elemento específico da posse: a traduz-se apenas num poder de facto que o possuidor exerce, embora o elemento espiritual esteja implicitamente contido neste poder[58]. Não interessando o *animus* como elemento autónomo caraterizador, a posse do precarista é uma verdadeira posse – nada tem de anómalo, se excetuarmos a impossibilidade de conduzir à aquisição da propriedade por usucapião da coisa possuída -- e, por isso, é tutelada pelos meios possessórios adequados.

As fontes referem a *possessio* do precarista sem o *animus domini*. Destacamos:

> D. 6,2,13,1 (GAIO): "*… nem o credor nem quem pediu em precário adquire a posse com tal propósito que creia que é o dono*"[59];
>
> D. 9,4,22,1 (PAULO): " *O que recebeu em penhor ou o que obteve em precário não está obrigado pela ação noxal, porque, embora o possua justamente, não possui como dono…*[60].

Estes fragmentos falam de posse sem o *animus domini* quer do credor pignoratício quer do precarista. E o segundo recusa a ação noxal por ser dada contra o proprietário e o possuidor não age, na sua posse, com a intenção (*animus*) de ser dono.

Por outro lado, a inexistência do *animus* permite falar de posse anómala, à luz da doutrina de SAVIGNY, recusada por IHERING que a considera verdadeira posse. Dir-se-á, portanto, que a querela entre subjetivistas e objetivistas está bem presente na figura do *precarium*. Um passo mais seria dado, convertendo a posse anómala em detenção[61].

Situação especial ocorre com a possibilidade de o *precario dans* juntar à sua posse o tempo da posse do precarista. Não deixa de ser curioso que, para efeitos de usucapião a favor do concedente, a posse deste se interrompa a partir do momento em que o precarista começou a possuir. E, quando a posse deste cessa, a posse do concedente recupera o seu vigor, aproveitando o tempo em que o precarista possuiu. Ou seja, a posse do *precario rogans* hiberna e, quando ressurge, tudo se passa como se não tivesse havido precário. Esta temática é analisada por

---

[57] Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., p. 148 e *Direitos reais*, 4ª. ed., Coimbra, 2012, p. 151.

[58] Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., p. 149 e *Direitos reais*, cit., pp. 152-153.

[59] D. 6,2,13,1: "*… neque creditor, nec is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse*".

[60] D. 9,4,22,1: "*Is, qui pignori accepit, vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione; licet enim iuste possideant, no tamen opinione domini possidente…*".

[61] Vide *infra*, nº. 2.3.2.2.

ULPIANO a propósito da *accessio possessionis* no seguinte fragmento:

> D. 41,2,13,7: "*Pergunta-se se quem deu uma coisa em precário pode valer-se, se quiser, da posse do precarista. Eu creio que quem deu em precário, enquanto durar o precário, não pode valer-se da acessão (da posse do precarista), mas se tiver recuperado a posse, uma vez terminado o precário, deve dizer-se que se dá a acessão da posse do tempo que se possuiu em precário*"[62].

Em rigor não se devia falar de *accessio possessionis* porque nesta somam-se duas posses: a do antigo com a do atual possuidor. Pelo contrário, aqui a posse do primeiro possuidor interrompe-se e depois ressurge contando o tempo em que o precarista (segundo possuidor) possuiu.

De todo o modo, se o precarista não goza da usucapião, o mesmo não sucede com o *precario dans* que também seja possuidor. E que o precarista não pode valer-se da usucapião é o que diz JULIANO no seguinte fragmento:

> D. 13,7,29: "*Se de boa fé tivesses comprado uma coisa alheia e ma desses em penhor e me a rogasses em precário e depois o seu dono me tivesse instituído herdeiro, deixa de haver penhor e subsistirá só o pedido do penhor; e por isto se interromperá para ti a usucapião*".

Como se observa, alguém comprou, de boa fé, uma coisa que não pertencia ao vendedor. Depois, constituiu sobre ela um penhor e pediu ao credor pignoratício que lha entregasse em precário. A instituição do credor como herdeiro do proprietário implica a extinção do penhor: trata-se dum direito sobre coisa alheia, que deixou de o ser. Ao mesmo tempo, o comprador (devedor, autor do penhor) que começou a usucapir, vê a usucapião interrompida no momento em que surgiu o precário. Ou seja, o precarista não pode valer-se da usucapião[63].

2.2.2.2 Princípios: gratuidade e revogabilidade *ad nutum*

Como na época anterior, também na época clássica o *precarium* tem na gratuidade um dos seus elementos essenciais.

É certo que as fontes não referem explicitamente esta caraterística. Todavia, não há motivos para se pensar diferentemente. Renovando o que já referimos[64], destacamos:

---

[62] D. 41,2,13,7: "*Si is qui precario concessit, accessione velit uti ex persona eius, cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto, eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse; si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur*".

[63] Vide MOCHOLI, *o.c.*, p. 176.

[64] Vide *supra*, nº. 2.1.2,

1. O precário é considerado um *beneficium*, ato de complacência, de liberalidade e, por isso, não se compreenderia que pudesse ser oneroso. Transcrevemos os seguintes textos:

D. 43,26,1,2 (ULPIANO): "*Esta espécie de liberalidade provém do direito das gentes*"[65];

D. 43,26,14 (PAULO): "*… porque a condição do precário se assemelha mais às doações e à causa de benefício do que a negócio contraído*"[66].

A referência a liberalidade e a benefício, assim como a aproximação às doações permitem pensar que o precário era essencialmente gratuito.

2. O precário supõe um pedido (*preces*) dirigido pelo precarista ao *precario dans*, pedido que manifesta grande humildade e, sobretudo, a desigualdade social entre quem pede e quem dá apontam também para a gratuidade do precário.
3. A possibilidade de o *precario dans* revogar, em qualquer momento, o precário só se compreende pelo seu caráter gratuito[67].
4 A possibilidade de o precário ser concedido pelo credor pignoratício ao garante proprietário[68] vai no mesmo sentido da gratuidade. Não se compreenderia que o credor garantido entregasse onerosamente a coisa ao garante, mantendo-se a garantia.
5. A confusão que surge entre habitação gratuita (ou hospitalidade) e precário, conscientemente abordada por POMPÓNIO, não seria possível se o *precarium* fosse oneroso[69].

Podemos concluir, como praticamente todos os romanistas, afirmando que a gratuidade é um elemento essencial do *precarium* e, por isso, aproxima-o de outras figuras em que a liberalidade está igualmente presente[70].

Finalmente, outra caraterística essencial, que também já referimos, é a possibilidade de o *precario dans* revogar o *precarium* quando entender (revogabilidade *ad nutum*). Confortam-nos os seguintes fragmentos

D. 43,26,2,2 (ULPIANO): "É de equidade natural que o precário possa ser revogado quando se quiser, já que é naturalmente justo

[65] D. 43,26,1,2: "*Quod genus liberalitartis ex iure gentium descendit*".

[66] D. 43,26,14: "*… magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio*".

[67] Cf. D. 43,26,12pr.

[68] Vide *infra*, nº. 2.2.8.2.

[69] Cf. D. 43,26,15,1.

[70] Vide *infra*, nºs. 2.3.4.2-4.

que uses da minha liberalidade pelo tempo que eu quiser e que a possa revogar por mudança da minha vontade"[71];

D. 43,26,12pr. (CELSO): "*Quando se dá alguma coisa em precário, se se convencionou que o precarista possui até às calendas do mês de Julho próximo, acaso deve defender-se com uma exceção para que não seja privado da posse antes desta data ? Não, porque de nada vale essa convenção para possuir uma coisa alheia contra a vontade do seu proprietário*"[72].

No primeiro texto, ULPIANO fala-nos do princípio que fundamenta na *aequitas*: constituindo o *precarium* um ato de liberalidade, a justiça natural recomenda que possa ser revogado quando o concedente entender.

Depois, no segundo texto, CELSO pronunciou-se sobre a possibilidade de, num pacto, se sujeitar o precário a um termo resolutivo (*dies ad quem*) que retiraria ao *precario dans* a faculdade de o revogar antes de decorrido o prazo acordado. E conclui que não produz o efeito desejado porque o *precario accipiens* não pode possuir a coisa contra a vontade do *precario dans.*

Em conclusão: a livre revogabilidade do precário em qualquer momento é um dos elementos essenciais do *precarium* e, por isso, não pode ser afastado mesmo por vontade das partes.

Portanto, não é possível a constituição de um precário *ad tempus*[73].

2.2.2.3 O florescimento da ideia de contrato (inominado)

A maioria dos romanistas considera que o reconhecimento dos contratos, mais tarde ditos inominados, não é clássico, mas pós-clássico e, sobretudo, do direito justinianeu[74].

Trata-se de contratos que o *ius civile* não tutelava e que, por efeito do princípio da tipicidade, ficavam necessariamente de fora. Todavia, a evolução da vida social impôs que fossem reconhecidos pelo pretor que os protegeu com expedientes adequados: *v.g.,* a *actio in factum*, a *condictio* ou a *actio doli.* Assim se criou uma categoria nova de contratos que, na opinião de larga maioria de romanistas foi desenvolvida na época justinianeia que os agrupou em quatro esquemas fundamentais: dou para que dês *(do ut des*); dou para que faças (*do ut*

[71] D. 43,26,2,2: "*Et naturalem habet in se aequitatem; manque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tandiu de liberakitate mea uti, quandiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem…*".

[72] D. 43,26,12pr.: "*Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur ? Sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat*".

[73] No mesmo sentido, vide ZAMORANI, *o.c.* pp. 103, 168 e 170-171; Salvatore TONDO, *"Pignus" e "precarium"* em *Labeo* 5, 1959, p. 194.

[74] Neste sentido, vide SCIALOJA, *o.c.,* pp. 17-18.

facias); faço para que dês (*facio ut des*); e faço para que faças (*facio ut facias*). Tais contratos acabaram por serem tutelados pela *actio praescriptis verbis* que a maioria dos romanistas atribui ao direito de Justiniano, sobretudo por se tratar de uma ação genérica[75].

No entanto, há quem pense que estes contratos já foram, pelo menos, aflorados nos últimos tempos da época clássica quando o pretor concedeu às partes as ações referidas *(in factum, condictio* e *actio doli*). Assim pensa, *v.g.*, Armando TORRENT, para quem o quadro clássico exposto por GAIO "*era estrecho para el desarrollo dela vida social, ya en la época clássica, porque en la vida de los negocios tenía que haver situaciones que no cupieran en aquél, y prueba de ello es la discusión en la época clásica en torno a la permuta*"[76].

Na verdade, não se compreenderia que a sábia *iurisprudentia* da época clássica (justamente considerada a época do direito romano modelo[77]) não respondesse às exigentes e crescentes necessidades do mundo dos negócios que reclamavam a proteção que o inerte *ius civile,* refém da tipicidade dos contratos, não concedia. Na sua função de interpretar, corrigir e integrar o direito, o pretor não ficaria insensível e, atrás do pretor, estava, quase sempre, a atividade criadora dos jurisconsultos romanos. Por isso, concedeu *actiones*, sobretudo *in factum*, à volta das quais se elaborou a figura dos contratos posteriormente ditos inominados[78].

Mas vejamos os textos em que, pensamos, aflora a ideia de contratos inominados:

> D. 2,14,7,2 (ULPIANO): "*Quando o negócio não tem nome de contrato, mas existe, todavia, uma causa, Aristão respondeu elegantemente a Celso que há uma obrigação;* v.g., *se te dei uma coisa para que me desses outra, ou te a dei para que faças algo, isto é, em grego, um* synallagma*, e nasce daqui uma obrigação civil (…) Juliano escreve que pelo pretor deve ser dada a ação de facto (…) pois que há um contrato, a que Aristão chama* synalagma*, donde nasce esta ação*"[79].

A referência a outros jurisconsultos (ARISTÃO, CELSO, JULIANO) é, para nós, testemunho abonatório da autenticidade do fragmento: não se explicaria que, podendo eliminar estes nomes, os compiladores de Justiniano os mantivessem e

[75] Vide TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 481-485.

[76] Vide TORRENT, *ibidem*, p. 482.

[77] Vide *supra,* a nota 38.

[78] Segundo TORRENT, *ibidem*, 482, "*el nombre de contratos inominados es una criación posterior, partiendo de un texto de Ulpiano (D. 2,14,7,1), donde alude indirectamente a unas* obligationes sine nomine contractae*, donde Ulpiano, siguiendo a Aristón (jurista del siglo II d.C.) habla de unos pactos bilaterales que califica como* synálagma*".*

[79] D. 2,14,7,2: "*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc synallagma esse, et hinc nasci civilem obligationem (...) Iulianus scribit in factum actionem a Praetore dandam (...) esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio*".

alterassem o seu pensamento. Ainda que a referência a *obligatio civilis* e à *actio in factum* não seja clássica: esta ação pertence ao *ius praetorium* e contrapõe-se à ação civil (*actio civilis*)[80] e, por isso, é provável que, desaparecida esta contraposição, os compiladores tenham interpolado o vocábulo *civilis*.

De todo o modo, observamos o reconhecimento de que nos contratos inominados surgia uma obrigação (civil) que, segundo JULIANO era tutelada por uma *actio in factum* concedida pelo pretor, porque há um contrato. Isto mostra que os jurisconsultos clássicos não terão ignorado a nova categoria dos contratos (inominados).

> D. 50,17,23 (ULPIANO): "*Certos contratos só admitem dolo mau e outros, dolo e culpa; somente o dolo, o depósito e o precário; dolo e culpa, o mandato, o comodato, a venda, o penhor, a locação …*"[81].

Neste fragmento, ULPIANO parece ter dado um passo mais, reconhecendo o *precarium* como verdadeiro contrato. Reconhecimento que parece consolidado, quando compara a responsabilidade das partes com a responsabilidade proveniente de outros contratos.

É certo que PAULO manifesta algumas dúvidas no seguinte fragmento:

> D. 43,26,14: "*Com razão se introduziu o interdito para os precários, porque para tal título não havia nenhuma ação de direito civil; porque a condição do precário refere-se mais às doações e à causa de benefício do que a negócio contraído*".

Observa-se aqui que o precário não é tutelado por uma ação civil e, por isso, foi criado o *interdictum (quod precario*). E recusa-se a dimensão contratual do precário, porque se aproxima mais das doações e de benefícios. Estamos na presença de dois jurisconsultos contemporâneos[82].

A conclusão que se pode extrair é a de que, no seu tempo, ainda havia entendimentos diferentes, mas o futuro estava com ULPIANO. Tudo leva a crer que os contratos, mais tarde apelidados de inominados, encontram, na época clássica, pelo menos o embrião do reconhecimento e a elaboração dogmática que os tempos posteriores se encarregaram de completar e consolidar.

---

[80] Vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 238.

[81] D. 50,17,23: "*Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum, et culpam; dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum …*".

[82] PAULO terá falecido no ano 226, enquanto ULPIANO morreu no ano 228. Vide CRUZ, *o.c.*, pp. 399-400.

2.2.3 Requisitos pessoais
2.2.3.1 *Precario dans*

A constituição do precário seja como posse seja como contrato (inominado) põe o problema da legitimidade: quem pode entregar uma coisa em precário ? E quem a pode receber ?

Relativamente ao *precario dans*, deve ter capacidade jurídica para dispor da coisa objeto do precário. Por isso, têm legitimidade: o proprietário, mesmo que não tenha a posse, desde que goze da faculdade de dispor gratuitamente; o possuidor que possa manter a sua *posssessio* através do *interdictum ut possidetis*; e o simples detentor da coisa, como o *conductor*, seja inquilino ou colono. Relativamente à primeira hipótese, o seguinte texto de IULIANO refere:

> D. 43,26,18: "*Qualquer pessoa pode dar, ainda que não a possua, uma coisa sua em precário a outro para que a possua*"[83].

E quanto à segunda hipótese, VENULEIO diz:

> D. 43,26,7: "*Mas também estarás sujeito a este interdito, se te tiver concedido em precário a coisa cuja posse eu puder reter pelo interdito* uti possidetis*, ainda que esteja obrigado em relação à propriedade*"[84].

Por outro lado, o *precario dans* deve ter vontade idónea quer no momento da concessão quer depois na cessação do precário. Por isso, o demente não pode entregar coisa alguma em precário nem este se manterá se, entretanto, o *precario dans* enlouquecer, como esclarece ULPIANO:

> D. 43,26,6pr.: "*Marcelo diz que se o proprietário enlouquecer ou morrer entretanto, certamente não se pode prorrogar o precário, e é verdade*"[85].

Se o *precario dans* estiver sob poder alheio – seja *filiusfamilias* ou *servus* --, a concessão considera-se feita pelo titular da *potestas* (*paterfamilias* ou proprietário do escravo) se a ratificar, como refere JULIANO:

> D. 43,26,19,1: "*Considera-se que quem roga em precário a um escravo meu tem em precário por mim se o tiver ratificado; e, assim, me estará obrigado*

[83] D. 43,26,18: "*Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat*".

[84] D. 43,26,7: "*Sed et si eam rem, cuius possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto*". Vide CUBRIA, *o.c.*, p. 789.

[85] D. 43,26,6pr.: "*Certe, si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse, Marcellus ait, ut precarium redintegretur; et hoc verum est*". Vide SCIALOJA, *o.c.*, p. 29.

pelo interdito de precário"[86].

Compreende-se esta disposição porque os dependentes – *filiifamilias* ou *servi* – adquirem para as pessoas de quem dependem.

2.2.3.2 *Precario accipiens*

O precarista podia ser proprietário da coisa recebida em precário[87]. Todavia, via de regra, qualquer pessoa com capacidade para possuir podia pedir alguma coisa ou direito a título de precário.

Podia ser pessoa *sui* ou *alieni iuris*[88]. Neste caso, o precário passava para a pessoa de quem dependia (dono ou *paterfamilias*) desde que ratificasse ou tivesse dado mandato, como refere ULPIANO:

> D. 43,26,6,1: "*Se um procurador, por mandato ou ratificação minha, tiver pedido algo em precário, dir-se-á retamente que eu tenho aquilo em precário*"[89].

Esta hipótese volta a ser apreciada por ULPIANO:

> D. 43,26,4,2: "*Está sujeito a este interdito (de precário) não só quem rogou em precário, mas também quem tem em precário, porque pode suceder que alguém não tenha rogado, mas tenha em precário:* v.g., *rogou e adquiriu para mim em precário um escravo meu ou outro qualquer que está sujeito ao meu poder*".[90]

Trata-se duma solução que se compreende à luz do princípio já referido de que os dependentes – *filiifamilias* ou *servi* – adquirem para as pessoas de quem dependem.

---

[86] D. 43,26,19,1: "*Qui servum meum precario rogat, videtur a me precario habere, si hoc ratum habuero; et ideo precario interdicto mihi tenebitur*". Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 30.

[87] Assim podia ocorrer, *v.g.,* na *fiducia* cum creditore. Vide *infra*, nº. 2.2.8.1.

[88] *Sui iuris* é a pessoa (homem ou mulher) que não se encontra sujeita ao poder de outra. Pelo contrário, o *alieni iuris* é o homem ou mulher (filho ou filha, neto ou neta) que se encontra sob o poder alheia: seja a *patria potestas* do *paterfamilias* sobre sobre filhos, filhas, netos e netas, seja a *manus* (poder do marido sobre a esposa casada com a *conventio in manu*). Quanto aos escravos e escravas, não se consideram pessoas, mas homens (ou mulheres) sujeitos ao poder (*dominica potestas*) do dono. Vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., pp. 136.-138.

[89] D. 43,26,6,1: "*Si procurator meus me mandante, vel ratum habente, precario rogaverit, eo precario habere proprie dicor*". Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 31; e CUBRIA, *o.c.,* p. 790.

[90] D. 43,26,4,2: "*Tenetur hoc interdicto non utique ille, qui precario rogavit, sed qui precario habet; etenim fieri potest, ut quis non rogaverit, sed habeat precario, utputa servus meus rogavit, mihi acquisivit precarium, vel quis qlius, qui iuri meo subiectus est*". Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 31.

Se o *paterfamilias* ou o dono ignorassem que o *filiusfamilias* ou o escravo pediu em precário uma coisa, o *precarium* não passava para a sua esfera jurídica, embora pudessem responder por virtude da gestão de um pecúlio, através da *actio de peculio* ou *da actio de in rem verso*[91], como esclarece ULPIANO:

> D. 15,1,5,1: "*Mas, ainda que em precário tenha sido dada uma coisa ao filho de família ou a escravo, o* pater *ou o dono obrigam-se somente pela ação de pecúlio*"[92].

Haja em vista que o *filius* ou *servus* pode ter pedido em precário uma coisa no âmbito da gestão de um pecúlio que, sendo propriedade do seu *paterfamilias* ou dono, implicava a responsabilidade destes até ao limite do *peculium*. Não se considera aqui a figura específica de precário, mas a responsabilidade do *gestor peculii*.

No caso de o precarista se ter tornado *alieni iuris*[93], POMPONIO diz:

> D. 43,26,16: "*Se tiver adotado quem rogou em precário, eu também possuirei em precário*"[94].

O princípio é o mesmo: com a *adoptio,* a pessoa, que era *alieni iuris,* mantém este estatuto de dependência, mas agora sob a *patria potestas* de outro *paterfamilias;* e, através da *adrogatio*, a pessoa, que era independente, torna-se depende de um *paterfamilias*, cuja família passa a integrar. Uma muda de *paterfamilias*; a outra adquire-o[95]. Por isso, passam para a pessoa de quem depende todos os bens, incluindo a posse que carateriza o *precarium*.

No caso de o precarista enlouquecer, o precário não cessa, como PAULO esclarece:

> D. 41,3,31,4: "*Se alguém tivesse obtido a posse por força ou clandestinamente ou em precário, e depois enlouqueceu, subsistem a posse e a mesma causa em relação ao que o demente tem em precário…*"[96].

---

[91] Sobre estas *actiones*, vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 203.

[92] D. 15,1,5,1: "*Sed et si precario res filiofamilias vel servo data sit, duntaxat de peculio pater dominusve obligantur*".

[93] Pode uma pessoa independente (*sui iuris*) tornar-se dependente de outra, através da arrogação (*arrogatio*), Vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p.140.

[94] D. 43,26,16: "*Si adoptavero eum, qui precario rogaverit, ego quoque precario possidebo*". Vide SCIALOJA, *o.c.*, p. 32.

[95] A *adoptio (*adoção) é o ato jurídico por efeito da qual uma pessoa *alieni iuris* estranha ingressa numa família com o *status* de filho, filha, neto, neta, bisneto ou bisneta, ficando sujeita a *patria potestas* do novo *paterfamilias*. A *arrogatio* é o acto através do qual uma pessoa independente se submete à *patria potestas* de outro, tornando-se *alieni iuris* e *filiusfamilias* do ad-rogante, como se tivesse nascido na família deste. Vide JUSTO, *ibidem*, pp. 37, 38, 43 e 44.

[96] D. 41,3,31,4: "*Si vi, aut clam, aut precario possessionem nactus quis, postea furere coeperit, et possessio, et causa eadem durat de hoc, quod precario furiosus habet,…*". Vide SCIALOJA, *o.c.* p. 32; e

A *ratio* desta decisão encontra-se na circunstância de o precário ser concedido a favor do precarista. Este princípio inspira igualmente a opinião de VENULEIO sobre o precário de uma coisa concedido a um pupilo sem autorização do tutor:

> D. 43,26,22,1: "*Se o pupilo tiver rogado em precário sem autorização do tutor, Labeão diz que tem a posse precária (…) porque não há lugar à autoridade do tutor para que se possua mais naturalmente…*"[97].

2.2.4 Requisitos reais

2.2.4.1 *Res in commercio*. Suscetibilidade de posse

O objeto de precário deve ser comerciável e suscetível de posse. O primeiro requisito compreende-se por o *precarium* ser uma figura que se insere no comércio jurídico. O segundo, porque é um dos seus elementos essenciais.

Portanto, estão excluídas coisas fora do comércio jurídico e as coisas em relação às quais não pode haver posse[98].

2.2.4.2 Objeto. Espécies

2.2.4.2.1 Coisas imóveis e coisas móveis

É muito provável que, inicialmente, o precário tivesse por objeto somente coisas imóveis. Haja em vista que os patronos concediam aos seus clientes terrenos, para cultivo[99].

Posteriormente, tornou-se possível pedir em precário coisas móveis e, ainda depois, bens incorpóreos, como determinados direitos.

As fontes falam da concessão da posse de coisas imóveis e móveis. ULPIANO é intencionalmente vago[100]:

> D. 43,26,2,3: "*Entende-se que tem em precário quem está na posse de uma coisa ou direito por causa tão só de que pediu e conseguiu que se lhe deixasse possuir ou usar*"[101].

Relativamente ao precário sobre coisas imóveis, tratar-se-ia da situação mais frequente, atendendo à necessidade que levava o precarista a pedir a sua

---

MOCHOLI, *o.c.,* p. 121.

[97] D. 43,26,22,1: "*Si pupillus sine tutoris auctoritate precario rogaverit, Labeo ait, habere eum precariam possessionem (...) nam quo magis naturaliter possideretur, nullum locum esse tutoris auctoritati…*". Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 32; e MOCHOLI, *o.c.,* p. 121.

[98] Vide CUBRIA , *o.c.,* p. 791.

[99] Vide *supra*, nº. 2.1.1.

[100] Também ZAMORANI, *o.c.,* p. 26, entende que as palavras do *intedictum* – "*quod precario ab illo habes*" – prescindem da distinção entre coisas móveis e imóveis.

[101] D. 43,26,2,3: "*Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat*".

concessão para uso e fruição. As fontes jurídicas limitam-se a falar da posse dada em precário[102]. No entanto, observamos em SANTO ISIDORO DE SEVILHA a referência inequívoca a bens imóveis:

Etimologias, V, 25,17: *"Fala-se de precário quando um credor, movido pelas preces, permite ao devedor continuar na posse de um fundo ligada a ele e receber os seus frutos"*[103].

Quanto às coisas móveis, a necessidade de serem referidas mostra que, só a partir de certo momento, se tornou possível entregá-las em precário[104]. Assim permite pensar o seguinte texto de ULPIANO:

> D. 43,26,4pr.: "*O rogo em precário teve lugar também em relação a coisas móveis*"[105]

Mais em concreto, POMPÓNIO refere-se ao precario sobre uma escrava que não se considerava pessoa, mas *res* naturalmente móvel[106]. Vejamos:

> D. 43,26,10: "*Ainda que alguém tivesse rogado em precário uma escrava, considera-se que se acordou que fosse tido na mesma condição também quem da escrava tivesse nascido*"[107].

E GAIO admite que o *interdictum uti possidetis* que proíbe a perturbação da posse pode versar sobre um *fundus* ou edifício, enquanto o *interdictum utrubi* combate a perturbação de coisas móveis[108].

2.2.4.2.2 Servidões prediais

Importa, antes de tudo, ter presente que o precário não constitui uma servidão predial; limita-se a conceder a simples tolerância relativamente ao seu uso por parte do precarista. Pressupõe, portanto, a existência duma servidão ou,

---

[102] Cf. GAIO 2,60; D. 6,2,13,1; -9,4,22,1; -10,3,7,4; -19,1,13,21; -24,1,32,5; -41,2,10,2; -41,2,21pr.; -43,26,4,1. Vide VOCI, *o.c.,* p. 465.

[103] Etimologias, V,25,17: "*Precarium est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere…".*

[104] Segundo CUBRIA, *o.c.,* p. 775, "*la aplicación del precario a las cosas muebles es una degeneración de tiempos tardios*". O autor comenta o fragmento de ULPIANO (D. 43,26,4pr.) que acima se transcreve.

[105] D. 43,26,4pr.: "*In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit".* E, segundo ZAMORANI, *o.c.,* p. 22, na época em que ULPIANO escreve, a concessão precária de coisas móveis estava nomesmo plano da concessão de imóveis.

[106] Sobre o estatuto dos escravos, ora considerados coisas, ora homens, ora pessoas (apenas nas relações religiosas e funerárias), vide JUSTO, *Direito privado romano. I. Parte geral*, cit., pp. 115-121.

[107] D. 43,26,10: "*Quamvis ancillam quis precario rogaverit, id actum videtur, ut etiam quod ex ancilla natum esset, in eadem causa haberetur*".

[108] Cf. GAIO 4,149. Vide JUSTO, *Direito privado romano* – I. *Parte geral,* cit., p. 439; e CRUZ, *o.c.*, p. 330.

se não existe, a tolerância consentida ao precarista de usar algo alheio, longe do quadro de um direito real[109].

Vejamos as fontes.

> D. 43,26,2,3 (ULPIANO): "*Entende-se que tem em precário quem está na posse de uma coisa corpórea ou de um direito somente porque pediu e conseguiu que lhe fosse lícito possuir ou usar*"[110].

Afirmada, em termos gerais, a possibilidade de o precário incidir sobre coisa corpórea e sobre direitos, o texto seguinte de GAIO exemplifica:

> D. 43,26,3: "*Por exemplo, se me tivesses pedido em precário que pudesses passar ou levar gado pelo meu fundo ou verter sobre o meu telhado ou o solar da minha casa a água da chuva que cai do teu telhado ou colocar uma viga na minha parede*"[111].

Como se vê, permite-se conceder em precário o uso correspondente ao exercício de uma servidão de passagem (denominada *iter ou via*)[112] ou de condução de gado (*actus*) ou de estilicídio (*servitus stilidicii*) ou de introdução duma viga na parede do *precario dans* (*servitus tigni immitendi*).

Todavia, trata-se de um ato de mera tolerância e, portanto, não confere ao precarista nenhum direito real, ou seja, nenhuma servidão. Ato a que alguns romanistas chamam quase posse[113].

D. 43,26,8,5 (ULPIANO): "*Se o precarista deixou de usar uma servidão e, por isso, aquela se extinguiu, cabe perguntar se fica sujeito ao interdito e creio que só se acuou com*

---

[109] Vide SCIALOJA, *o.c.,* pp. 26-27, que distingue: as servidões já constituídas e as que serão de constituir mediante o *precarium*. As primeiras podem ser prediais ou pessoais. Sendo prediais, o seu uso não se pode desligar da posse do fundo dominante, ou seja, não se poderá dar em precário se não se conceder conjuntamente o próprio fundo dominante. Relativamente às servidões que não existem, não se podem constituir, através de precário, como direitos (*iura*), mas somente como *quasi possessio iuris*. E também não se podem constituir servidões a favor de um fundo porque isto obsta à natureza de benefício pessoal próprio do *precarium*. Ou seja, diremos nós, a dimensão pessoal e a fragilidade do precário inviabilizam a constituição de um direito real (como a servidão predial) que é um direito forte.

[110] D. 43,26,2,3: "*Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel iuris adeptus est ex hac solummmodo causa, quod preces adhinuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat*".

[111] D. 43,26,3: "*Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vela gere tibi liceat, vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stilicidium, vel tignum in parietem immissum habeas*". Cf. também: D. 43,26,15,2. Vide CUBRIA, *o.c.,* pp. 791-792.

[112] A servidão de *iter* distingue-se da servidão de *via*: aquela permite passar a pé ou a cavalo, em liteira ou cadeira, num *fundus* alheio; esta resulta da união do *iter* ao *actus* (servidão de conduzir gado (jumentos, rebanos) ou carror num *fundus* alheio. Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., p. 179.

[113] Vide SCIALOJA, *o.c.,* pp. 26-27.

dolo"[114].

Estamos perante uma servidão cujo uso foi concedido em precário. Se o precarista deixou de usar, a servidão extingue-se e, portanto, pergunta-se se o *precario dans* o pode demandar com o *interdictum de precario.* A sua função recuperatória perdeu-se porque a servidão se extinguiu por não uso[115]. E a possibilidade de ser pedida a reparação do dano causado depende do comportamento doloso do precarista. Não há aqui, portanto, nada de especial.

2.2.4.2.3 Habitação

O direito de habitação (*habitatio*) é, no direito romano um direito real sobre casa de habitação alheia, com tratamento autónomo relativamente ao uso *(uso*)[116]. O seu titular (*habitator*) tinha a faculdade de habitar ou arrendar e tratava-se de um direito indisponível, vitalício[117] que não se extinguia por *capitis deminutio* nem por não uso[118].

A sua natureza jurídica foi discutida, na época clássica, entre quem o considerava um *usus*, um *usufructus* ou uma detenção precária revogável *ad nutum* pelo proprietário, tendo prevalecido a ideia de que se tratava dum uso[119]. Apenas no direito justinianeu foi considerado figura autónoma de *ius in re aliena*[120], afastando-se do usufruto por não se extinguir com a *capitis deminutio* do *habitator* nem com o não uso[121].

Relativamente ao precário, vejamos as fontes:

> D. 39,5,32 (CÉVOLA): "*Lúcio Tício enviou esta carta: "…Faço-te saber por esta carta que podes usar gratuitamente todos os quartos superiores de tal vivenda, o tempo que quiseres e o farás com o meu consentimento*". *Pergunto se os seus herdeiros podem impedir o uso desta vivenda.? Respondeu que, segundo os termos do caso proposto, os seus herdeiros podem mudar a vontade*"[122].

---

[114] D. 43,26,8,5: "*Si servitute usus non fuit is, qui precario rogavit, ac per hoc amissa sit, videamus, an interdicto teneatur; ego arbitror, non alias, quam si dolo fecerit*".

[115] Na época clássica (em que nos situamos), o não uso durante dois anos extinguia a servidão. Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., p. 189.

[116] Recordemos que, no direito português, as duas figuras surgem agrupadas como uso e habitação. Cf. art. 1484º., do Código Civil. Tão só quando o direito de uso se refere a casa de morada, se chama direito de habitação (artº. 1484º., nº. 2).

[117] Cf. D. 7,8,10,3.

[118] Cf. D. 4,5,10,; -7,8,10pr.

[119] Cf. D. 7,8,10pr.-2.

[120] Cf. C. 3,33,13.

[121] Cf. D. 4,5,10; -7,8,10pr. Vide JUSTO, *Direito privado romano --- (direitos reais*), cit., pp. 203-204.

[122] D. 39,5,32: "*…Lucius Titius epistolam talem misit: "…Hospitio illo, quandiu volueris, utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio"; quaero, an heredes eius habitationem prohibere possunt? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, haredes eius*

A circunstância de a utilização da habitação ser gratuita, o facto de o *habitator* ser autorizado a viver aí o tempo que quiser e a possibilidade de os herdeiros do concedente revogarem a *habitatio* permitem considerar que o direito de habitação foi concedido por precário e não através de comodato[123].

Não se tratava, porém, de um direito real, mas de simples tolerância.

> C. 8,9,2: "*Manifestamente se declara que os herdeiros de quem habitava em precário estão obrigados a restituir a habitação, tendo-se proposto conta eles o interdito*"[124].

Também aqui, os Imperadores Diocleciano e Maximiano, já em plena época pós-clássica[125], não inovaram. O *precarium* da habitação cessa quando o *precario dans* propuser o interdito restitutório. Não se trata de um direito real, mas duma situação de pura tolerância: o precarista (ou herdeiros) tem a faculdade de habitar a casa enquanto o *precario dans* entender.

No entanto, o seguinte fragmento de POMPÓNIO parece afastar a figura do precário:

> D. 43,26,15,1: "*Não se entende que habitem em precário os hóspedes e quem recebe habitação gratuita*"[126].

Podemos retirar esta ideia de que não haverá precário na concessão gratuita de uma habitação a hóspedes ou a outras pessoas ? Não choca com a liberdade de quem pede e de quem dá ?

A resposta, parece-nos, é dada por Vittorio SCIALOJA: "È giusto che coloro i quali abitano gratuitamente si pr*esumano abitare per comodato o per donazione e non per precario che (…) li esporrebbe a troppo arbitrio ri revocazione in una cosa così importante como l'abitare; ma com ciò non si esclude il* precarium *che risulti chiaramente*

---

posse mutare voluntatem".

[123] Neste sentido, vide também SCIALOJA, *o.c.*, p. 23 que observa, no *precarium,* a concessão de um uso mais largo, que termina quando o concedente entender.

[124] C. 8,9,2: "*Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto propósito, manifeste declaratur*".

[125] Esta época decorre entre os anos 230 e 530, ou seja, entre o apogeu clássico e o renascimento justinianeu. Num primeiro momento (de 230 a 395, ano da separação definitiva do Império Romano nos Impérios do Ocidente e do Oriente), é caracterizada pela confusão (de terminologia, de conceitos, de instituições). No segundo (entre os anos 395 e 530), assiste-se, no Ocidente, à vulgarização do direito romano clássico; e ao classicismo (tentativa de imitação do clássico) e helenização (influência da filosofia e direitos gregos) no Oriente. Vide CRUZ, *o.c.,* pp. 48-51; e JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., pp.61-67. A *constitutio* referida no texto é reportada ao tempo que decorre entre os anos 293 e 304. Cf. C. 8,9,2.

[126] D. 43,26,15,1: "*Hospites, et qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelliguntur precario habitare*".

dalla concessione e dalle circonstanze di questa"[127].

Também nós entendemos que a possibilidade de ceder, em precário, a faculdade de o precarista habitar uma casa enquanto o concedente entender não estava afastada, embora o instrumento mais adequado fosse o comodato.

2.2.4.2.4 Usufruto

As considerações que tecemos à volta da *habitatio* aplicam-se perfeitamente ao usufruto.

Na verdade, o usufruto é, na definição de PAULO, "*O direito de usar e fruir uma coisa alheia, ressalvando a sua natureza*"[128]. Porque se trata de um direito constituído *intuitu personae*, a sua duração não pode exceder a vida do usufrutuário[129] que, no entanto, pode ceder o seu exercício (*perceptio fructuum*), *v.g.,* por locação, venda ou doação[130].

Mas se o direito de usufruto pode ser cedido por negócio oneroso ou gratuito, durante certo tempo que, no entanto, não pode ultrapassar a vida do usufrutuário, também pode ser cedido gratuitamente sem termo e revogável quando o concedente assim entender. O que não pode, porque sacrificaria a essência do usufruto como direito real, é ser constituído por *precarium.*

Vejamos as fontes:

> D. 7,1,12,2 (ULPIANO): "*O usufrutuário pode desfrutar da coisa por si mesmo ou permitir que outro a desfrute e também arrendar ou vender (o exercício do direito de usufruto) porque usa quem arrenda e usa quem vende. Mas ainda se o concede em precário ou doa, entendo que é ele quem usa e, portanto, conserva a titularidade do usufruto. Isto é o que responderam Cássio e Pegaso e aprovou Pompónio apoiando-se em Sabino...*"[131].

Este fragmento, que está longe de ser suspeito, é inequívoco: se o exercício (não o direito)[132] do usufruto pode ser locado, vendido ou doado, também pode ser concedido em precário. Neste caso, pode ser revogado a todo o tempo por vontade do *precario dans* que não perde a titularidade do usufruto.

---

[127] Transcrevemos SCIALOJA, *o.c.,* p. 24.

[128] D. 7,1,7,1: "*Ususfructus est ius alienis rebus tendi fruendi salva rerum substantia*".

[129] Cf. D. 18,6,8,2.

[130] Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., p. 190, e as fontes aí citadas.

[131] D. 7,1,12,2: "*Ususfructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Sed et si alii precario concedat, vel donet, puto eum uti, atque ideo retinere usumfructum; et hoc Cassius et Pegasus responderunt, et Pomponius libro quinto ex Sabino probat….*".

[132] O usufruto é, como direito *intuitu personae*, intransmissível. Todavia, o ser exercício pode ser cedido. Só que a extinção do usufruto implica a extinção do seu exercício. Vide JUSTO, *ibidem*, p. 190.

2.2.4.3 Coisa propriedade do precarista

Os romanistas têm debatido o problema delicado de saber se o precarista pode ser proprietário da coisa que lhe é concedida em precário[133].

Dir-se-á que, em regra, a resposta só pode ser negativa: se é proprietário, tem o gozo, a fruição e a faculdade de dispor da coisa que lhe pertence e, portanto, não a pode receber, em precário, de quem, não sendo dono, a pode reclamar quando entender. Assim entende ULPIANO, como observamos nos seguintes fragmentos:

> D. 50,17,45pr.: "*Não pode haver penhor nem depósito nem precário nem compra nem locação de coisa própria*"[134].

> D. 43,26,4,3: "*Do mesmo modo, se tivesse rogado em precário uma coisa minha, roguei-a certamente em precário, mas não a tenho em precário e isto porque se admitiu que não havia precário de uma coisa própria*"[135].

No entanto, esta regra comporta exceções, como sucede, *v.g.*, no *pignus* (*datum*) quando, a pedido do devedor proprietário, o credor lhe concede a coisa, objeto da garantia, para que a possa utilizar, usando-a ou cultivando-a para, assim, obter a rendibilidade económica necessária a satisfação das suas necessidades.

Com efeito, no *pignus* (*datum*)[136] a garantia começou por incidir sobre uma coisa corpórea, móvel ou imóvel, certa, determinada e suscetível de posse e de venda, que é entregue ao credor. Na época clássica foi lentamente estendido às servidões prediais mais antigas, ao direito de usufruto, ao direito de exploração de um terreno do Estado (*ius in agro vectigali*), ao próprio direito de penhor (*subpignus*), a um crédito (*pignus nominis*) e ao direito de superfície[137].O garante não perdia a titularidade do direito empenhado, enquanto o credor adquiria o poder direto e imediato da coisa empenhada que o devedor lhe entregava, poder que corresponde à *possessio naturalis* ou detenção. Ou seja, o devedor é proprietário e possuidor, mas a coisa encontra-se em poder do credor[138].

---

[133] Vide ZAMORANI, *o.c.* pp. 243-281; Matteo MARRONE, *"Precario habere" e "precarium"* em *Labeo* 17, 1971, pp. 209; e MOCHOLI, *o.c.,* p. 117.

[134] D. 50,17,45pr.: "*Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest*".

[135] D. 43,26,4,3: "*Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario, idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse*".

[136] Distinguimos o *pignus datum* do *pignus conventum* ou hipoteca: naquele, há uma transferência da posse (detenção) para o credor; neste, apenas uma especial afetação de uma coisa ao cumprimento do débito assim garantido. Vide JUSTO, *Penhor* (pignus datum) em *Lusíada. Universidade Lusíada do Porto.* Nº. 5/6 , Porto, 2012, pp.249-307, máxime, pp. 260, 273, 276 e 286-289.

[137] Vide JUSTO, *ibidem*, pp. 276-283.

[138] Vide JUSTO, *ibidem*, pp. 286-289 e 297-299.

E é aqui que a figura do precário aparece: o devedor, proprietário e possuidor precisa que a coisa, em poder do credor, lhe seja entregue para a poder usar, cultivar, desfrutar, numa palavra, explorar.

Por isso, pedia ao credor, que lhe concedesse, em precário, a detenção, concessão que o credor (*precario rogans*) podia revogar quando entendesse. Assim entende ULPIANO no seguinte fragmento:

> D. 43,26,6,4: "*Se um proprietário me tivesse dado uma coisa em penhor e ma tivesse pedido em precário, pergunta-se se tem lugar este interdito* (*de precário*). *A dúvida está em saber se pode haver precário de coisa própria. Parece-me mais certo que o precário vale no caso de penhor, posto que o que é pedido é a posse e não a propriedade e esta opinião é muito prática, pois com grande frequência os penhorantes pedem aos credores pignoratícios que lhes deixem o penhor em precário e tal precário deve ser válido*"[139].

Como se observa, estamos perante uma prática frequente que, aliás, se compreende: privados da utilização das coisas de que são proprietários e possuidores, os devedores pediam aos credores que, a título de precário, lhas entregassem para a necessária exploração. Por outro lado, os credores não ficavam prejudicados porque continuavam a gozar da possibilidade de as recuperarem através do *interdictum de precario* que protege os *precario dantes*[140].

É óbvio que se a coisa continuar, em precário, junto do devedor (proprietário e possuidor), o precário extingue-se com o cumprimento da obrigação garantida e portanto, além de possuidor, o ex-devedor torna-se igualmente detentor[141]. Assim nos diz CELSO:

> D. 43,26,11: "*Se um devedor tivesse pedido em precário a coisa empenhada, o precário extingue-se com o pagamento da dívida, pois convencionou-se que tivesse o precário até esse momento*"[142].

2.2.5 Requisitos formais

Para a constituição do *precarium* não se exigia nenhuma forma especial nem, muito menos, formalidades solenes.

---

[139] D. 43,26,6,4: "*Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit, et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat; quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis. Et est haec sententia etiam utilíssima; quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt; et debet consistere precarium*".

[140] Neste sentido, vide também CUBRIA, *o.c.*, pp. 792-793 que chama a atenção para os mesmos efeitos que hoje produz o penhor sem deslocação da coisa para o poder do credor.

[141] Vide CUBRIA, *o.c.*, pp. 793-794.

[142] D. 43,26,11: "*Si debitor rem pignoratam precario rogaverit, soluta pecunia precarium solvitur, quippe id actum est, qui usque eo precarium teneret*".

As fontes silenciam a exigência de formalismo, o que se afigura coerente com a orientação dos jurisconsultos romanos ainda voltados, na época clássica, para a oralidade. Em causa não estava a transferência da propriedade de *res mancipi*, que exigia a celebração de *mancipatio* ou o recurso à *in iure cessio*, mas a simples concessão de posse que se realizava com o ato material da *traditio*. Mesmo a redação de documento escrito oriunda das práticas orientais não encontrou no *precarium* da época clássica o campo adequado para se estabelecer[143].

O que não implica que o pedido devesse ser dirigido com determinadas palavras (*praescriptis verbis*) e pudesse, entre ausentes, utilizar-se carta ou mensageiro, como refere GAIO:

> D. 43,26,9: "*A posse em precário pode constituir-se entre presentes ou entre ausentes,* v.g., *por meio de carta ou de núncio*"[144].

Todavia, trata-se de meros exemplos que não afastam a regra da informalidade, típica nos atos (e depois nos contratos) de boa fé[145].

2.2.6 Regime jurídico

2.2.6.1 Direitos e obrigações do *precario dans*

O concedente, se for proprietário, mantém todas as faculdades que integram o *dominium*, exceto as de usar e desfrutar.

Por isso, pode recuperar a coisa quando quiser, onerá-la e aliená-la. No entanto, se a vender, o *precarium* subsiste enquanto o novo proprietário não o revogar, como observamos no seguinte fragmento de ULPIANO:

> D. 43,26,8,2: "*Mas cabe perguntar o que se passa quando me pediste uma coisa em precário e a alienei: se se mantém o precário depois da alienação. E é mais certo que, se o adquirente n*ão o revoga, podes intentar *o interdito como se dele a tivesses em precário e não de mim; e se consentiu que, por algum tempo, a tivesses dele em precário, com razão interporá o interdito como se dele a tivesses em precário*"[146].

Neste fragmento, ULPIANO pronuncia-se sobre duas situações: o precário mantém-se enquanto o novo proprietário não o revogar e, por isso, o precarista

[143] Vide JUSTO, *Direito privado romano—I. Parte geral*, cit., pp. 188-189 e 363-364.

[144] D. 43,26,9: "*Precario possessio constitui potest vel inter praesentes, vel inter absentes, veluti per epistolem, vel per nuntium*".

[145] Neste sentido, vide CUBRIA, *o.c.,* p. 795.

[146] D. 43,26,8,2: "*Illud tamen videamus, quale sit, si a me precario rogaveris, et ego eam rem alienavero, an precarium duret re ad alium translata. Et magis est, ut si ille non revocet, posse interdicere, quasi ab illo precario habeas, non quasi a me; et si passus est, aliquo tempore a se precario habere, recte interdicet, quasi a se precario habeas*".

pode recorrer aos *interdicta* possessórios que tutelam a sua posse se for perturbado ou esbulhado. Depois, porque o novo proprietário adquire a posição do antigo e, portanto, torna-se *precario dans*, pode intentar contra o precarista o interdito restitutório. Como se ele próprio tivesse dado a coisa em precário[147].

Relativamente a deveres, o pedido do precarista não tem força vinculativa em relação ao *precario dans* e, por isso, não assume dever algum para com aquele. Mesmo que tenha sido fixado um termo, antes do qual o *precario dans* renunciou a fazer cessar o *precarium,* não está vinculado porque tal pacto seria nulo por contrariar um dos seus requisitos essenciais: a livre revogabilidade pelo concedente[148].

No caso de o *precario dans* não ser o proprietário da coisa que deu em precário, pode responder perante o dono, como adverte VENULEIO:

> D. 43,26,7: "*Mas também estarás sujeito a este interdito se te tiver concedido em precário a coisa cuja posse puder reter pelo interdito* uti possidetis*, ainda que possa suceder que fique obrigado relativamente à propriedade*"[149].

O jurisconsulto mantém a ligação entre o *precario dans* e o precarista, mesmo que a coisa dada em precário seja alheia. Por isso, aquele pode intentar os *interdicta* possessórios quando entender, fazendo cessar o *precarium*. Mas não se afasta a eventual responsabilidade do *precario dans* (possuidor) para com o proprietário. Haja em vista a possibilidade de o precarista ter causado danos na coisa dada em precário[150].

2.2.6.2 Direitos e obrigações do *precario accipiens*

A concessão de coisa em precário permite ao precarista usá-la e desfrutá-la (*conceditur utendum*). Por isso, os direitos do precarista condensam-se na faculdade de usar e gozar (*uti et frui*), podendo fazer seus os frutos[151]. Excetuam-se os filhos de escrava que, não sendo considerados frutos[152], não pertencem ao precarista, mas ao proprietário, como adverte POMPÓNIO:

---

[147] Neste sentido, vide CUBRIA, *o.c.,* p. 796.

[148] Vide *supra*, nº. 2.2.2.2; e CUBRIA, *o.c.,* p. 796.

[149] D. 43,26,7: "*Sed et si eam rem, cuius possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto*".

[150] Neste sentido, vide CUBRIA, *o.c.*, p. 796.

[151] Cf. D. 19,1,13,21. Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 35; D'ORS, *o.c.* § 165; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 140 e 154; e BONETTI, *o.c.,* p. 557.

[152] Também, no caso de um escrava ser objeto de usufruto, o usufrutuário não tem direito aos filhos que entretanto nascerem porque não se consideram frutos. Terá pesado a condição humano do escravo. Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., pp. 192-193; e MOCHOLI, *o.c.,* p. 155.

D. 43,26,10: "Ainda que alguém tivesse rogado em precário uma escrava, entende-se acordado que se tenha também em precário o filho que nascer dela"153.

Mantendo-se em precário, o filho de escrava não se torna propriedade do precarista e, por isso, este é obrigado a restituí-lo ao *precario dans*[154].

Do mesmo modo, as coisas adquiridas por um escravo dado em precário não pertencem ao precarista, mas ao proprietário, como refere ULPIANO:

> D. 41,1,22: "*N*ão se pode *adquirir por estipulação ou aceitação de uma coisa feita por escravo que alguém possui com violência, clandestinamente ou em precário*"[155].

No entanto, em regra as coisas adquiridas por escravo por efeito da sua capacidade de trabalho pertencem ao precarista porque esta capacidade deve ser aproveitada pelo *precario accipiens*. Excluídas estavam as aquisições feitas com meios patrimoniais do *precario dans* e as que forem obtidas sem atividade do escravo (*v.g.*, uma herança ou legado) que, do mesmo modo que não pertencem ao usufrutuário[156], também não são adquiridas pelo precarista.

Relativamente às despesas feitas pelo *precario accipiens*, as fontes não apresentam regime específico e, por isso, tudo leva a crer que se aplicasse o regime regra. Assim, o *precario dans* não estava obrigado a ressarcir ao precarista os gastos extraordinários, ou melhorias na coisa dada em precário; por isso, admitia-se que pudesse retirar (*ius tollendi*) as benfeitoras se não destruisse ou danificasse a coisa. Trata-se duma solução de equidade: se quem beneficia gratuitamente de uma coisa fez gastos, deve suportá-los. E, para evitar o enriquecimento do *precario dans*, o precarista podia retirar as benfeitorias se, como dissemos, não destruisse ou danificasse a coisa beneficiada[157].

Quanto às obrigações em que o precarista incorre, destaca-se imediatamente a de restituir a coisa que lhe foi entregue em precário no estado em que a recebeu, como refere ULPIANO:

> D. 43,26,8,4: "Em virtude deste interdito (de precário), deve fazer-se a restituição da coisa no estado anterior e, se assim não for feito, a condenação será elevada ao interesse do demandante no momento da instauração do interdito; portanto, dever-se-lhe-ão ser entregues os frutos desde o momento em que o interdito for intentado"158.

---

[153] D. 43,26,10: "*Quamvis ancillam quis precario rogaverit, id actum videtur, ut etiam quod ex ancilla natum esset, in eadem causa haberetur*".

[154] Vide também CUBRIA, *o.c.*, p. 797.

[155] D. 41,1,22: "*Nemo servum vi possidens, aut clam, aut precario, per hunc stipulantem, vel rem accipientem potest acquirere*".

[156] Vide JUSTO, *Direito privado romano* --- III (*direitos reais*), cit., p. 193 e as fontes aí citadas.

[157] Vide SCIALOJA, *o.c.*, p. 35; CUBRIA, *o.c.*, p. 797; e MOCHOLI, *o.c.*, p. 156.

[158] D. 43,26,8,4: "*Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causa; quodsi non fuerit factum,*

São aqui fixadas três regras: segundo a primeira, o precarista é obrigado a restituir a coisa no estado em que a recebeu; de acordo com a segunda, incorre, se recusar, na responsabilidade de reparar os danos causados ao concedente, calculados no momento em que o *interdictum de precario* foi instaurado; e, finalmente, a terceira determina que, a partir deste momento, a situação de mora é sancionada com a obrigação de restituir os frutos que posteriormente colheu[159]. Destas obrigações resulta que o precarista[160]:

a) deve conservar a coisa com a diligência normal do *bonus paterfamilias.* Esta ideia é também reforçada pela responsabilidade do precarista para com o *precario dans* se, por falta de uso, a servidão predial se extinguir[161];
b) deve satisfazer os gastos indispensáveis ou necessários ao uso e fruição da coisa; de contrário, não a poderá restituir no estado em que a recebeu;
c) só responde por dolo e *culpa grave*[162]. A *culpa levis* está afastada pelo facto de, sendo o *precarium* uma liberalidade do *precario dans*, o dever responsabilizar[163]. Em consequência, também responde se dolosamente deixou de possuir, como observamos em ULPIANO:

D. 43,26,8,3: "*O pretor quis que também estivesse obrigado por precário o que, com dolo, deixou de possuir…*"164.

d) no entanto, depois da expedição do *interdictum* responde por toda a causa (com culpa ou sem culpa e por custódia) por se encontrar em mora. Apenas não responde por caso fortuito[165].

2.2.7 Tutela

2.2.7.1 Do *precario dans*

O *precario dans* pode ser proprietário, possuidor, ou titular de um direito cujo exercício concedeu em precário com os amplos poderes de usar e desfrutar. Por outro lado, trata-se de concessão livremente revogável pelo concedente no momento em que entender; e, como acabámos de observar, a coisa deve ser imediatamente restituída ao *precario dans* por força do *interdictum de precario*.

---

condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris, rei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est; ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur".

[159] Vide CUBRIA, *o.c.,* p. 797.

[160] Vide CUBRIA, *o.c.,* pp. 797-798; e MOCHOLI, *o.c.,* p. 68.

[161] Vide *supra*, nº. 2.2.4.2.

[162] Trata-se de negligência próxima do dolo. Cf. D. 43,26,8,3 *in fine*. Sobre estas modalidades de culpa, vide d'ORS, *o.c.,* § 456; e Alfredo De MEDIO, *Studi sulla "culpa no* no *BIDR* XVII, 1905, pp. 5-19.

[163] Vide MOCHOLI, *o.c.,* p. 156.

[164] D. 43,26,8,3: "*Eum quoque precario teneri voluit Praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret…*". Cf. também: D. 43,26,2pr.

[165] Vide MOCHOLI, *o.c.,* pp. 69 e 157.

Mas não só. O concedente goza, consoante o direito de que seja titular em relação à *res* ou *ius* concedido em precário, dos instrumentos normais que o direito romano concede.

Vejamos mais em pormenor.

1. Ação de reivindicação (*reivindicativo*): esta ação, que tutela o proprietário, pode ser intentada contra o precarista e contra qualquer terceiro, contanto que o *precario dans* seja proprietário da coisa entregue em precário[166].

2. Ação Publiciana: trata-se duma ação que tutela o domínio bonitário ou propriedade tutelada pelo *ius praetorium*, propriedade que, enquanto não se tornasse civil por efeito da usucapião, não passava de posse especialmente protegida. É costume invocar-se, como caso paradigmático, a aquisição duma *res mancipi* através de simples *traditio:* não se realizando um dos negócios idóneos (*a mancipatio* ou a *in iure cessio*)[167], a propriedade civil não se transferia para o comprador. Todavia, porque este pagou o preço, recebeu a *res* e agiu de boa fé, o pretor protegia-o enquanto decorria o tempo necessário à aquisição da propriedade civil por usucapião, concedendo-lhe a *actio Publiciana*[168]; e se o vendedor – o verdadeiro proprietário civil – lhe opusesse a exceção de justo domínio (*exceptio iusti dominii*), ao demandante comprador seria concedida a réplica de coisa vendida e entregue (*replicatio rei venditae et traditae*) com que paralisava a *reivindicativo* do proprietário vendedor.

Ora o *precario dans* pode encontrar-se nesta situação e, portanto, ser protegido com a *actio Publiciana* que, naturalmente, podia intentar contra o precarista e contra qualquer terceiro que se apoderasse da coisa[169].

3. Ação de furto: ainda enquanto proprietário, o *precario dans* gozava da *actio furti* que podia intentar contra qualquer pessoa e mesmo contra o precarista, sobretudo quando, recusando a restituição antes da sentença definitiva, se entendia como invasor de coisa alheia. A *constitutio* do ano 484 de Teodorico e de Venâncio refere o seguinte:

> C. 4,65,33: "*Os arrendatários de coisas alheias ou os que em precário detenham a posse alheia de uma coisa qualquer ou os seus herdeiros, se não a tiverem restituído aos seus donos que as querem recuperar, senão*

[166] Vide Moreira ALVES, *o.c.,* p. 549; CUBRIA, *o.c.,* p. 801; MOCHOLI, *o.c.,* p. 186; e TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969.

[167] Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., pp. 94-99.

[168] Esta ação tem natureza fictícia: o pretor finge que decorreu o tempo necessário para a aquisição por usucapião. Trata-se, portanto duma *actio ficticia* que, sendo formalmente pretória, é substancialmente civil. Sobre a *actio ficticia*, vide JUSTO, *A "fictio iuris" no direito romano ("actio ficticia"*) Época clássica I, no suplemento do vol. XXXII do BFD, 1988, pp. 1-64; e, especificamente sobre a *actio Publiciana,* pp. 28-29. Vide também JUSTO, *Direito privado romano --- III* (*direitos reais*), cit., pp. 26-27.

[169] Vide MOCHOLI, *o.c.,* p. 188; e CUBRIA, *o.c.,* p. 801.

que esperaram até à sentença definitiva do litígio, sejam compelidos a entregar à parte vencedora não somente a coisa arrendada, mas também a sua estimação, à maneira que o invasor de uma posse alheia"[170].

Acresce que o furto podia consistir na subtração da posse *(furtum possessionis*)[171] .

Todavia, estes expedientes só tutelavam a propriedade (civil e pretória) e não a posse. E o *precario dans* podia não ser proprietário, mas possuidor e até *quod usucapionem*[172].

Acresce que, mesmo sendo proprietário, a prova do seu direito nem sempre seria fácil[173]. Por todas estas razões, o pretor concedeu-lhe a tutela interdital, consubstanciada em vários *interdicta*, de que destacamos:

1. *Interdictum de* (ou *quod) precario*: é um interdito dirigido contra quem se apoderou de uma coisa. Tratando-se de *precarium*, é concedido ao *precario dans* contra o precarista quando aquele o faz cessar e este não lhe restitui a coisa.

Vejamos os seguintes fragmentos particularmente importantes de ULPIANO:

D. 43,26,2,pr.: "*Diz o pretor: "Restituirás ao demandante a coisa objeto da demanda que dele recebeste em precário ou deixaste dolosamente de ter em teu poder*"[174];

D. 43,26,2,1: "*Este interdito é restitutório*"[175];

D. 43,26,2,2: "É de equidade *natural, pois o precário pode ser revogado quando (o concedente) quiser, já que é naturalmente justo que uses da minha liberalidade o tempo que quiser e a possa revogar segundo a minha vontade. Assim, quando se nos pediu um precário, não só podemos exercitar este interdito, mas também a ação de palavras prescritas que nasce da boa fé*"[176].

---

[170] C. 4,65,33: "*Conductores alienarum reum, seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam exspectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrice parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praecere compellantus*".

[171] Cf. D. 44,7,1,15. Vide MOCHOLI, *o.c.*, p. 189.

[172] Vide Fritz SCHULZ, *o.c.*, p. 411.

[173] Vide Moreira ALVES, *o.c.*, p. 549.

[174] D. 43,26,2pr.: "*Ait Praetor: "QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTE, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS*"".

[175] D. 43,26,2,1: "*Hoc interdictum restitutorium est*".

[176] D. 43,26,2,2: "*Et naturalem habet in se aequitatem; manque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tandiu de liberalitate mea uti, quandiu ergo velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis*

No primeiro texto, transcreve-se o *edictum* em que o pretor prometeu conceder o *interdictum*. No segundo, qualifica-se como restitutório; e, no último, justifica-se a concessão deste expediente na equidade: se o *precario dans* pretender revogar o *precarium*, é naturalmente justo que recupere imediatamente a coisa através do *interdictum de precario*[177].

No mesmo sentido pronunciou-se JULIANO no seguinte texto:

> D. 43,26,19,2: "*Quando se rogou alguma coisa em precário, podemos utilizar não somente o interdito, mas também a condição de coisa incerta, isto é, a ação de palavras prescritas*"[178].

No entanto, este fragmento levanta uma questão importante: será que o *precario dans* gozava também duma *condictio* ao lado da ação de reivindicação ? A resposta afirmativa compreender-se-á se tivermos presente que pode não ser proprietário, mas possuidor da coisa entregue em precário. E não se afasta a possibilidade de em causa estar o enriquecimento de alguém (precarista o não) que importe afastar[179]. Mais: a probabilidade de os jurisconsultos clássicos terem já pensado nos contratos inominados[180] – e o *precarium* foi catalogado nesta categoria – mostra que a *condictio,* que combate o enriquecimento injusto, não estaria ausente nessa matéria contratual[181]. Acresce que a expressão final *id est* que identifica a *condictio* com a *actio praescriptis verbis* mostra que, antes desta, existia aquela ação.

O seguinte texto de PAULO não afasta esta hipótese. Vejamos:

> D. 43,26,14: "*O interdito de precário foi introduzido com razão, pois n*ão há nenhuma ação civil por essa causa, já que a condição do precário se aproxima mais das doações e *da causa de liberalidade do que de negócio contraído*"[182].

Não se põe em causa a existência da *condictio*, mas somente a sua anterioridade relativamente ao *interdictum de precario*.

---

verbis actione, quae ex bona fide oritur".

[177] *Infra*, nº. 2.3.3.1, abordaremos a *actio praescriptis verbis* que a maioria dos romanistas atribui ao direito justinianeu.

[178] D. 43,26,19,2: "*Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est, praescriptis verbis*".

[179] Sobre as *condictiones*, vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit., pp. 114-116.

[180] Vide *supra*, nº. 2.2.2.3.

[181] Vide TORRENT, *Diccionario de derecho privado romano*, cit. p. 203, que apresenta, como exemplo, o presente fragmento.

[182] D. 43,26,14: "*Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris refere efere civilis actio esset; magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio*". Vide CUBRIA, *o.c.,* p. 807.

De todo o modo, permite-se uma conclusão: estando afastada qualquer interpolação que recuse a existência, na época clássica, do *interdictum de precario*, é razoável pensar que as necessidades – já referidas – tenham levado o pretor a tutelar o *precario dans*, oferecendo-lhe, no seu *edictum*, a proteção dum expediente prático e eficaz[183].

No entanto, este interdito não se aplicava no caso de o precarista ter garantido, por caução (*fideiussio*), a restituição da coisa. Esta garantia não está excluída, mas a sua execução foi confiada a uma ação porque ultrapassa o âmbito dos *interdicta*. Assim entendeu POMPÓNIO:

> D. 43,26,15,3: "*Quando alguém tem caução de que se lhe restituirá a coisa, não lhe compete o interdito de precário*"[184].

O jurisconsulto limita-se a afastar a hipótese de o *precario dans* intentar o *interdictum* (*de precario*). No entanto, estando em causa uma obrigação derivada de caução (*fideiussio*), a sua tutela estava confiada à ação civil derivada no negócio fonte da caução: à *actio ex stipulatu*[185].

2.2.7.2 Do *precario accipiens*

O precarista é considerado possuidor *ad interdicta*[186], como observamos no seguinte fragmento em que PAULO cita SABINO e TREBÁCIO, embora contra a opinião de LABEÃO:

> D. 41,2,3,5: "*Pelo contrário, muitos não podem possuir solidariamente a mesma coisa, porque é contra a natureza que quando eu tenho alguma coisa se considere que tu também a tens. Mas escreve Sabino que quando eu tiver dado uma coisa em precário, a possuem eu mesmo e o que a tiver recebido em precário. O mesmo aprova Trebácio, estimando que alguém podia possuir justamente e outro, injustamente; mas que dois não podiam possuir injusta ou justamente; o que Labeão censurou, porque para o resultado da posse não importa muito que alguém possua justa ou injustamente…*"[187].

[183] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit. p. 104; IGLESIAS, *o.c.,* p. 403; Moreira ALVES, *o.c.,* p. 549; SCHULZ, *oc.,* p. 411; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., Turim, 1982, p. 486.; TALAMANCA, *o.c.,* p. 548; BONETTI, *o.c.,* p. 558; SCIALOJA, *o.c.,* p.46; CUBRIA, *o.c.,* pp. 782 e 808; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 60-68, TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp. 968-969; e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 157.

[184] D. 43,26,15,3: "*Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit*".

[185] Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 17.

[186] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit., p. 104; CUBRIA, *o.c.,* p. 778; e BONETTI, *o.c.,* p. 557.

[187] Vide *supra*, nota 42.

No mesmo sentido, e mostrando que as dúvidas já se encontravam afastadas, escreveu POMPÓNIO:

> D. 43,26,15,4: "*Não há dúvida de que adquire a posse quem tiver rogado em precário que lhe seja lícito possuir*"[188].

A posse reconhecida ao precarista é consequência da proteção interdital[189] concedida seja para a recuperar (interditos restitutórios) seja para proibir a sua perturbação (interditos proibitórios)[190].

Com efeito, o precarista podia intentar o *interdictum uti possidetis* e o *interdictum utrubi.* Ambos tinham caráter proibitório -- proibiam perturbações à posse – e distinguiam-se somente pelo objeto possuído: aquele, imóveis; este, móveis[191].

Relativamente ao *interdictum uti possidetis*, que CUBRIA considera provavelmente o mais antigo concedido ao precarista[192], POMPÓNIO escreveu:

> D. 43,26,17: "*Quem possui em precário um fundo pode usar do interdito* uti possidetis *contra todos, exceto contra aquele a quem o rogou*"[193].

A exceção referida deriva da precaridade em que se encontra perante o *precario dans*: o *precarium* é livremente revogável[194]. Se, ao arrepio desta proibição, fosse intentado contra o *precario dans*, este gozava da *exceptio vitiosae possessionis* que o paralisaria[195].

Além destes interditos, agrupados na categoria dos *interdicta retinendae possessionis*[196], o precarista era também protegido por outros: *v.g.,* pelo *interdictum unde vi* e pelo *interdictum de vi armata*, contra quem o esbulhou, respetivamente, por violência e por força armada[197].

A posição do precarista – possuidor sem o *animus domini*, gratuidade e revogabilidade apenas dependente da vontade do concedente – justifica que não pudesse intentar diversas ações. Destacamos:

1. A *actio Publiciana*: não estão reunidos os pressupostos que determinam

---

[188] Vide *supra*, nota 49.

[189] Vide MOCHOLI, *o.c.,* p. 75.

[190] Vide CRUZ, *o.c.,* pp. 327-331; e JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., pp. 438-442.

[191] Vide CRUZ, *o.c.,* p. 330; e MOCHOLI, *o.c.,* pp. 71 e 76.

[192] Vide CUBRIA, *o.c.,* pp. 810-811. Vide também: MOCHOLI, *o.c.,* pp. 60 e 71.

[193] D. 43,26,17: "*Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes, praeter eum, quem rogavit, uti potest*".

[194] Vide *supra*, nº. 2.2.2.2.

[195] Vide BONETTI, *o.c.,* p. 557; MOCHOLI, *o.c.,* p. 131; BONFANTE, *Corso di diritto romano,* cit., p. 157; TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969; ZAMORANI, *o.c.,* p. 31; e CUBRIA, *o.c.,* pp. 803-804.

[196] Vide CRUZ, *o.c.,* pp. 329-330.

[197] Vide MOCHOLI, *o.c.,* p. 78 e 80. Sobre estes interditos, vide CRUZ, *o.c.,* p. 331.

a sua concessão. Com efeito, não existe compra e venda e, portanto, nem vício de forma nem pagamento do preço. Acresce que esta ação pressupõe a posse do comprador e a usucapião que finge só é possível por o comprador ter o *animus domini*, intenção que o precarista não tem e, por isso, não pode adquirir a propriedade por usucapião. Assim se compreende o seguinte texto de GAIO:

D. 6,2,13,1: "*Por vezes nem por justas posses pertence a alguns a ação Publiciana, porque as posses por causa de penhor e de precário são justas, mas por elas não costuma competir tal ação; a saber, pela razão de que nem o credor nem o que pediu em precário adquire a posse com o propósito de crer que é dono*"[198].

2. *Actio communi dividundo*: também esta ação era, na época clássica, dada a qualquer comproprietário para obter a divisão da coisa comum. Portanto, tinha uma função divisória e constitutiva – atribuía a propriedade particular dos bens a cada proprietário, cessando a compropriedade – e dirimia, também, outras pretensões, como a distribuição de benefícios ou a repartição de despesas comuns[199]. Ora, o precarista não é dono nem pretende adquirir a propriedade e, portanto, não pode intentar esta ação. ULPIANO segue esta orientação:

D. 10,3,7,4: "*Mas esta ação não tem lugar entre possuidores de má fé nem tão pouco terá lugar se possuírem em precário (…), mas a (posse) precária é justa certamente, mas não tem força para esta ação*"[200].

2.2.8 Presença do precário em:
2.2.8.1 *Fiducia cum creditore*

A *fiducia cum creditore* foi, nos primeiros séculos de Roma, uma garantia que consistia na transferência da propriedade de uma *res mancipi*[201] para o credor.

[198] D. 6,2,13,1: "*Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium; manque pignoraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium; illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse*". Vide VOCI, *o.c.,* p. 337; SCIALOJA, *o.c.,* p. 36; e MOCHOLI, *o.c.,* p. 188.

[199] Vide TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p.p. 23-24.

[200] D. 10,3,7,4: "*Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant, locum habebit (…) precaria vero iusta quidem, sed quae non pergat ad iudicii vigorem*". Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 36.

[201] Ainda na época clássica, os jurisconsultos romanos distinguiam as *res mancipi* das *res nec mancipi*: aquelas teriam sido as coisas mais importantes (como, *v.g.,* os terrenos e as casas situadas na Itália, os escravos, os animais de tiro e de carga e as quatro servidões rústicas mais importantes: o *iter*, a *via* , o *actus* e o *aquaeductus*); estas eram as coisas menos importantes. Daí que para a transferência das *res mancipi* se exigisse um negócio especial: a *mancipatio* ou a *in iure cessio*. Para as *res nec mancipi*, poder-se-ia fazer uma *in iure cessio*, mas mais frequentemente recorria-se à simples entrega (*traditio*).

Utilizava-se uma *mancipatio* ou *in iure cessio* cujo formalismo[202] oferecia uma relativa segurança às partes. Paralelamente, as partes celebravam provavelmente um pacto (*pactum fiduciae*), no qual o credor garantido se obrigava a restituir a coisa ao garante após a satisfação do seu crédito[203].

Todavia, podia ocorrer – e quiçá com muita frequência – que o garante necessitasse de ter a coisa em seu poder, sobretudo quando, tratando-se de um terreno (*fundus*), precisasse de o cultivar para extrair os indispensáveis meios de subsistência. Uma das hipóteses seria o credor ceder ao devedor a coisa em precário, cessão que, além de gratuita, dava àquele a segurança de que o devedor não readquiriria a propriedade por usucapião[204].

2.2.8.2 *Pignus*

O penhor (*pignus datum*) é uma garantia real que se caracteriza pela entrega ao credor de uma coisa, móvel ou imóvel. Este torna-se detentor, embora esteja protegido por interditos possessórios. Por isso a sua posse é considerada anómala, como a posse do precarista[205].

Deste modo, se o proprietário, privado do poder da coisa dada em penhor, pedisse do credor que lha restituísse em precário, teríamos a figura do *precarium rei suae*[206], mas que não deixava de ser precário.

De resto, o recurso ao *precarium* pelo autor de um *pignus* deve ter sido prática frequente, atendendo à necessidade de este ter a coisa empenhada em seu poder para a poder desfrutar[207]. O seguinte texto de ULPIANO confirma esta possibilidade:

> D. 43,26,6,4: "*Perguntou-se se este interdito terá lugar se alguém me tiver dado em penhor uma coisa sua. A questão reside nisto: se pode haver precário duma coisa própria. Parece-me mais verdadeiro que o precário*

Vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 167. Sobre as servidões rústivas referidas, vide *supra*, notas 108 e 111.

[202] Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., pp. 94-99.

[203] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit., p. 167; e António A. Vieira CURA, "*Fiducia cum creditore" (aspetos gerais)* no *suplemento* XXXIV do BFDC, 1991, pp. 219-225.

[204] Cf. GAIO 2,60. Vide CRUZ, *o.c.*, p. 243; Pablo FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 293; Antonio GUARINO, *Diritto privato romano*, 6ª. ed., Nápoles, 1981, p. 821; SCIALOJA, *o.c.*, p. 10; CUBRIA, *o.c.*, p. 781; MOCHOLI, *o.c.*, p. 179; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 156 e 158; TONDO, *o.c.*, p. 158; e MICHEL, *o.c.*, p. 130.

[205] Vide BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 153; ZAMORANI, *o.c.*, pp. 246-251; e TONDO, *o.c.*, pp. 159-194. É provável que presença dos interditos (e a posse anómala) se explique pelo facto de o *pignus* ter substituído a *fiducia cum creditore*. Vide JUSTO, *Penhor* (*pignus datum*) em *Lusíada. Universidade Lusíada do Porto.* Nº. 5/6, Porto, 2012, pp.286-289, máxime p. 287, nota 230.

[206] Vide *supra*, nº. 2.2.4.3.

[207] Também hoje se permite esta possibilidade, concedendo ao autor do penhor a faculdade de dispor materialmente da coisa, através da figura da composse Cf. art. 669º., nº. 2 do nosso Código Civil. Relativamente ao direito romano, vide SCIALOJA, *o.c.*, p. 9; CUBRIA, *o.c.*, pp. 793-794; e MOCHOLI, *o.c.*, p. 117.

exista sobre o penhor, posto que se roga a posse, não a propriedade. E esta opinião é utilíssima porque diariamente os que deram em penhor rogam aos credores; e o precário deve subsistir"[208].

2.2.8.3 Compra e venda sujeita à *lex comissoria* ou ao pacto *in diem addictio*

A compra e venda produz, no direito romano, efeitos obrigacionais: na época clássica, o vendedor obrigava-se a transferir ao comprador a posse livre e pacífica da coisa vendida[209].

Todavia, mesmo depois de o vendedor entregar a posse ao comprador, as partes podiam acordar na rescisão do contrato se, dentro de certo prazo, outra pessoa oferecesse melhores condições[210]; ou atribuir ao vendedor a faculdade de considerar o contrato não realizado se o comprador não pagasse o preço no prazo fixado[211]. Na primeira hipótese, fala-se de pacto *in diem addictio*; na segunda, de *lex commissoria*[212]. Nestes casos, justificava-se que, antes de a compra e venda se encontrar definitivamente consolidada, o vendedor entregasse em precário, ao comprador, a coisa vendida.[213] A hipótese da *lex comissoria* está presente no seguinte texto de ULPIANO:

D. 43,26,20: "*O que se vende com a convenção de o comprador o ter em precário até pagar o preço total, pode o vendedor recuperar se o comprador deixou de pagar*"[214].

2.2.8.4 Servidões prediais

Os jurisconsultos romanos admitem que um vizinho tolere que outro, sem formalidades, exerça sobre um prédio determinada atividade. Não se trata da constituição dum direito real (servidão predial), mas tão só dum ato de mera

[208] D. 43,26,6,4: "*Quaesitum est. si quis rem suam pignori mihi dederit, et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat. Quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis. Et est haec sententia etiam utilíssima; quotidieenim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt; et debet consistere precarium*".

[209] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações), cit.,* pp. 49-63, máxime pp. 54-55; e CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português* em *Studia Iuridica* 70, Colloquia – 11, Coimbra, 2002, pp. 73-79, 81 e 96-99 e *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu (a raiz do "sistema do título e do modo") no volume comemorativo do 75º. tomo do BFDC,* 2003, pp. 98-108.

[210] Cf. D. 18,2,1; -41,4,2,4.

[211] Cf. D. 18,2,3,2; -18,3,4pr.

[212] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações), cit.*, p. 62.

[213] Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 10; CUBRIA, *o.c.,* pp. 781 e 794; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 180-181; TONDO, *o.c.,* p. 196; e MICHEL, *o.c.,* p. 130.

[214] D. 43,26,20: "*Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emptorem stetit, quominus per solveretur, venditorem posse consegui*".

tolerância que o concedente poderá afastar quando entender[215].

Esta prática deve ter sido muito frequente em Roma – e ainda hoje – sobretudo porque as servidões nem sequer podiam ser objeto de locação[216].

As fontes, que já observámos, não suscitam dúvidas[217].

2.2.8.5 Sepulturas

Os jurisconsultos falam de autorização precária para sepultar um corpo em sepultura do *precario dans.*

Não devemos ignorar que um sepulcro tornar-se-á *res religiosa* quando aí for enterrado um cadáver ou as suas cinzas[218]. E também que o s*epulchrum* não se confunde com o *ius sepulchri*, cujas faculdades -- sepultar e ser sepultado -- podem ser transmitidas por ato *mortis causa* e *inter vivos*. Importa igualmente ter presente que este direito tem caráter patrimonial e o seu titular não pode ser privado do acesso ao sepulcro (*iter ad sepulchrum*) se for necessário passar por terrenos de terceiro[219].

Ora a cedência precária da faculdade de sepultar em sepulcro do *precario dans* traduzir-se-ia na possibilidade de este, querendo, mandar exumar o cadáver, situação decerto difícil de explicar e de aceitar[220]. Não faltam por isso, hipóteses como a de o *precario dans* só poder revogar a concessão desde o tempo em que esta ocorreu até ao momento da sepultura[221].

Afastado o sepulcro que, sendo *res religiosa* está fora do comércio jurídico a partir do momento em que ai for sepultado um cadáver ou as suas cinzas[222], o problema situa-se em torno do *ius sepulchri* e das faculdades que comporta, sem afastar a natureza precária da concessão.

Ponderadas as circunstâncias, não parece recusável a hipótese de a concessão em precário da faculdade de sepultar seja provisória, ou seja, durante o tempo em que não se encontre uma sepultura definitiva para o cadáver ou cinzas[223]. O que, mesmo assim, implica uma entorse ao caráter religioso da sepultura: passou a sê-lo no momento em que, nesse *locus* se enterra o corpo ou as cinzas duma pessoa. Por isso, a exumação devia ser autorizada por entidade religiosa, como observamos em ULPIANO:

D. 11,7,8: "*Questiona-se se é lícito ao dono do lugar desenterrar ou deitar*

[215] Vide *supra*, nº. 2.2.4.2.2.
[216] Cf. D. 19,2,44.
[217] Cf. *supra*, nº. 2.2.4.2.2: D. 43,26,2,3; -43,26,3; -43,26,8,5. Vide MICHEL, *o.c.,* p. 132-134.
[218] Cf. C. 3,44.2.
[219] Vide JUSTO, *ibidem*, p. 165.
[220] Vide MICHEL, *o.c.,* p. 136.
[221] Neste sentido, vide ROELS *apud* MICHEL, *o.c.,* p. 134.
[222] Vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., pp.161-166, máxime, pp. 165-166.
[223] Neste sentido, vide MICHEL, *o.c.,* p. 136.

> *fora, sem decreto dos pontífices ou sem mandato do imperador, os ossos ou cadáver e que por outro foram enterrados. E Labeão diz que se deve esperar por permissão pontifical ou mandato do imperador, porque de outro modo haveria a ação de injúrias contra quem os desenterrou*"[224].

Relativamente ao acesso ao sepulcro por terreno alheio que, como referimos, não podia ser impedido, surge um problema que observamos em ULPIANO:

> D. 11,7,12pr.: "*Se alguém tiver um sepulcro, mas não tiver caminho para aí aceder e o vizinho proibir passar, respondeu por rescrito o Imperador Antonino com o seu pai, que costumava pedir-se em precário e conceder-se a passagem para o sepulcro, de sorte que, quando não se deve, se peça a quem tem o fundo contíguo. Mas este rescrito, que dá a faculdade de pedir, não implica também ação civil, mas que se demandará fora do processo ordinário. O Governador (da província) também deve compelir a que, por justo preço, se conceda àquele a passagem, mas de maneira a que o juiz atenda também à oportunidade do lugar, para que o vizinho não sofra grande prejuízo*"[225].

Segundo o jurisconsulto, o titular do sepulcro costumava pedir ao proprietário do *fundus* vizinho que o autorizasse a passar pelo seu prédio. Estamos perante uma concessão em precário e, portanto, livremente revogável. Todavia, esta devia durar o tempo necessário à constituição duma servidão de passagem[226]. Estamos, aqui, perante um direito potestativo constitutivo, de cujo exercício surgia aquela servidão, ou seja, um verdadeiro direito real.

2.2.9 Extinção

2.2.9.1 Situações

Uma vez concedido, o *precarium* podia cessar quando o *precario dans* entendesse. Trata-se do princípio da revogação *ad nutum*, de nada valendo a aposição de um termo que, ofendendo este princípio, não produziria efeito[227].

---

[224] D. 11,7,8: "*Ossa, quae ab alio illata sunt, vel corpus an liceat domino loci effodere vel eruere sine decreto Pontificum, seu iussu Principis, quaestionis est. Et ait Labeo, exspectandum vel permissum pontificale, seu iussionem Principis, alioquin iniuriarum fore actionem adversus eum, qui eiecit*".

[225] D. 11,7,12: "*Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino iure prohibeatur, Imperator Antoninus cum patre rescripsit, iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur. Praeses etiam compellere debet, iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex, etiam de oportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum*".

[226] Vide MICHEL, *o.c.*, pp. 137-138.

[227] Vide *supra*, nº. 2.2.2.2.

Outra causa de extinção ocorria se a coisa dada em precário fosse destruída, por falta de objeto[228].

Relativamente à morte de uma das partes, estamos perante situações que, segundo parece, dividiram os jurisconsultos. Por isso, vamos apreciá-las separadamente.

2.2.9.2 Morte do concedente

Na verdade, a *iurisprudentia* romana oferece-nos posições contraditórias. Vejamos as fontes:

> D. 43,26,12,1 (CELSO): "*O rogo em precário passa também ao herdeiro de quem o concede…*"[229].
>
> D. 43,26,8,1 (ULPIANO): "*O que alguém solicitou a Tício em precário entende-se que também do herdeiro de Tício o tem em precário. Assim escrevem Sabino e Celso e é seguido na prática (…) O mesmo aprova Labeão que acrescenta que, embora não conheça o herdeiro, entende-se que tem em precário dele*"[230].
>
> D. 43,26,6pr. (ULPIANO): "*Marcelo diz que se o proprietário enlouquecer ou entretanto morrer, certamente o precário não pode ser prorrogado e é verdade*"[231].

Enquanto CELSO entende que o *precarium* não se extingue com a morte do *precario dans* e, por isso, a sua posição transmite-se ao herdeiro, MARCELO e ULPIANO consideram que o precário não pode continuar, ou seja, extingue-se.

A que se deve esta divergência ? É curioso que os romanistas se tenham preocupado mais com a transmissibilidade ou não do precário ao herdeiro do precarista[232], descurando a contradição relativamente à transmissibilidade ou não ao herdeiro do *precario dans*.

Dir-se-ia que a entrega duma coisa em precário tem subjacente uma relação de confiança que liga o *precario dans* ao *precario accipiens* e, por isso, quando um deles morre, esta relação cessa e, portanto, o *precarium* extingue-se. Simplesmente,

---

[228] Vide CUBRIA, *o.c.,* p. 801.

[229] D. 43,26,12,1: "*Precario rogatio et ad heredem eius, qui concessit…*". Cf. também D. 43,26,8,1.

[230] D. 43,26,8,1: "*Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur; et ita et Sabinus et Celsus scribunt, eoque iure utimur (…) Idem et Labeo probat, et adiicit, etiamsi ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere*".

[231] D. 43,26,6pr.: "*Certe se interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse, Marcellus ait, ut precarium redintegretur; eh hoc verum est*". Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 29; CUBRIA, *o.c.,* p. 799; MOCHOLI, *o.c.,* p. 166; e Biondo BIONDI, *Successione nel rapporto di precario* em *IURA*, V, 1954, pp. 159 e 169.

[232] Vide *infrai, nº.* 2.2.9.3.

os jurisconsultos referidos divergem o que afasta esta explicação.

Sabemos que CELSO (filho), que "*foi um proculeiano ilustre, chegando a orientar a Escola Proculeiana, destacou-se pela sua originalidade, perspicácia e ousadia*", e faleceu por volta do ano 140[233]. Sabemos também que MARCELLO foi "*um jurista arguto, claro e original e é considerado o mais importante depois de JULIANO*" – "*o mais ilustre de todos os jurisconsultos romanos*" – e terá falecido à volta do ano 185. Sabemos igualmente que ULPIANO foi um "*sintetizador brilhante*" que "*sintetizou admiravelmente as principais obras de Celso, Juliano, Pompónio e Marcello*". E também não ignoramos que LABEÃO foi "*um autor fecundo, muito original*", que "*absorveu e refundiu as obras anteriores*"[234]

Não podemos atribuir esta divergência às Escolas Proculeiana e Sabiniana, porque ULPIANO atribui a mesma solução a CELSO, a LABEÃO e a SABINO e se os primeiros são proculeianos, o último foi o grande mestre dos sabinianos.

Por outro lado, o próprio ULPIANO entra em contradição quando refere que a opinião de "*Sabino e Celso é seguida na prática*" e que o a posição de Marcello "é verdade".

De todo o modo, a referência à consagração na prática parece sugerir que, na época clássica, a orientação dominante considerava que à morte do *precario dans* a coisa em precário manter-se-ia no precarista: tão-só aquele passava a ser o seu herdeiro.

2.2.9.3 Morte do precarista

Também a persistência do *precarium* após a morte do precarista suscitou divergências quer entre os romanistas[235] quer entre os jurisconsultos romanos.

Vejamos as fontes:

> D. 43,26,12,1 (CELSO): "*O rogo em precário (…) não passa ao herdeiro do que rogou, porque a posse só foi concedida a ele mesmo, não também ao herdeiro*"[236];
>
> C. 8,9,2: "*Declara-se manifestamente que os herdeiros de quem habita em precário estão obrigados a restituir a habitação, tendo se proposto contra eles o interdito*"[237] (Imperadores Diocleciano e Maximiano, anos 293 – 304).

[233] Vide CRUZ, *o.c.,* pp. 390-391.

[234] Transcrevemos CRUZ, *o.c.,* pp. 388-389, 390-391, 396-397 e 400.

[235] Vide SCIALOJA, *o.c.,* pp. 32-33; CUBRIA, *o.c.,* p. 801; MOCHOLI, *o.c.,* p. 167; BIONDI, *o.c.,* pp. 159-169; e ZAMORANI, *o.c.,* p. XI e 220-240.

[236] D. 43,26,12,1: "*…ad heredem autem eius qui precario rogavit, non transit, quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi concessa possessio est*". Cf. também: D. 44,3,11; PS. V,6,12.

[237] C. 8,9,2: "*Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur*".

> D. 43,26,8,8 (ULPIANO): "*Por este interdito (de precario) fica também obrigado o herdeiro de quem rogou em precário, assim como este mesmo…* "[238];

> D. 43,26,8,1 (ULPIANO): "*O que rogou a Tício em precário considera-se que o tem em precário também pelo seu herdeiro; e assim o escrevem Sabino e Celso e este direito observamos…*"[239].

CELSO é categórico, afirmando que o precário não se transmite aos herdeiros do precarista. E, em consequência, a *constitutio* dos imperadores Diocleciano e Maximiano determina que tais herdeiros devem restituir a habitação. Ou seja, a opinião de CELSO recebeu consagração legal.

Pelo contrário, sobretudo em D. 43,26,8,1, ULPIANO segue a orientação oposta, entendendo que o precário continua no herdeiro do precarista.

Perante esta contradição, não têm faltado tentativas de a afastar e é fácil atribuir aos compiladores de Justiniano a responsabilidade de terem alterado alguns textos e deixado inalterados outros[240]. Servem de paradigma BIONDI e ZAMORANI.

O primeiro entende que "è sicuro que a favore dall'erede del precarista non è *avvenuta alcuna concessione, e quindi entro i limite della redazione degli interdetti resta lecita a reazione stragiudiziale*". Todavia, quanto à época justinianeia, "*più verosimile è la conclusione inversa, che cioè sai di Giustiniano il principio della trasmissibililità*[241]. Ou seja, a passagem do precário ao herdeiro do precarista não é clássica, mas justinianeia.

O segundo considera que "*mentre in periodo classico la concessione precaria era passivamente trasmissibile, dal momento che l'erede non aveva la possibilità di mutare il titolo del possesso del* de cuius*"*, já a solução pós-clássica, seguida por Justiniano é a de que "*l'erede del precarista non è egli pure precarista*[242]. Ou seja, o precário transfere-se ao herdeiro do precarista na época clássica, mas não no direito justinianeu. Na base desta opinião estava a natureza possessória do precário, posse que, com os seus vícios, se transmitia ao herdeiro do possuidor (precarista), enquanto, para Justiniano, o precário tornou-se uma concessão pessoal que se extinguia com a morte do precarista[243].

É claro que a transformação da natureza possessória do *precarium* clássico -- entrega gratuita, ao precarista, da posse de uma coisa livremente revogável pelo concedente, posse essa protegida por *interdicta* possessórios, embora o precarista

---

[238] D. 43,26,8,8: "*Hoc interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse…*"

[239] "D. 43,26,8,1: "*Quod a Ticio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius praecerio habere videtur; et ita et Sabinus, et Celsus scribunt, eoque iure utimur…*". Cf. também: D. 44,3,11.

[240] Vide BIONDI, *o.c.,* pp. 161-168.

[241] Transcrevemos BIONDI, *o.c.,* pp. 162 e 9.

[242] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 220-240, máxime, p. 240.

[243] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 241-243; e MARRONE, *o.c.,* p. 209.

não tenha o *animus domini* e, por isso, é considerada anómala pelos seguidores da doutrina savignyana -- em contrato (inominado) nas épocas pós-clássica e justinianeia[244] -- contrato gratuito e também livremente revogável pelo *precario dans* – não deixaria de provocar consequências nos regimes jurídicos daquelas épocas.

Estas consequências díspares deviam ter sido eliminadas pelos jurisconsultos pós-clássicos e, sobretudo, justinianeus, mas não foram e, por isso, encontramos no Digesto textos contraditórios. De todo o modo, a transmissibilidade clássica ao herdeiro do precarista é categoricamente afastada por CELSO e pela *constitutio* dos Imperadores Diocleciano e Maximiano ainda no início da época pós-clássica. Por isso, afigura-se como um dado adquirido. E, deste modo, teríamos a recusa da sucessão do herdeiro do precarista na época clássica e a aceitação nos tempos pós-clássicos e justinianeus. Sem prejuízo, obviamente, de o concedente pedir ao herdeiro do precarista, a todo o momento, a restituição da coisa entregue em precário; e sem ignorarmos um dos argumentos fortes de ZAMORANI de que a posse do herdeiro é a mesma do *de cuius*, com ou sem vícios[245].

2.3. Épocas pós-clássica e justinianeia

2.3.1 Afirmação como contrato real inominado de boa fé

Como já referimos, a ideia de contrato inominado já terá surgido na época clássica, embora só se tenha consolidado nas épocas pós-clássica e sobretudo justinianeia[246].

Trata-se de novas figuras contratuais que o *ius civile* não tutelava e que, por efeito do princípio da tipicidade, ficavam necessariamente de fora. Referimos também que a evolução da vida social impôs que fossem reconhecidos pelo pretor que os protegeu com expedientes adequados: *v.g.,* a *actio in factum*, a *condictio* ou a *actio doli.* E que, a partir deste momento e com base nestas ações, surgiu a nova categoria de contratos mais tarde ditos inominados por não estarem consagrados no direito civil romano[247].

Referimos ainda que no direito justinianeu se encontram agrupados em quatro esquemas fundamentais: dou para que dês *(do ut des*); dou para que faças (*do ut facias*); faço para que dês (*facio ut des*); e faço para que faças (*facio ut facias*). Tais contratos acabaram por serem tutelados sobretudo pela *actio praescriptis verbis* que a maioria dos romanistas atribui ao direito de Justiniano por se tratar duma ação genérica[248].

---

[244] Vide *infra*, nº. 2.3.2.

[245] Vide ZAMORANI, *o.c.,* p. 226; e JUSTO, *Direito privado romano --- III (direitos reais*), cit., p. 83.

[246] Vide *supra*, nº. 2.2.2.3; SCHULZ, *o.c.,* p. 500; D'ORS, *o.c.,* §§ 394-395; ZAMORANI, *o.c.,* p. 212; e MARRONE, *o.c.,* p. 208.

[247] Vide também VOCI, *o.c.,* p. 461.

[248] Vide TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 481-485.

O *precarium* é um dos contratos do primeiro grupo (*do ut des*) – neste caso, mais precisamente entrego-te para que me restituas – e tem a particularidade de ser real quanto à perfeição (ou constituição) e de boa fé. Real, porque sem a *traditio* da coisa não está perfeito[249]; e de boa fé (*bonae fidei*), porque tutelado por ações – a *condictio ex poenitentia* e a *actio praescriptis verbis* -- de boa fé[250].

2.3.2 Regime jurídico.
2.3.2.1 Posição do *precario dans*

A transformação do *precarium* em contrato real livremente revogável pelo *precario dans*, tem como efeito essencial a transformação da posse (anómala) do precarista em mera detenção cuja *causa* é o próprio contrato. Ao mesmo tempo, fortalece-se a posição do *precario dans* como verdadeiro possuidor, em nome de quem o precarista possui. Trata-se duma ideia já aflorada na época clássica a propósito do duplo conceito de posse[251]. Votamos a transcrever algumas fontes:

> D. 41,2,3,5 (PAULO): "*Pelo contrário, havendo várias pessoas, cada uma delas não pode possuir a mesma coisa por inteiro, porque é contra a natureza que, tendo eu uma coisa, se entenda que tu também a tens. Todavia, Sabino escreve que quem tiver dado em precário possui ele e possui quem a recebeu em precário. O mesmo aprovava Trebácio … O que Labeão censura…*"[252].

> D. 43,26,15,4 (POMPÓNIO): "*Não há dúvida de que adquire a posse quem tiver rogado em precário que lhe seja lícito possuir, mas tem-se duvidado si o concedente também possui. Admite-se que o escravo dado em precário, está em poder dos dois: do precarista, que possui materialmente; e do proprietário que não deixou de possuir com a intenção*"[253].

No primeiro texto, depois de enunciar o princípio clássico segundo o qual a mesma coisa não pode ser possuída ao mesmo tempo por duas pessoas – e, por isso, nesta época a posse do precarista, porque sem o *animus domini*, era anómala[254] --, PAULO fala de posses, louvando-se em SABINO e TREBÁCIO, contra LABEÃO.

---

[249] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit., p. 104; SCHULZ, *o.c.*, p. 500; FUENTESECA, *o.c.*, p. 462; e CUBRIA, *o.c.*, p. 786. Sobre os contratos reais na dogmática contemporânea, vide Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil,* 4ª. ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, pp.395-397.

[250] Vide d'ORS, *o.c.*, § 394. Sobre as *actiones bonae fidei*, vide JUSTO, *Direito privadoromano – I. Parte geral*, cit., pp. 247-249.

[251] Vide *supra*, nº. 2.2.2.1.

[252] Vide *supra*, nota 42.

[253] Vide supra, nota 49.

[254] Vide *supra*, nº. 2.2.2.1.

Porém, cerca de 50 anos antes[255], já POMPÓNIO observava, no segundo texto, que "*se admitem*" duas posses: a do precarista é a posse material, a detenção; a segunda, do *precario dans*, é a posse que se louva na intenção (*animus*). Ou seja, o precarista possui em nome do *precario dans*: aquele é detentor; este, possuidor.

E a evolução não se deteve: nas épocas seguintes (pós-clássica e justinianeia), consolida-se a posição do precarista como detentor da coisa entregue em precário porque possui em nome do *precario dans*, o verdadeiro possuidor.

Por isso, se compreende que se fale agora de *vera possessio* (*animo domini*) e de *possessio corpore*, ou seja, mera detenção[256]. Aquela tem por titular o *precario dans* e conduz à usucapião; esta tem por sujeito o precarista, não leva à usucapião, porque é mera detenção e é qualificada de *iusta possessio* porque tem a sua *iusta causa* no contrato *precarium*[257]. A primeira é tutela por *interdicta* contra terceiros e contra o precarista; a segunda é tutelada apenas contra terceiros. Ponto final desta grande evolução é, no direito romano justinianeu, o seguinte texto das *Institutiones* de Justiniano:

> I. 4,15,5: "*Considera-se que alguém possui não só quando ele próprio está na posse material, mas também quando alguém possui em seu nome, ainda que não esteja sujeito ao seu poder, como o colono e o inquilino, o depositário e o comodatário…*"[258].

Ainda que nos exemplos referidos não figure o *precarium*, não o devemos afastar. A similitude com as outras figuras, especialmente com o comodato, assim nos conforta[259].

Sendo possuidor, o *precario dans* tem, à semelhança do que ocorre no usufruto[260], direito aos filho(a)s da escrava entregue em precário porque, não sendo considerados frutos, não pertencem ao precarista. Do mesmo modo, pertencem ao *precario dans* as aquisições quer feitas com meios patrimoniais que lhe pertençam quer obtidas sem atividade do escravo: *v.g,*. a herança ou legado deixado ao *servus*[261]. O seguinte texto de ULPIANO fala-nos deste princípio:

---

[255] POMPÓNIO terá falecido por volta do ano 172, enquanto PAULO terá morrido cerca do ano 226.

[256] Vide BONETTI, *o.c.,* p. 558; CUBRIA, *o.c.,* p. 805; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 182-186 e 192-194; SILVA, *o.c.,* pp. 256-265; ZAMORANI, *o.c.,* pp. 119-145; ALBERTARIO, *Pietro Ciapessoni, il precarista detentore* em *AG* XVIII, 1929, pp. 240-242; e MARRONE, *o.c.,* p. 208.

[257] Cf. D. 6,2,13,1; -9,4,22,1; -10,3,7,4. Vide CUBRIA, *o.c.,* pp. 784 e 789; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 158; e MARRONE, *o.c.,* p. 208.

[258] I. 4,15,5: "*Possidere autem videtur quisque non solum, si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus: per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit,…*". Cf. também SANTO ISIDORO, *Etym.,* V,25,17.

[259] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 82-89.

[260] Cf. D. 7,1,68pr. Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., p. 193.

[261] Sobre o usufruto, cf. D. 7,1,21; -41,1,10,3; GAIO 2,91; I. 2,9,4; PS. V,7,3.

> D. 41,1,22: "*Ninguém que possua um escravo, por força, clandestinamente ou em precário pode adquirir por meio dele a coisa que estipula ou recebe*"[262].

Ainda relativamente ao *precarium* como contrato (inominado), é muito provável que o *precario dans* seja responsável por despesas feitas pelo precarista para evitar danos irreparáveis na coisa que detém em precário. Com efeito, sustentar que o precarista não pode ser ressarcido só porque as fontes silenciam a responsabilidade do *precario dans,* equivale a desinteressar aquele e, portanto, a contribuir para a degradação ou perecimento da coisa. Por isso, parece-nos mais provável a solução contrária que responsabiliza o *precario dans* e constitui regra jurídida[263].

Finalmente, mantém-se, como dimensão essencial do precário, a faculdade de o *precario dans* o revogar quando entender. De novo, transcrevemos ULPIANO:

> D. 43,26,2,2: "É de equidade natural que o precário possa ser revogado quando se quiser, já que é naturalmente justo que uses da minha liberalidade pelo tempo que eu quiser e possa revogá-la por minha vontade…"[264].

2.3.2.2 Posição do *precario accipiens*

Embora simples detentor, o precarista pode usar e desfrutar da coisa que recebeu em precário, em termos muito amplos. Pertencem-lhe os frutos, como observamos em ULPIANO:

> D. 19,1,13,21: "*Mas devemos entender que, se se entregou a posse, ainda que seja precária (…) se tenha a faculdade para perceber os frutos*"[265].

Quanto à responsabilidade do precarista, vejamos o que refere ULPIANO:

> D. 43,26,8,3: "*…e não sem razão responde somente por dolo quem rogou em precário, porque tudo isto provém de liberalidade de quem concedeu a coisa em precário e é bastante que responda só por dolo; mas com razão dir-se-á também que se compreende a culpa próxima do dolo*"[266].

> D. 43,26,8,3: "*O pretor quis que estivesse obrigado pelo precário tamb*ém

[262] Vide *supra*, nota 154.

[263] Neste sentido, vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 50.

[264] Vide *supra*, nota 70.

[265] D. 19,1,13,21: "*Possessionem autem traditam accipere debemus. Etsi precaria sit possessio (...) an habeat facultate, fructus percipiendi*". De fora estão, como referimos, os filhos de escrava (D. 43,26,10) e as coisas adquiridas por escravo fora da sua atividade normal (D. 41,1,22). Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 35.

[266] Vide *supra*, nota 163.

quem*, por dolo, deixou de possuir…*"[267].

D. 43,26,8,4: "*Em virtude deste interdito (de precário) a coisa deve ser restituída no seu primitivo estado; se não se tiver feito isto, haverá condenação no montante fixado pelo autor desde o tempo em que o interdito foi expedido; logo, também se entregarão os frutos produzidos desde o dia em que o interdito foi expedido*"[268].

No primeiro fragmento, fixa-se o princípio: o precarista responde somente por dolo em virtude da liberalidade em que o *precarium* se traduz. Portanto, a sua responsabilidade é muito aligeirada. A referência também à culpa próxima do dolo, a chamada *culpa lata* ou negligência excessiva[269], pode agravar, mas não significativamente, a responsabilidade do precarista. Mas não deixa de surpreender a limitada responsabilidade do precarista, atento o princípio romano de que a responsabilidade é maior nas relações que têm por escopo o cómodo do devedor[270].

No segundo, mantém-se a responsabilidade do precarista que, por dolo, deixou de possuir. Nada de novo.

E, no último, o precarista deve restituir a coisa no estado em que a recebeu. Se incorreu em mora – não restituiu quando teve conhecimento de que o interdito lhe foi instaurado --, responde (objetivamente) por danos causados ao *precario dans* e é obrigado também a restituir os frutos que entretanto colheu[271].

2.3.3 Tutela

2.3.3.1 Do *precario dans*

Elevado o *precarium* a contrato, o direito justinianeu concedeu ao *precario dans* a ação geral que protege os contratos inominados: a *actio praescriptis verbis*, mas não afastou outros expedientes[272]. Referimos:

1. *Actio praescriptis verbis*: é expressamente referida no seguinte texto atribuído a ULPIANO:

[267] Cf. também o D. 43,26,2pr. que tem as palavras do *edictum* do pretor.

[268] Vide *supra*, nota 157.

[269] Cf. D. 50,16,213,2. Vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 177.

[270] Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 48. Vide também: ZAMORANI, *o.c.,* pp. 210-219.

[271] Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 48.

[272] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit., p. 104; IGLESIAS, *o.c.,* p. 403; SCHULZ, *o.c.,* p. 500; Moreira ALVES, *o.c.,* p. 549; TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 486 e *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969; D'ORS, *o.c.*, § 395; VOLTERRA, *o.c.,* p. 538; VOCI, *o.c.,* p. 465; Antonio GUARINO, *Diritto privato romano*, 6ª. ed., Nápoles, 1981, p. 821; BURDESE, *o.c.,* p. 486; BONETTI, *o.c.,* p. 558; SCIALOJA, *o.c.,* pp. 18 e 46; CUBRIA, *o.c.,* pp. 805-806; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 193 e 212-218; SILVA, *o.c.,* pp. 234 e 269; MICHEL, *o.c.,* pp. 141 e 144; e A. GIFFARD, *Precarium, condictio incerti et actio praescriptis verbis* em *Studi in onore di Salvatore Riccobono II,* Palermo, 1936, pp. 277-280.

D. 43,26,2,2: "*… assim, quando nos foi solicitado um precário, não só podemos intentar este interdito, mas também a ação de palavras prescritas que nasce da boa fé*"[273].

D. 43,26,19,2: "*Quando se rogou alguma coisa em precário, podemos utilizar não somente o interdito, mas também a* condictio *de coisa incerta, isto é, a ação de palavras prescritas*"[274].

A origem e a consagração desta ação são quase pacificamente atribuídas às épocas pós-clássica e justinianeia[275], mas subsistem outras dúvidas *v.g.*, não falta quem veja a sua origem na *condictio incerti,* apoiando-se no último texto que transcrevemos[276]; e quem entenda que se trata da extensão, já na época clássica, duma *actio incerti*[277].

Não menos problemática é a referência que, por vezes, surge à *actio in factum civilis* que denota extrema confusão entre as ações concedidas pelo direito pretório e pelo direito civil[278]. Haja em vista que são ações bem distintas e, portanto, insuscetíveis de confusão: enquanto as *actiones in factum* foram criadas pelo pretor para proteger fatos não disciplinados pelo direito civil e são temporárias – a maioria devia ser intentada no prazo de um ano --, as *actiones civiles* são concedidas pelo *ius civile* e, com algumas exceções, eram perpétuas[279].

Vejamos as fontes:

D. 19,5,1,2 (PAPINIANO): "*Assim mesmo, se alguém entregasse uma coisa para se averiguar o seu preço, não será depósito nem comodato, mas, não se tendo mostrado boa fé, se dá ação civil pelo fato*"[280].

D. 19,5,2 (CELSO): "*porque quando faltem os nomes vulgares e usuais das ações, deve intentar-se a de palavras prescritas*"[281].

D. 19,5,3 (JULIANO): "à *qual é necessário recorrer quando há contratos*

[273] D. 43,26,2,2: "*… Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*".

[274] D. 43,26,19,2: "*Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis*".

[275] Vide TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit,. pp. 481-482 e 486, para quem só MEYLAN considera a origem desta ação clássica; e GIFFARD, *o.c.,* pp. 277-280.

[276] Neste sentido, vide GIFFARD, *o.c.,* p. 280; e GRADENWITZ *apud* CUBRIA, o.c., p. 806.

[277] Neste sentido, vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 18.

[278] Vide VOCI, *o.c.,* p. 462[9]; e SCIALOJA, *o.c.,* p. 18.

[279] Vide JUSTO, *Direito privado romano* I. Parte geral, cit., pp. 253-256 e 331-334; e VOCI, *o.c.,* p. 463.

[280] D. 19,5,1,2: "*Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit; sed non exhibita fide in factum civilis subiicitur actio*".

[281] D. 19,5,2: "*nam, cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est* ".

cujos nomes não foram manifestados no direito civil"[282].

O encadeamento destes textos mostra que a *actio praescriptis verbis*: 1) tutela os contratos não previstos no direito civil (ou seja, os contratos inominados); 2) é referida também como *actio civilis in factum*.

A referência a esta ação (que confunde o *ius praetorium* com o *ius civile*) terá, porventura, uma explicação histórica: estes contratos teriam sido protegidos inicialmente por *actiones in factum.* Mais tarde, quando o direito pretório foi absorvido pelo novo *ius civile*, os jurisconsultos pós-clássicos e justinianeus conservaram a expressão *civilis in factum* que não tem valor dogmático, mas constitui somente simples reminiscência histórica[283].

Finalmente, se considerarmos que a expressão "*et incerti condictione, id est praescriptis verbis*"[284] é uma interpolação, a *actio praescriptis verbis* absorveu a antiga *condictio incerti* que permitia ao *precario dans* recuperar a coisa entregue em precário[285];

2. *Interdictum quod precario*: esta figura, cuja origem remonta à época clássica (e quiçá, aos últimos anos da época arcaica), permite ao *precario dans* recuperar a coisa entregue em precário. Era um instrumento eficaz que evitava que, movendo a ação de reivindicação, o concedente enfrentasse o delicado problema de provar o seu direito de propriedade, a que os juristas medievais chamaram *probatio diabolica*[286].

Vejamos, uma vez mais, as fontes:

D. 43,26,19,2 (JULIANO): "*Quando se rogou alguma coisa em precário, podemos utilizar não somente o interdito, mas também a condição de coisa incerta, isto é, a ação de palavras prescritas*"[287];

D. 43,26,2,2 (ULPIANO): "*… Assim, quando nos foi solicitado um precário, não só podemos exercitar este interdito mas também a ação de palavras prescritas…*"[288];

[282] D. 19,5,3: "*in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*".

[283] Vide JUSTO, *A "fictio iuris" no direito romano ("actio fictícia"). Época clássica* no suplemento XXXII do *BFD*, 1988, pp. 384-385.

[284] Vide D.43,26,19,2 *supra*, nº. 2.3.3.

[285] Vide JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 104; D'ORS, *o.c.,* § 395; e MICHEL, *o.c.,* pp. 141 e 144.

[286] Cf. I. 4,15,4. Vide JUSTO, *Direitos reais*, cit., p. 285.

[287] Vide *supra*, nota 273; CUBRIA, *o.c.,* p. 805; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 212-216; TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969; e BONETTI, *o.c.,* p. 558.

[288] D. 43,26,2,2: "*… Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione…*". Vide CUBRIA, *o.c.,* p. 807; TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969; e BONETTI, *o.c.,* p. 558

> D. 43,26,8,8 (ULPIANO): "*Por este interdito fica obrigado o herdeiro de quem rogou em precário, assim como este mesmo, de maneira que está obrigado quer tenha a coisa quer, por dolo, não a tenha…*"[289].

No primeiro texto, JULIANO reconhece ao *precario dans*, em alternativa, a faculdade de exercitar o *interdictum de precario* ou a *actio praescriptis verbis*. E já sabemos que o proprietário, no caso de ser difícil provar o seu direito de propriedade, recorria a este interdito que lhe permitia recuperar imediatamente a coisa entregue em precário.

No segundo, ULPIANO, que viveu depois de ULPIANO[290], defende a mesma ideia. E, no terceiro, acrescenta que o interdito também pode ser exercitado não só contra o precarista, mas também contra o seu herdeiro.

Trata-se dum *interdictum* restitutório que integra o grupo dos *interdicta recuperandae possessionis* e permitia ao *precario dans* recuperar a coisa entregue em precário se o precarista (ou herdeiro) recusasse ou atrasasse a sua restituição[291];

3. *Exceptio vitiosae* (ou *precariae possessionis*): Esta exceção permite paralisar o *interdictum uti possidetis* intentado pelo precarista contra o *precario dans*. Trata-se, portanto, dum meio de defesa indireto do concedente se o precarista, contra os princípios essenciais do precário, o demandasse com o *interdictum uti possidetis*[292].

Voltemos a transcrever a fonte:

> D. 43,26,17: "*Quem possui em precário um fundo pode usar do interdito* uti possidetis *contra todos, exceto contra aquele a quem o rogou*"[293].

A exceção referida defende o princípio da livre revogabilidade por parte do *precario dans* e, portanto, a sua posição liberta de constrangimentos[294].

2.3.3.2 Do *precario accipiens*

Nas épocas pós-clássica e justinianeia clarificou-se, como já observámos[295], a posição possessória do precarista: embora considerado possuidor em nome do

---

[289] D. 43,26,8,8: "*Hoc interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, ut, sive habet, sive dolo fecit, quominus haberet, vel ad se perveniret, teneatur …*". Vide CUBRIA, *o.c.*, p. 808.

[290] JULIANO terá falecido por volta do ano 168, enquanto ULPIANO terá morrido cerca do ano 228, ou seja, 60 anos depois. Vide CRUZ, *o.c.*, pp. 391-393 e 400-401.

[291] Vide CRUZ, *o.c.*, p. 331. Contra, sustentando que não tem caráter possessório, por nem sempre tutela a verdadeira posse, mas a simples detenção, vide SCIALOJA, *o.c.*, p.p. 51-53.

[292] Vide CUBRIA, *o.c.*, pp. 803 e 810; TALAMANCA, *o.c.*, p. 548; SCIALOJA, *o.c.*, p. 46; TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969; e ZAMORANI, *o.c.*, pp. 34, 37 e 42-43.

[293] Vide *supra*, nota 192.

[294] Vide *supra*, nº. 2.2.2.2.

[295] Vide *supra*, nºs. 2.3.2.1-2.

precario dans, ou seja, mero detentor, não deixa de estar protegido pelo *interdictum uti possidetis.*

Com efeito, o precarista continua a poder exercitar, contra terceiros – não contra o *precario dans* -- o *interdictum uti possidetis* e o *interdictum utrubi.* Ambos tinham caráter proibitório -- proibiam perturbações à posse – e distinguiam-se somente pelo objeto possuído: aquele, imóveis; este, móveis[296].

Relativamente ao *interdictum uti possidetis*, voltamos a transcrever POMPÓNIO:

> D. 43,26,17: "*Quem possui em precário um fundo pode usar do interdito* uti possidetis *contra todos, exceto contra aquele a quem o rogou*"[297].

Também observámos que esta exceção salvaguarda a posição do *precario dans* que a todo o momento pode revogar o *precarium*[298].

Além destes interditos, agrupados na categoria dos *interdicta retinendae possessionis*[299], o precarista era protegido por outros: *v.g.,* pelo *interdictum unde vi* e pelo *interdictum de vi armata*, contra quem o esbulhou, respetivamente, por violência e por força armada[300].

Todavia, a qualificação dogmática do *precario* como contrato (inominado), implica que a sua tutela também fosse confiada à *actio praescriptis verbis* o que suscita o problema de saber se o precarista era, como parte contratual, tutelado por esta ação.

Não recusamos esta hipótese, tanto mais que, por força desta ação de boa fé, o *precarium* é igualmente um *contractus bonae fidei*. Por isso, as partes estão vinculadas a tudo o que a boa fé exige a uma pessoa honrada, leal, fiel e o juiz deve apreciar todas as circunstâncias que se tenham verificado[301]. Ou seja, o *precario dans* deve atuar à luz destes valores, respondendo pela sua violação perante o precarista. Valores que, insiste-se, não podem comprometer a livre revogabilidade, caraterística essencial do precário[302].

2.3.4 Figuras próximas

2.3.4.1 A confusão pós-clássica

A época pós-clássica é caraterizada pela confusão que se instalou na *iuris*

---

[296] Vide *supra*, nº. 2,2,7,2; CRUZ, *o.c.,* p. 330; e MOCHOLI, *o.c.,* pp. 71 e 76.

[297] Vide *supra*, nota 192.

[298] Vide BONETTI, *o.c.,* p. 557; MOCHOLI, *o.c.,* p. 131; BONFANTE, *Corso di diritto romano,* cit., p. 157; TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969; ZAMORANI, *o.c.,* p. 31; e CUBRIA, *o.c.,* pp. 803-804.

[299] Vide CRUZ, *o.c.,* pp. 329-330.

[300] Vide MOCHOLI, *o.c.,* p. 78 e 80. Sobre estes interditos, vide CRUZ, *o.c.,* p. 331.

[301] Vide JUSTO, *Direito privado romano* – I. *Parte geral*, cit., p. 247.

[302] Vide *supra*, nota 2.2.2.2.

scientia e, em consequência, no próprio direito romano. Até ao ano 395, em que o Império Romano se cindiu definitivamente nos Impérios do Ocidente e do Oriente, a confusão generalizou-se: atinge a terminologia, conceitos, instituições e até textos; depois, acentuou-se no Ocidente e reagiu-se contra no Oriente, com o classicismo – tendência para valorar e imitar o clássico, atacando as deturpações -- e a helenização – influência da filosofia e dos direitos gregos[303].

A evolução da figura contratual do *precarium* insere-se neste contexto de crise profunda do saber jurídico.

Dedicaremos as páginas seguintes à análise de alguns contratos: comodato, locação e doação.

2.3.4.2 Comodato

O comodato é um contrato real, de boa fé, em que uma pessoa (comodante) entrega a outra (comodatário) uma coisa móvel ou imóvel para que a use gratuitamente, durante certo tempo e segundo o modo acordado e a restitua. O comodatário torna-se detentor, mantendo-se a posse no comodante[304].

Cotejando-o com o *precarium*, há de comum: a gratuidade, o caráter real dos contratos, a restituição da mesma coisa e a eventual responsabilidade do comodante e do *precario dans* por despesas indispensáveis feitas na coisa pelo comodatário ou pelo precarista.

Diferentes são a normal aposição de um prazo no comodato[305], o uso e fruição mais amplos da coisa entregue em precário – no comodato, a coisa é entregue para uso determinado, enquanto no precário destina-se a ser possuída e usada --, a responsabilidade do comodatário – em regra, responde por culpa *in abstracto*, exceto se o comodato foi realizado no interesse exclusivo do comodante ou para satisfazer um interesse comum, situações em que responde, respetivamente, por dolo[306] ou culpa *in concreto*[307] --- e do precarista -- responde por dolo ou por culpa próxima do dolo[308] -- e a tutela interdital concedida ao precarista e não ao comodatário. A circunstância de haver um prazo, durante qual o comodante não pode pedir a restituição da coisa, afasta as duas figuras[309].

Todavia, estas diferenças importantes não afastaram a confusão que aproximou o *precarium* do *commodatum*. Assinala-se o ponto de partida no

[303] Vide CRUZ, *o.c.*, pp. 48-51; e JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., pp. 61-67.

[304] Cf. D. 13,6,8. Vide JUSTO, *Direito privado romano* – II (*direito das obrigações*), cit., pp. 44-46.

[305] Cf. D. 13,6,5pr.

[306] Cf. D. 13,6,5,10.

[307] Cf. D. 13,6,18pr.

[308] Vide *supra*, nº. 2.3.2.2; e IGLESIAS, *o.c.*, p. 403.

[309] Vide Vide VOLTERRA, *o.c.*, p. 538, máxime 538[224]; FUENTESECA, *o.c.*, p. 293; VOCI, *o.c.*, p. 465; BONETTI, *o.c.*, p. 557; CUBRIA, *o.c.*, pp. 786 e 788; MOCHOLI, *o.c.*, p. 98-101 e 218; TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 969; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., pp. 156 e 158; e ZAMORANI, *o.c.*, pp. 82-89 e 100.

seguinte texto de ULPIANO.

> D. 43,26,1,3: "*Assemelha-se ao comodato, pois quem empresta o uso de uma coisa fá-lo para que quem a recebe não adquira a propriedade, mas para o deixar usar da coisa comodatada*"[310].

A referência a esta semelhança e o escasso uso que o *precarium* veio a ter, contribuíram para o eclipsar, diluindo-se, mais tarde, na figura do comodato[311].

2.3.4.3 Locação

A locação de coisa: é um contrato consensual em que uma pessoa (locador) se obriga para com outra (locatário) a proporcionar-lhe o gozo temporário de uma coisa, durante certo tempo e mediante o pagamento de uma renda (*merces*)[312].

As diferenças do *precarium* são óbvias: enquanto este é um contrato real, gratuito, sem tempo determinado, livremente revogável pelo *precario dans*, a *locatio-conductio rei* é um contrato consensual, oneroso, com duração determinada e, portanto, não livremente revogável; a utilização da coisa é determinada e a responsabilidade das partes depende de *culpa in abstracto*[313]. Não há, portanto, pontos de contacto relevantes que justifiquem a aproximação das duas figuras[314].

Todavia, as duas figuras aproximaram-se: por um lado, a locação desfigurou-se quando as partes acordam a sua duração indeterminada; do outro, prolongam-se muito as relações de precário[315]. A aproximação é evidente nos seguintes textos:

> D. 41,2,10pr. (ULPIANO): "*Se alguém tomou uma coisa em arrendamento e depois a rogou em precário, considerar-se-á que cessou o arrendamento, mas se o precarista a tomou depois em arrendamento, considerar-se-á arrendatário, pois entende-se que procede o último (contrato) que se fez e assim o diz Pompónio*"[316].

Neste fragmento ainda mantém-se a separação do precário da locação: aquele faz cessar este. Já a situação em que o arrendamento sucede ao precário é

---

[310] D. 43,26,1,3: "*Et est simile comodato, nam et qui comodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei ut ire commodata permittat*".

[311] Vide *infra*, nº. 2.3.4.2.

[312] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit., pp. 63-69.

[313] Cf. D. 19,2,19,1; -19,2,45,1.

[314] Vide IGLESIAS, *o.c.*, p. 403; BONETTI, *o.c.*, p. 558; MOCHOLI, *o.c.*, pp. 105-108; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 156; e MERÊA, *o.c.*, p. 232.

[315] Vide MOCHOLI, *o.c.*, pp. 1965-197.

[316] D. 41,2,10pr.: "*Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione; quodsi ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur; potius enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est; et hoc Pomponius ait*".

menos nítica: este apaga-se, parecedendo que só houve uma locação.

> C. 7,39,2: "*Injustamente intenta-se ação contra os donos dos prédios se aos que possuem em precário se concede tanta prerrogativa que não é lícito molestá-los depois de ter decorrido, por qualquer razão, o espaço de quarenta anos, pois a lei de Constantino manda que não se investigue o início da posse a quem possuiu mais para si do que para outro. Mas não convém que seja chamado possuidor quem tem uma coisa de tal modo que, por razão dela mesma, deva pagar a renda acostumada. Assim, ninguém que, como arrendatário, entra na posse, usurpe para si o direito de propriedade retendo por largo tempo bens alheios a fim de que os donos não se vejam obrigados a perder o que derem em arrendamento ou a despedir os arrendatários que acaso lhes sejam úteis, ou a protestar publicamente todos os anos sobre o seu domínio*"[317].

Estamos perante uma *constitutio* de Valentiniano e Valente, do ano 365, que reflete a preocupação destes Imperadores perante a situação vivida na época relativamente à interpretação duma lei do Imperador Constantino que concedeu ao possuidor a faculdade de contestar, por *exceptio*, a *rei vindicatio* do proprietário, no caso de a posse ter, pelo menos, 40 anos, dispensando a boa fé e o justo título (*iusta causa*)[318]. A confusão, que parecia grande, permitia a arrendatários e possuidores em precário a contestação da acção de reivindicação dos proprietários que, assim, tinham dificuldade em recuperar os prédios cedidos em precário ou em locação.

Compreende-se, portanto, a preocupação daqueles Imperadores em clarificar estas situações, determinando a impossibilidade de tais possuidores se oporem com êxito aos proprietários.

No que agora nos interessa, a *constitutio* começa por falar em possuidores em precário, sem distinguir precarista e arrendatário e termina falando apenas deste. A confusão é, portanto, clara, parecendo que o *precarium* se eclipsou perante a *locatio-conductio rei*.

> C. 4,65,33: "*Os locatários de coisas alheias ou os que em precário detenham a posse alheia de uma coisa qualquer ou os seus herdeiros, se a não tiverem restituído aos seus donos que a queiram recuperar, mas tenham esperado*

[317] C. 7,39,2: "*Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerrogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana iubeat, ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederutn. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenente, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res retinendo ius sibi proprietatis ususpet, ne cogantur domini aut amittere, quod locaverunt, aut conductores utiles sibi fortassis excludere, aut annis omnibus super domínio suo publice protestari*".

[318] Cf. C. 7,37-39. Vide JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais*), cit., pp. 88-89.

> *até à sentença definitiva do litígio, sejam compelidos a entregar à parte vencedora não só a coisa arrendada, mas também a sua estimação, à maneira do invasor de posse alheia*"[319].

Também nesta *constitutio* do Imperador Zenão, do ano 484, a conjunção *seu* (ou) aproxima a locação do precário. E, depois, o vocábulo *precarium* é substituído pela expressão *rem locatam* (coisa arrendada), subalternizando-se as diferenças, apagando a figura do precário e realçando a da locação[320].

> D. 19,2,4 (POMPÓNIO): "*A locação ou o rogo de precário feito até que queira quem entregou em arrendamento a coisa ou a tivesse entregado extinguem-se por morte do que deu em arrendamento*"[321].

Finalmente, a aproximação do precário à *locatio-conductio rei* surge completa. Contra o regime clássico desta figura, que não consente a sua regocação *ad nutum* pelo locador, aparece agora, surpreendentemente, esta faculdade. Estamos perante o único texto do Digesto que a refere[322] e também na presença duma interpolação, quiçá obra das escolas orientais tardias que enxertaram no fragmento de POMPÓNIO uma figura do direito pós-clássico oriental[323].

Nas palavras de Jacques MICHEL, "*du précaire, il ne subsiste que le nom: des éléments classiques de l'institution – possession et gratuité --, plus rien reste*"[324].

2.3.4.4 Doação

A doação é um ato de liberalidade que começou por não ser um negócio jurídico típico, mas causa de diversos atos abstratos que pertencem à órbita patrimonial e se qualificam realizados *donationis causa* quando a sua finalidade consiste numa liberalidade. Só mais tarde, quando a *lex Cincia* do ano 204 a.C. proibiu as doações acima de certo valor, a doação começou a afirmar-se como instituto jurídico autónomo[325].

Ressalta imediatamente à vista que a doação atribui um direito e, por isso,

---

[319] C. 4,65,33: "*Conductores alienarum verum, seu alienam cuiuslibet rpossessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam exspectaverint, non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrice parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis oraebere compellantur*".

[320] Vide SILVA, *o.c.,* p. 274; e MICHEL, *o.c.,* pp. 139-142.

[321] D. 19,2,4: "*Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur*".

[322] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 147-154, para quem a cláusula da revogabilidade *ad nutum* pelo locador teria sido nula no direito clássico.

[323] Nesse sentido, vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 155-161.

[324] Vide MICHEL, *o.c.,* p. 140.

[325] Vide JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações*), em *Studia Iuridica* 97, Coimbra, 2009, p. 333.

afasta-se do *precarium*. Por outro lado, enquanto, na época clássica, se admitem alguns casos de revogação[326] – *v.g.,* a ingratidão do donatário para com o doador[327]; a superveniência de filhos do doador, no caso de doação do patrono ao liberto[328]; e o incumprimento dos ónus voluntariamente assumidos pelo donatário --, a duração do precário depende da livre vontade do *precario dans*.

Todavia, apesar destas diferenças fundamentais[329], as duas figuras aproximaram-se[330]. Por um lado, as fontes falam do precário como espécie de liberalidade (*genus liberalitais*)[331]; e, por outro, avançando mais, quase o indentificam com a doação, como observamos nos seguintes textos:

> D. 43,26,14 (PAULO): "*Com razão se introduziu o interdito para os precários, porque por tal título não havia nenhuma ação de direito civil; porque a condição do precário refere-se melhor às doações e ao que é causa de benefício do que a negócio contraído*"[332].

> D. 47,2,14,11 (ULPIANO): "*Pode perguntar-se se terá a ação de furto quem em prec*ário tinha rogado um escravo que foi subtraído. E como não há contra *ele aação civil, porque o precário é semelhante a uma doação e por isso se considerou necessário também o interdito, não terá a ação de furto. Mas depois de ter sido dado o interdito, opino que responde também por culpa e, portanto, pode exercitar também a ação de furto*"[333].

Os dois fragmentos coincidem na explicação da criação do *interdictum de precario*: não havia ação civil. E porquê ? Segundo PAULO, porque o precário se aproxima das doações; e na opinião de ULPIANO, porque o precário é semelhante à doação.

É óbvio que alguma semelhança – liberalidade – não apaga as diferenças essenciais. Um jurisconsulto clássico dificilmente as teria ignorado.

---

[326] Vide JUSTO, *ibidem*, p. 339.

[327] Cf. FV. 248; C. 8,55(56),10.

[328] Cf. C. 8,55(56),8; -8,55(56),10-

[329] Cf. também: D. 43,26,1,2. Vide ainda CUBRIA, *o.c.,* p. 786.

[330] Vide VOCI, *o.c.,* p. 465; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 102-104; e ZAMORANI, *o.c.,* pp. 195-197.

[331] Cf. D. 43,26,1,1; -43,26,2,2; -43,26,8,3.

[332] D. 43,26,14: "*Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esse; magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio*".

[333] D. 47,2,14,11: "*Is qui precario servum rogaverat, surrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem. Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. Plane post interdictum redditum puto eu metiam culpam praestare, et ideo et furti agere posse*".

3. Direito medieval

3.1 Conisderações preliminares: o apagamento do precário

O direito medieval é fortemente tributário do direito romano, na sua versão vulgarizada, "*reflexo do quadro social, económico, cultural e jurídico da Península*", nas palavras de ALMEIDA COSTA[334].

Relativamente ao *precarium* romano, o seu apagamento, já visível nas últimas épocas – pós-clássica e justinianeia[335] --, constituiu o epílogo duma evolução determinada pelo fraco uso e por uma dogmática que há muito tinha perdido a *auctoritas* outrora reconhecida.

Como observou Paulo MERÊA, no século V "*o* precarium *e o respetivo* interdictum já não eram compreendidos"; e, divergindo de SÁNCHEZ-ALBORNOZ, "*duvida de que tenha existido continuidade histórica entre o* precarium *do direito romano e os* stipendia *territoriais da Alta Idade Média*"[336].

Há, no entanto, algumas figuras medievais nas quais se observam algumas divergências doutrinais sobre a influência romana. Referir-nos-emos seguidamente à *precária* e aos *stipendia.*

3.2 A precária

A precária é um contrato através da qual uma igreja, corporação religiosa e, raras vezes, uma pessoa singular concedia, durante determinado tempo, a exploração de uma coisa imóvel a um particular, quer mediante o pagamento de um cânone anual, quer gratuitamente: *v.g.*, não raro as igrejas concediam a exploração de terrenos a sacerdotes e a laicos mediante pedido, como contrapartida de serviços prestados[337]. Por isso, a precária assumiu o sentido de concessão eclesiástica, é referida em vários cânones de concílios e passou a integrar o direito canónico[338]

Esta concessão podia ser renovada no seu vencimento – normalmente a renovação ocorria de três ou de cinco em cinco anos --, mas era sempre revogável por vontade do concedente[339]. Por vezes, a concessão era de uma vida e, noutras ainda, até três gerações[340].

---

[334] Vide Mário Júlio de Almeida COSTA, *História do direito português*, 5ª. ed., com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, 2011, p.111. Vide também Paulo MERÊA, *A tradição romana no nosso direito medieval* no *BFD*, vol. LVIII, tomo II, pp. 41 e ss.

[335] Vide *supra*, nº. 2.3.4.

[336] Vide MERÊA, *ibidem*., pp. 240 e 250.

[337] Vide JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações*), cit., pp. 104-105; SCIALOJA, *o.c.*, p. 13; BONETTI, *o.c.,* p. 558. John GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, trad. de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, Lisboa, 1988, p. 641.

[338] Vide MOCHOLI, *o.c.,* p. 231-232; e ZAMORANI, *o.c.*, p. 98.

[339] Vide VOLTERRA, *o.c.,* p. 537[222].

[340] Vide SCIALOJA, *o.c.,* p. 13.

Relativamente à sua origem, a doutrina medievalista está profundamente dividade entre quem observa a presença de vestígios do velho precário romano e quem os recusa[341]. A primeira orientação é sustentada com base na terminologia -- *precarium* e *precaria* são vocábulos que derivam de *preces,* ou seja, pedido dirigido ao proprietário para conceder o uso e a fruição de certa coisa (neste caso, de prédio rústico) – e em fontes fontes romanas[342] --. A segunda louva-se nas caraterísticas diferentes que separam os dois institutos: o precário é gratuito, não tolera a aposição de um termo e é livremente revogável pelo concedente; pelo contrário, a *precária* é, em regra, onerosa, dura determinado número de anos e não pode ser revogada dentro deste prazo[343].

Ponderados os argumentos em que os medievalistas se louvam em defesa das suas opiniões, não podemos ocultar a nossa simpatia para com a tese de que a *precaria* medieval não deriva do *precarium* romano. No entanto, cremos que a doutrina de ZAMORANI não deixa de ser aliciante no sentido duma conexão entre as duas figuras. Segundo este Autor, o contacto entre a velha (e decadente) civilização romana e a nova cultura jurídica germânica produziu interferências ou misturas: o velho *precarium* romano foi interpretado à luz dos princípios jurídicos dos povos invasores e, deste modo, surgiu a nova figura (a precária) de caráter oneroso e irrevogável dentro do prazo acordado[344].

A ser assim, o velho *precarium* romano, embora profundamente adulterado, não sucumbiu totalmente. No entanto, trata-se duma mera hipótese, como ZAMORANI reconheceu[345]; e, por isso, permanece atual a opinião de Paulo MERÊA de que as doutrinas dos medievalistas não conseguiram dissipar esse denso nevoeiro[346].

Com o renascimento do direito romano, dir-se-ia que o *precarium* romano também renasceu. Mas as suas adulterações tinham deixado marcas, justificando-se a observação de MOCHOLI: "*La recepción del Derecho romano que tanto se marca en las Partidas, y también en el Espéculo (…) no es suficiente para resucitar el precario clásico, que se mantiene envuelto en el complejo y confuso conglomerado que integran, el posesorio, el interdicto de despojo y la tenência de tipo germanico*"[347].

3.3 O *Stipendium*

O *stipendium* era uma concessão que os bispos faziam aos seus clérigos e a leigos. Trata-se duma liberalidade, inicialmente revogável *ad nutum*

[341] Vide BONETTI, *o.c.,* pp. 558; SCIALOJA, *o.c.,* p. 14; MOCHOLI, *o.c.,* pp. 228-247; Silvio PIVANI, *Origine e primi sviluppi del contrati di precaria* em *RSDI* XXV-XXVII, 1953-54, pp. 71-76; ZAMORANI, *o.c.,* pp. 108-117; e MERÊA, *o.c.,* pp. 230-250.

[342] Cf. C. 1,2,14; N. 7,4; -120,2.

[343] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 108-110.

[344] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 111-117.

[345] Vidde ZAMORANI, *o.c.,* p. 117.

[346] Vide MERÊA, *o.c.,* p. 230.

[347] Transcrevemos MOCHOLI, *o.c.,* pp. 247-248.

e, porteriormente, só em certas condições: *v.g.,* se o clérigo beneficiado desobedecesse ao bispo concedente; se mudasse para outra cidade ou fosse elevado ao episcopado; ou se recusasse subscrever a *epistola precaria*[348].

Estamos, no entanto, perante uma situação juridicamente mal definida, muito próxima da precária[349]. E também aqui se questiona a influência do precário romano, mas a hipótese que a defende é, como reconhece Paulo MERÊA, "*muito frágil*"[350].

4. Direitos contemporâneos

Nos tempos modernos, há quem distinga dois períodos na evolução do precário: antes e depois da Revolução francesa. Antes, as condições medievais de exploração da terra continuam e, por isso, o precário não apresenta particularidades dignas de referência. Depois, restabelecida a atmosfera individualista do direito romano, dir-se-ia que o precário encontrou um ambiente propício ao seu ressurgimento[351].

Todavia, discordamos deste ponto de vista: adulterado nas últimas épocas do direito romano e desaparecido na Idade Média, o precário, que nem com o renascimento do direito romano ressurgiu: estava definitivamente sepultado como figura autónoma. A doutrina esqueceu-o e a prática dispensou-o. Compreende-se, por isso, que os Códigos civis contemporâneos não o tenham recuperado, absorvendo-o na figura do comodato que lhe concede escassa importância.

Com efeito, observamos uma reminiscência do *precarium* na norma que determina: "*Se não foi convencionado prazo para restituição nem determinado o uso da coisa, o comodatário é obrigado a restituí-la logo que lhe seja exigida*"[352].

O Código Civil francês não prevê esta hipótese, mas, reportando-se ao art. 1888, a doutrina entende não se trata de ordem púbica e "*un contrat qui ne prévoit aucun terme peut laisser le retrait de la chose à la discrétion du prêteur, sans justification*". Excetua-se, no entanto, o caso de empréstimo feito para uso duma coisa que requer certa duração"[353]. Por isso, COLIN e CAPITAN entendem que, na falta de convenção expressa ou tácita, a restituição deve ser feita a requerimento de quem prestou, "*dizendo-se por vezes que então há precário*"[354].

Também o Código Civil italiano determina: "*Se non è stato convenuto un termine, nè questo resulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è*

[348] Vide MERÊA, *o.c.,* p. 249 e os cânones conciliares em que se apoia.
[349] Vide MERÊA, *o.c.,* p. 250.
[350] Vide MERÊA, *o.c.,* p. 250.
[351] Vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 249-252.
[352] Cf. art. 1137º., nº. 2 do nosso Código Civil.
[353] Vide anotação ao *Codde Civil*, art. 1888. Referimo-nos à edição DALLOZ 1991-92.
[354] Vide ZAMORANI, *o.c.,* p. 254.

tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede"[355].

No mesmo sentido se pronuncia o Código Civil alemão: "Se não estiver estabelecida a duração do comodato, nem se deduza da (sua) finalidade, poderá o comodante exigir da volta a coisa a qualquer tempo"[356].

O Código Civil espanhol consagra a mesma orientação: "*Si no se pacto la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestadam y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad*". E determina ainda que "*en caso de duda, incumbe la prueba al comodatario*"[357].

Como se observa, estamos perante uma orientação que é unanimemente seguida por estes e outros Códigos Civis[358].

Há quem observe que, por vezes, se simula o precário para evitar o arrendamento (ocultando o recebimento da renda) para evitar a legislação que protege os arrendatários[359]. No entanto, esse precário não tem individualidade: está absorvido no comodato.

Persiste, no entanto, a dúvida de, olhando para o direito civil português, saber se não será possível, ao abrigo da liberdade contratual, celebrar-se um *precarium*, ou seja, um contrato inominado.

5. Conclusões

1. Perdida na longa noite do tempo, é provável que a origem do *precarium* remonte às concessões de terras que os patronos faziam gratuitamente aos seus clientes. Não se afasta também a influência exercida por concessões de exploração de prédios rústicos públicos (*ager publicus*) que o Estado romano fazia aos seus cidadãos.

2. O próprio nome *precarium* deriva de *preces*, pedido ou rogo que o precarista dirigia ao proprietário para que lhe permitisse usar e fruir gratuitamente uma coisa. Esse pedido mostra a grande disparidade que, na condição social, separava o patrono do cliente.

3. O precário é um benefício, ato de liberalidade e carateriza-se pela gratuidade e pela livre revogabilidade do concedente.

4. O objeto do precário, que inicialmente se terá limitado a coisas imóveis, alargou-se a coisas móveis e mesmo a direitos (servidões prediais, habitação, usufruto, sepulturas, etc.) e podia ser mesmo propriedade do precarista (*v.g,* na *fiducia cum creditore*).

5. O concedente deve ter capacidade jurídica para dispor da coisa objeto

[355] Cf. art. 1810.

[356] Cf. § 604 (3).

[357] Cf. art. 1.750.

[358] Sobre os Códigos Civis austríaco, suíço, mexicano, argentino, chileno e colombiano, vide ZAMORANI, *o.c.,* pp. 257-258.

[359] Vide D'ORS, *o.c.*, § 143.

do precário: pode ser proprietário, possuidor e detentor, como o arrendatário (inquilino ou colono). E o precarista pode ser pessoa *sui* ou *alieni iuris*. Neste caso, o precário passava para a pessoa de quem dependia desde que ratificasse ou tivesse dado mandato.

6. Inicialmente, as relações entre precarista e concedente tinham um âmbito puramente interno e só este gozava da tutela atribuída ao seu poder doméstico.

7. Na época clássica, o precarista passou a ser considerado possuidor da coisa recebida em precário. Esta ideia resulta do facto de a posse ser protegida pelo pretor através de interditos possessórios.

8. Todavia, esta posse, porque privada do *animus domini*, impossibilitava a aquisição da propriedade (ou de outro direito real) por usucapião. Na doutrina de SAVIGNY é uma posse anómala.

9. Provavelmente já na fase final da época clássica, aflorou a ideia de contrato inominado e o precarista tornou-se detentor por efeito do contrato de *precarium*. Surge a doutrina das duas posses: a posse do concedente (posse verdadeira que pode conduzir à aquisição por usucapião); e a detenção, ou seja, a posse que o precarista exerce em nome do concedente.

10. O precarista tem o uso e fruição ampla da coisa e, portanto, tem direito aos frutos. Excetuam-se os filhos de escrava porque não se consideram frutos, assim como as aquisições do escravo que não resultem da sua atividade normal.

11. O precarista só responde por dolo e é obrigado a restituir a coisa no estado em que a recebeu, quando o concedente entender (revogabilidade *ad nutum*). Se atrasar, responde por mora e, portanto, por culpa e mesmo por custódia.

12. Além das ações que tutelam a propriedade, o concedente goza do *interdictum de precario* a que se junta, nas épocas pós-clássica e justinianeia a *actio praescriptis verbis* que tutela os contratos inominados.

13. O precarista goza do *interdictum uti possidetis* contra terceiros, não contra o concedente, que lhe pode opor a *exceptio vitiosae possessionis.*

14. Extingue-se com a destruição da coisa e por morte das partes. A jurisprudência romana apresenta opiniões contraditórias relativamente à sucessão (*mortis causa)* do precarista e do concedente. É provável que, na época clássica, o precário se mantivesse com a morte do concedente e se extinguisse com o falecimento do precarista.

15. Na época pós-clássica e no direito justinianeu clarificou-se a posição do precarista como detentor, mas o precário manteve as suas caraterísticas clássicas: gratuidade e revogabilidade *ad nutum* pelo concedente.

16. No entanto, por efeito da confusão que carateriza a época pós-clássica, o *precarium* aproximou-se do comodato, da locação e da doação, confusão que se alastrou ao direito medieval.

17. Esta confusão deve-se, em grande parte, ao desinteresse doutrinal que o *precarium* passou a suscitar em consequência do escasso uso que a prática lhe deu, preferindo o comodato.

18. Na Idade Média, surgem a precária e o *stipendium*, divergindo os

medievalistas sobre alguns vestígios do desaparecido *precarium* clássico romano.

19. Finalmente, nos direitos contemporâneos, o precário encontra-se absorvido pelo comodato, sendo apenas visível um ou outro vestígio.

Abreviaturas

AG	Archivio Giuridico "Filippo Serafini" (Modena)
BDF	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano (Roma)
C.	*Codex. Corpus Iuris Civilis*
D.	Digesto. *Corpus Iuris Civilis*
Gaio	Gaio. *Institutiones*
I.	*Institutiones. Corpus Iuris Civils*
IJ	Información Jurídica (Madrid)
Iura	Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Nápoles)
Labeo	Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Nápoles)
NNDI	Novissimo Digesto Italiano (Turim)
RSDI	Rivista di Storia del Diritto Italiano (Verona)
SDHI	*Studia et Documenta Historiae et Iuris* (Roma)