

Do Contrato Estimatório

(Notas para um estudo)

S. Soares de Faria

1 — JOAHNNIS VOET, no seu comentário *Ad Pandectas*, assim define o contrato estimatório: “Contractus aestimatorius est innominatus, bonae fidei, quo, res alteri aestimata vendita traditur, ea lege, ut vel pretium, vel ipsa res incorrupta restitatur” (1).

Na definição apresentada, além de definir o contrato, o notável pandectista faz a sua qualificação, filiando-o à espécie a que pertence.

DERNBURG e outros pandectistas limitam-se à pura caracterização: é um negócio pelo qual é entregue uma coisa a um revendedor para que a venda, com o pacto de restituir ou a própria coisa ou o preço de estima convencional. Die ist ein Geschäft, bei welchem dem Trödler eine Sache zum Verhandeln unter der Vereinbarung übergeben wird, dass er entweder die Sache oder einem bestimmten Schätzungspreis zurückgebe”. Ou ainda “Beim Trödelvertrag übergibt man eine Sache dem Trödler zum verkaufe unter einer Taxe mit der Vereinbarung, dass er di Sache oder die Taxsumme zürückerstatte” (3).

LEONARD diz que, no contrato estimatório, se consigna uma coisa estimada, com a autorização de vendê-la, por

(1) Lib. XIX, III, vol. III, 190.

(2) Römisches Recht, vol. II, § 263, pg. 550.

(3) Id. id. § 377, pg. 803.

meio da qual o que a recebe consegue o direito de adquiri-la para si pelo preço estimado — *Verkaufermächtigung, bei welcher der Empfänger Selbstkaufrecht zum Schätzenspreize erhält.*

Para MAYNS, esse contrato se forma “quand je remets à un autre une chose qu’il la vende et m’en procure un prix déterminé, ou bien qu’il me restitue au cas qu’il ne la vende pas (5).

Confrontando-se as diversas noções que nos ministram autorizados romanistas, desume-se o esforço empregado para traduzir em forma eclética a marcante concisão latina (6).

PEROZZI inclue na definição a questão da propriedade da cousa entregue, salientando que o tradente não se despojou do domínio. “Se alcuno ad altri una cosa stimata perchè la venda a che prezzo vuole, a patto da renda il prezzo di stima o, se non l’ha venduta, renda la cosa, delle quale il tradente ha conservato il dominio (7).

RONGA também o define: è quel contratto per cui taluno dà ad un altro una cosa affinché la venda ad un prezzo determinato, coll’obbligo di restituere la cosa stessa al tradente o di pagargli quel prezzo (8).

THALLER, em estudo a propósito da convenção *d’aestimatum*, depois de considera-la como sendo um contrato que o Eidto escolheu como tipo, assim descreve o mecanismo da operação correspondente: “En quoi consiste l’opération? *Res aestimata vendenda datur.* Celui qui la reçoit compte la vendre. Mais il se peut qu’aucun acquéreur ne se présente, qu’il n’arrive pas à s’en défaire. *Ipsam rem debit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit.* Le contrat laisse donc au preneur de la marchandi-

(4) Enciclopedia de PAOLY e WISSWOA, verb *aestimatorius contractus*. MACKELDEY — C. D. Romano, Lend. e Ricci, § 198; BONFANTE, *Istituzioni*, § 167; SERAFINI, *Istituzioni*, GIRARD, *Manuel de Droit Romaine*, pg. 593.

(5) Cours, II, § 244, p. 343.

(6) BONFANTI.

(7) *Istituzioni*, II, § 178.

(8) *Istituzioni*, II, § 176.

se, dans un délai tantôt préfixé et tantôt laissé à bonne foi des parties, l'alternative entre la restitution de l'objet ou le payment d'une somme convenue que nous appellerons, pour tout simplifier, un prix" (9).

2 — E' de tradição afirmar-se que os Romanos não tinham predileção pelo comércio, que o destestavam, julgando indignos os que ao tráfico mercantil consagravam a sua atividade. E' conhecida a sentença de CÍCERO: "nihil ingenuum potest habere officina, nolo eumdum populum imperatorem esse terrae ac portilorem", como também a apóstrofe de Vergílio, no livro VI da Eneida:

Excudent alii spirantia molli. aera, etc.
Tu regere imperio populus, Romane, memento,
Hae tibi erunt Artes

Mas, si julgaram o comércio uma profissão inferior, não desdenharam os lucros que êle proporciona; não o faziam por si, mas entregavam-se às especulações por intermédio de seus escravos e de seus libertos. Desse costume é que surgiram as ações *institória* e *exercitória*, tão conhecidas, bem como o instituto da representação, e os demais institutos que nos herdaram.

Entre êles, encontramos o contrato estimatório, que surgiu em Roma, na afirmação de COSTA "non appena assusero in Roma largo sviluppo i commerci e vi si avanzó il costum dei grandi commercianti di affidare ad altre a vendere al minuto parte delle mercanzie raccolta nei loro magazzino.

Uns situam o aparecimento do contrato já no 6.º século de Roma, com fundamento no testemunho de PLAUTO.

Lucrum ingens factó, praeterquam mihi meus pater
Debit *aestimatas merces*: ita peculium
Conficio grande (10).

(9) MÉLANGES Ch. Appleton, pg. 645.

(10) MERCATOR, 1, 1, 94-96.

Mas, provavelmente, só se delineou no ocaso da República ou nos albores do Império. E' o que sustentam DE MEDIO e COSTA, secundados por BERTOLINI.

3 — Os elementos para a definição do contrato fornecem-nos ULPIANO no fr. 1, § 1, Dig. 19.3, que trasladamos:

“Aestimatio autem periculum facil enim, qui susceperit; aut igitur *ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit*, bem como nesta passagem do fr. 13, Dig. 19.5: “*Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem ut quo pluris vendidisses, tibi haberes.*”

Com eles podemos apresentar uma definição que BONFANTE julga ser a que mais se aproxima desses fragmentos, numa fórmula breve e concisa: “*il tradens deposita presso l'accipiens una cosa stimata per la vendita, col patto che costui renda o la stima o la cosa*”.

Verdade é que algumas definições, com fundamento no fr. 17, § 1, Dig. 19.5, se referem também ao preço — *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut prestium eorum* — como PAULO já nas suas sentenças referida — *si rem aestimata tibi debero ut, ea distracta, pretium ad me differes* — *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si plures quod excedit, tu haberes* (11).

Para COVIELLO, nestes últimos casos, não ha, na realidade, um contrato estimatório, que este se caracteriza pela obrigação em que fica o *accipiens* de restituir a cousa ou a estimação “*redderes rem aut aestimationem*”, ma piuttosto *un mandatum* de vendendo *accompagnato* da deposito della *cosa stimata*.

O que caracteriza o contrato é a estima, sendo a *aestimatio*, no dizer de BOLAFFIO, a contraprestação da cousa não restituída. A referêncía ao preço, desde que este não coincida com a estima, préviamente convencionada, desvirtua o contrato, rompendo a sua eunitimia.

(11) fr. 17, § 1, Dig. 19.5.

Porque da sua essência é a alternativa que se contém nos primeiros textos de ULPIANO. E' ela quem lhe traça a fisionomia e marca a individualidade.

4 — Do que acabamos de expor, examinando-se os elementos compendiados nas definições apresentadas, verifica-se que delas emergem as notas essenciais do contrato, assim relacionadas por BERTOLINI:

1 — Entrega da coisa para ser vendida — (rem vendendum) (12).

2 — Avaliação da coisa entregue (certo pretio) (13).

3 — Obrigação alternativa para o *accipiens* de pagar o preço predeterminado ou restituir a coisa (ut aut eadem mihi adferres aut pretium) (14).

4 — Direito do *accipiens* de reter a diferença entre a *aestimatio* e o preço da venda. (ut, quo plures vendidisses tibi haberes) (15).

Para BRINS quatro são, também, as notas essenciais deste contrato,

- 1) die Hingabe zum Verkaufe
- 2) die Feststellung eines Auschlages (aestimatio)
- 3) die Alternativität der Verpflichtung zwischen der Zahlung der Auschlages und der Rückgabe der Ware
- 4) das Recht der Empfängers auf den Meheerlös (16).

(12) L. 13. pr. D. de praescr. verbis, 19.5.

(13) Idem.

(14) L. 17, § 1, D. h. t.

(15) L. 13, p. D. de praescr. verbis, 19.5.

(16) Frans Lipp — Beitrag zur Lehre vom Trödel contrat, p. 10.

5 — Autores existem que não julgam essencial a primeira nota característica, reduzindo-a à entrega pura e simples. Mas tal redução vai de encontro às expressões que as fontes consignam. Nelas se encontram a palavra *res* qualificada, e o fim da entrega esclarecido — *vendenda, ut distracta*. A entrega tem um fim desejado pelos contraentes, que não miram simples guarda ou depósito: a venda e, na sua falta, a restituição.

Não se concebe o contrato sem a estima prévia do valor da coisa entregue, porque esta lhe é base e fundamento, no dizer de BERTOLINI. Basta verificar os textos fundamentais

rem aestimatum — PAULO, 2.4.4

res aestimata vendenda datur — L. I. D. de aestimatoria, 19.3

aut aestimationem de qua convenit — L. I. D. de est., 19.3

si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, sed sibi certum pretium excepit — L. 17, § 17, § 1, D. de praescr. verbis, 19.5

Si o preço não é marcado, não ha prévia estima, não ha o contrato especializado, o que acontece mesmo quando se dispuzesse que a coisa entregue deveria ser vendida pelo maior preço que alcançasse. “Il tradens, sustenta BERTOLINI, vuole realizzare un certo valore della cosa sua e perciò la dà da vendere ad un altro, il quale la riceve con tale intendimento e conforme volontà. Non vale certo opporre, come si è fatto, che un *aestimatio*, si presenta o può presentarsi in altri contratti; mentre poi è errato dire, come pure fu fatto, che il contratto stimatorio sussisterebbe anche quando si patutisse che l'accipiente dovesse vendere la cosa al maggior prezzo possibile” (17).

Houve ainda quem duvidasse do terceiro requisito, sustentando que deixaria de haver a alternativa, si o *accipiens*

(17) op. cit. § 15.

pagasse o preço no ato de recebê-la. Mas nesse caso, não haveria tão pouco o contrato estimatorio. Porque o accipiente, pagando o preço, adquire desde logo a propriedade da cousa, não passando a transação de uma venda pura e simples.

DE MÉDIO julga ainda que o último requisito não é essencial e BERTOLINI não põe dúvida em acompanhá-lo, não porque não reconheça no accipiente o direito de reter a diferença, si houver, porque esse direito é certamente seguro e incontestavel, mas porque se trata de uma consequência dos limites dentro dos quais se circunscreve a obrigação do accipiente de pagar a *aestimatio* ou restituir o objéto. “Ma, badiamo bene, observa o romanista, non alla cosa in sè, che il diritto dell'*accipiens* all'eventuale accedenza sulla *aestimatio* è certamente sicuro ed incontestabile: bensì alla cosa come elemento essenziale o requisito del negozio; mentre non trattarsi che di una conseguenza dei limiti dentro cui è circoscritta l'obbligazione sudetta dell'accipiente (prestare l'*aestimatio* o rendere l'oggetto).

6 — O contrato estimatório apresenta grande afinidade com vários contratos nominados. Por fôrça da estima, muito se assemelha à venda; em razão do serviço prestado, pôde ser considerado como locação, ou como mandato. E ainda era possível divisar-se nele uma espécie de sociedade (18). Será um contrato autônomo?

Daí o ter surgido, entre os antigos jurisconsultos, grande disputa em relação à ação a ser concedida para a sua execução.

DE MÉDIO assinala a controvérsia como um ponto de especial importância, mas termina por considerá-lo, consoante a opinião generalizada um contrato autônomo. O contrato é, na realidade, diferente dos outros em muitos passos (19).

Não é venda, porque aquele que recebe uma cousa estimada para vender, não é obrigado a pagar um preço e

(18) VINNIO, op. cit.

(19) VINNIO, op. cit.

póde, si quizer, restituir a cousa, si não a vender (20). Na venda pura e simples, não é possível pensar seriamente. Basta pensar na possibilidade da restituição da cousa. No contrato estimatório, a alternativa: a cousa ou a estima. Na venda o pagamento do preço.

Quando recebe a cousa para vender, não tem em mente o *accipiens* adquiri-la, pondo a mira tão sómente em obter um lucro, vendendo-a por um preço maior que o estimado. E' verdade que lhe é facultado ficar com a cousa, pagando a *aestimatio*. Mas não é o caso comum. Além do que, observa DE MÉDIO, trata-se de uma intenção posterior à conclusão do contrato ou subsidiária si dela contemporânea.

THALLER sustenta que se trata de uma venda, mas de uma venda e compra condicionada, embora julgue a questão embaraçante "par ce que, d'une part, la livraison immédiate de la marchandise au preneur suggère la pensée d'une vente exigible et seulement résoluble, tandis que le renvoi du paiement à la date où ce preneur prendra parti fait croire plutôt à une vente jusque là suspendu (21). THALLER não se associa aos escrúpulos de ULPIANO, julgando que a aproximação da operação com a venda é tão discutível como com a locação ou com o mandato. O comerciantista francês julga que se teria dado ao *aestimatum* maior relêvo *en lui communiquant très franchement* le caractère de la vente. (22).

Mas essa doutrina, no dizer de BERTOLINI, manifesta-se debil e imperfeita pela incerteza e discórdia entre os autores no determinarem o caráter e o conteúdo da condição (23).

(20) JOUSSERANDOT — L'ÉDIT Perpetuel.

(21) Op. cit., 652.

(22) Idem, pg. 651.

(23) "Quest'analisi della diversa intenzione o volontà contrattuale nei due negozi, la compravendita ed il nostro, è sufficiente ad escludere puranco che il contratto stimatorio sia una vendita condizionata; doutrina la quale, sebbene vanti qualche seguace autorevole, si manifesta debole e imperfetta già per l'incerteza e discordia degli scrittori nel determinare il carattere ed il contenuto della condizione" (II Cont. est., § 15).

Para DE MÉDIO, guia seguro para distinguir os dois contratos, é a intenção dos contraentes: “L’intenzione dei contraenti ci deve essere di guida sicura nella disanima, ed è sempre il loro volere, desunto dalle circostanze di fatto che accompagnano la conclusione del negozio giuridico, che distingue parimenti il contratto stimatorio da venda sottoposta a condição suspensiva o resolutive (24).

7 — Não se trata de locação. Na locação, são elementos essenciais, de um lado, *operae* ou *opus*; doutro lado um certo salário — *merces constituta*. Mas no contrato estimatorio, pôde faltar o primeiro elemento, de vez que o *accipiens* não é obrigado a vender e a entregar a *aestimatio*.

O segundo elemento também pôde faltar. E’ certo que, é possível convencionar uma compensação, sem que se desnature o contrato. Além da diferença entre a *aestimatio* e o preço da venda, é possível acrescentar-se ou estatuir uma compensação fixa: Daneben kam ihm eine feste Vergütung billigt sein (25).

Da mesma opinião é VINNIO.

JOUSSERANDOT sustenta que a palavra *utilis* não significa que esta ação é dada *utiliter*, embora um dos contratantes receba um salário, mas que se pôde recorrer a ela em lugar de empregar a ação de locação, a despeito do salário convencionado, “parce que cette convention diffère du luage, en ce que celui qui est chargé de vendre la chose a la faculté de la rendre ou sa valeur estimée” (26).

A fixação do salário é estranha à essência do contrato. Nem se diga que a diferença entre a *aestimatio* e o preço equivale ao salário na *locatio*, porque aquela é aleatória e incerta, ao passo que a retribuição, na *locatio* é essencial e certa (27).

(24) Op. cit., pg. 35.

(25) DERNBURG, Römische Recht, com fundamento no fr. 2. D. 19.3 Haec actio utilis est et si merces intervenit.

(26) Op. cit. pg.....

(27) BERTOLINI, op. cit., 408.

BARASSI sustenta que se não trata de um contrato de trabalho: “Un altro caso in cui la prestazione di lavoro è successiva alla stipulazione del contratto, mà obbligatoria, è quello che riguarda il debitore nel contratto stimatorio che presuppongo contenga anche la promessa di una mercede. In fatti chi promette di restituir o la cosa o il suo valore in una somma determinata, si la vende, non si assume affatto di venderla: l’attività della vendita qui è solo in condizione. Non vi è dunque contratto di lavoro” (28).

8 — Não é sociedade. A sociedade pressupõe outros elementos que se não encontram no contrato estimatório, falta neste o *animus contrahendae societatis* e é esse elemento subjetivo que concorre para distinguir os dois contratos.

JOUSSERANDOT sustenta que não é sociedade porque o lucro é para aquele que se encarrega de vender o objeto, e, portanto, somente para uma das partes (29).

São de ULPIANO estas palavras — “et societas non videtur contracta in eo, que te non admisit socium distractio- nis, sed sibi certum pretium exceptit” (30).

Verdade é que, no L. 44 D. *pro socio*, 17, 2, ULPIANO faz alusão à sociedade, parecendo haver contradição entre os dois textos. Tal não ha, porém, porque, nesta passagem justamente se encontra o critério para diferenciar os dois contratos, o elemento subjetivo do *animus contrahendae societatis*.

A ação será *pro socio*, si tiver havido a intenção de formar sociedade, caso contrario será a *praescriptis verbis* que é a peculiar ao contrato estimatório.

COVIELLO assinalou, de modo claro e perfeito, a distinção: “Il fatto, base materiale del rapporto giuridico è il medesimo: *ti do una cosa da vendere per vendere per un prezzo determinato*. La conseguenza ultima a cui si vuol giungere è sempre la stessa: io voglio il prezzo di stima, tu

(28) Contratto di Lavoro. I, 406.

(29) Op. cit., pg. . . .

(30) L. 13, fr. D. de praescr. verbis, 19.5.

potrai approfittarvi del di più ritratto della vendita. Però in un caso ho intenzione di stringere teo così una società, nell'altro no. Qual è l'effetto di questa diversa intenzione? 1.º) Se voglio stringere una società e tu t'accordi in questo con me, bisogna che tu ed io vogliamo anche tutte le conseguenze che naturalmente derivano da tale specifica comune volontà. Ora, se in forza dell'intenzione di far società insieme, io son costretto a mettere in comune la *res vendenda* tu devi metterci di tuo la tua abilità, la tua industria: altrimenti non vi avrebbe società. Tu dunque sei obbligato a far di tutti per vendere. 2.º) Ma quando non habvi quell'intenzione, *l'accipiens* non ha altro obbligo che o di restituire la cosa o pagare il prezzo di stima, a sua scelta, egli non è obbligato ad impiegare la sua attività; dunque non è obbligato a metter nulla in comune; dunque non v'è società. Abbiamo trovato così la differenza caratteristica tra società e contratto stimatorio, e in base appunto all'intenzione dei contraenti. La differenza è che, nel contratto stimatorio l'obbligato ha la facoltà di concludere il contratto di compra-vendita o di astenersi restituendo la cosa; il che non può seguire si è voluto fare una società, poichè devendo esserci sempre la messa sociale, sia pure in attività personale, questa manca, acordandosi quella facoltà. Dunque il contratto stimatorio si distingue essenzialmente della società" (31).

Tambem BOLAFIO não admite no contrato estimatório uma relação de sociedade: "Neanche, fra il *tradens* e *l'accipiens*, si stringe un rapporto sociale. Riprenda la cosa oppure riscuota la stima fissata preventivamente, il *tradens*, come regola, non partecipa al profitto della rivendita (*quod pluris vendidisses tibi haberes*). Nè a sua volta *l'accipiens* è socio di opera o di industria: perchè, come fù rilevato, non è obbligato, mancando un patto contrario, a spiegare una attività procacciante. Mal grado ciò, il soprapegno è esclusivamente suo pel contratto originario: e la inesistenza

(31) Op. cit., pg. 415-416.

di un vincolo sociale è poi esclusa dalla facoltà, non restringibile, dell'*accipiens*, di restituire, in ogni momento, *ad libitum* la cosa ricevuta" (32).

9 — Não se confunde outrossim, com o mandato. O mandato no Direito Romano caracteriza-se pela gratuidade. E' na definição de DERNBURG, a assunção de um encargo, sem recompensa (33). "Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conditionem potius respicit" (34). "Nec lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet" (35).

No contrato estimatório, como já vimos, é possível pactuar-se uma retribuição, o que é incompatível com o mandato.

Tambem mais rigorosa é a posição do *accipiens*, e mais leve a do mandatario. Na realidade, observa DE MÉDIO, "mentri questi si libera da ogni obbligo col gerire conscienziosamente l'affare oggetto del mandato, quegli invece deve sempre rispondere dell'*aestimatio*, a meno che non voglia restituere la cosa, anche quando abbia agito con buona volontà e rettitudine per riuscire nell'escopo. Nè carrebbe obbiettare che il maggior rigore sfuma se egli può restituire la cosa, giacchè è da considerare che la facoltà della restituzione rappresenta appunto l'elemento moderatore introdotto per attenuare la grave responsabilità, la quale esiste di per sé".

E' ainda dever do mandatário entregar ao mandante todos os proventos obtidos em consequência do mandato. "Ex mandato apud eum, qui mandatum susceperit, nihil remanere oportet, sicuti nem damnus pati debet si exigere faeneratam pecuniam non potuit" (36).

(32) BOLAFIO, Il contratto stimatorio, quale atto oggettivamente commerciale, n.º 5.

(33) op. cit., § 372.

(34) fr. 1, § 4 D. 19.1 PAULUS, libro 32 ad edictum.

(35) fr. 36, § 1, D. eod JAVOLENUS, libro 7 ex CASSIO.

(36) fr. 20, D. 17,1 — DERNBURG, § 373.

O *accipiens*, no entanto, lucra o que alcançar além da importância prefixada: o que exceder lhe pertence. Não lhe cabe restituir o que receber a mais, na venda que fizer, e a tanto seria obrigado si fosse um mandatário.

MAYNS sustenta que o contrato se assemelha à operação que hodiernamente se denomina comissão, opinião que é, também a de COELHO DA ROCHA, quando sustenta que a condição aposta à entrega importa *numa especie* de comissão (37).

BOLAFIO refuta semelhante opinião porque o *accipiens* não vende somente no próprio nome, mas também por conta própria, a coisa recebida, e a diferença entre a estima e o preço obtido pertence-lhe inteiramente: “L’*Accipiens* non vende soltanto in nome proprio, mà per conto proprio la cosa ricevuta: la differenza in più tra l’*aestimatio* e il prezzo di rivendita è a sua vantaggio esclusivo” (38).

CLOVIS BEVILAQUA, estudando o contrato, vê nele alguma coisa de semelhante à consignação (39). A semelhança é possível. Mas o contrato estimatório não se confunde com a comissão porque o *accipiens* não é obrigado a prestar contas do preço obtido, mas tão somente pagar a *aestimatio*.

10 — Essas divergências no apreciar a natureza jurídica do negócio em apreço, não podendo identificá-lo com os contratos nominados, pelos desvios que os incompatibilizam, deram em resultado a publicação de um edito em que o pretor dava, para tal negócio, uma ação especial — “Si res aestimata vendenda data fuerit, nec ipsa res incorrupta reddita sit, *de aestimato* actionem dabo”.

Estavam negócios que tais munidos de ação, e, portanto, erigidos em contrato independente, subsistindo por si só,

(37) MAYNS, II, 244, Il ressemble à l’opération que nous designons aujourd’hui par le nom de *commission*. — COELHO DA ROCHA, D. Civil, II, § 695. Esta cláusula importa *numa especie de comissão*.

(38) *op. cit.*, n.º 6.

(39) Dto. das Obrigações, § 120.

apresentando analogias com os contratos nominados, mas separando-se deles por características inconfundíveis.

Que o fim da instituição consignada no Edito foi o de cortar a dúvida que se suscitava di-lo ULPIANO: “Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis debitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex venditio sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videas, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati” (40).

Assim, diz PETIT, depois de terem procurado assimilar esta convenção a uma venda, a uma locação, a um mandato, acabaram os romanos por ver nela um contrato inominado, sancionado pela ação *praescriptis verbis* que tomou, nesse caso, a denominação particular de *ação estimatória* (41).

11 — “On hésitait pour savoir si cette convention constituait une vente, un louage, ou un mandat. On s’est tiré d’affaires en donnant l’action *civilis in factum* qui apparait dans la fonction primitive pour laquelle elle fut inventée, en même temps qu’ellesactionne comme premier contract inommé une convention que, la propriété n’étant pas transféré, ne rentre ni dans la combinaison *do ut facias*”.

Um tal contrato não é venda, não é locação nem mandato, diz DERNBURG. Por isso o pretor condescendeu em estabelecer para ele uma ação particular *ex fide bonae*, a *aestimatoria praescriptis verbis*, por meio da qual se podia reclamar do revendedor a coisa ou o preço. “Ein derartiger Vertrag ist weder Kauf, noch Miete, noch Mandat. Daher verstand sich der Prätor dazu für denselben eine ergene Klage “*ex fide bona*” aufzustellen, die *aestimatoria praescriptis verbis*, mittels deren der Geber di Sache oder den Preis won Trödler einfordern Konnte” (42).

(40) L. 1, D. de aest., 19,3.

(41) *Traité Élémentaire*, n.º 408, pg. 416.

(42) Vol. II, § 7, pg. . .

Foi KARLOWA quem primeiro observou que a *actio aestimatoria* foi o ponto de partida para os contratos inominados, “und dass eine allgemeine für alle bezüglichlichen Fälle bestimmte *actio praescriptis verbis* nicht im prätorischen Edikte proponiert war” (43).

LENEL, segundo DERNBURG, deu amplo desenvolvimento a este conceito.

12 — Caracterizada a natureza jurídica do contrato, em face dos textos romanos, e assinalada a ação que lhe foi atribuída, não se esgota a série de dificuldades. E surgem, a propósito, problemas os mais interessantes. Na verdade, a passagem do Digesto, que se reporta ao contrato em exame é fonte de perenes controvérsias. Desde o tempo dos glosadores que tal acontece assinala FRANS LIPP, na obra já referida.

1 — E' um contrato real ou consensual?

2 — Na dúvida presumir-se-à um contrato estimatório?

3 — Quem é o proprietário?

4 — Responde o accipiens pelo *casus*?

5 — Que se deve pensar da chamada *aestimatoria praescripti verbis*.

Resolvidas as 4 primeiras questões, com o auxílio de contribuição que, para sua solução, trouxeram SEUFFER, EDWRD, CHAMBON, BRINZ, BEKKER e outros, continua o precitado monografista, so erscheint dagegen die Frage: Wer trägt beim sogenannten Trödelcontract die Gefahr? und die eng damit verbundene Controverse darübert;

Wie die sogenannte *aestimatoria praescriptis verbis actio* zu denken sei (44).

E, a respeito desta última, LIPP contraria a opinião geralmente aceita, de que se trata de um contrato inominado, e repele a atribuição de uma *actio praescriptis verbis*, fundado, principalmente, na dissertação de Störcke,

(43) DERNBERG — op. cit., nota 15 em § 263.

(44) F. LIPP, op. cit., pg. 11.

(*dissertatio de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato* HALAE 1756), no exame dos textos, e em confronto do texto latino com o correspondente nas Basilicas, por não encontrar neles referência alguma àquelas palavras: *praescriptis verbis*: “gegen ihre Gültigkeit wenden sich feindlich alle Gründe, welche direkt oder indirekt für die “aestimatoria” überhaupt sprechen” (45).

E, depois do confronto referido, conclúe: Hier ist sowol im griechischen als auch im lateinischen Texte weit und breit nichts von einer *actio praescriptis verbis* zu sehen: die Klage, welche hier gegeben, ist die aus dem Trödelcontrat schlechtweg, *actio de aestimato*” (46). A tese, que vai ao arrepio da sustentada pela maioria dos romanistas, merece minudente exame, para o qual muito poderão concorrer as pesquisas de GRADENWITZ e de LENEL, aquele no seu célebre estudo sôbre as interpolações (*Interpolationem in dem Pandekten*) e este em estudo publicado na “*Zeitschrft, der Sav. Stiftg. Abt. Bd-9, S. 181*”, consoante de DERNBURG (47). GRADENWITZ demonstrou que esta *actio praescriptis verbis* procede da jurisprudência bisantina, de onde foi transplantada para o *Corpus Juris*, mediante interpolação, pelos compiladores. Os juristas clássicos não conheciam uma “*actio*” *praescriptis verbis* — precisamente o característico destes casos é a ausência de uma ação específica adatavel — mas uma simples *praescriptis verbis* “*agere*”, uma forma geral de ação, applicavel a casos os mais heterogêneos (48).

(45) Idem, pg. 20.

(46) Idem, pg. 21.

(47) op. cit., pg. 550, nota 15, in fine.

(48) SOHM, trad. esp. nota 1 a pg. 368.