

DAS GARANTÍAS REAIS NA ATIVIDADE BANCÁRIA, EM ROMA

MARIA VITAL DA ROCHA¹
ELIZA CRISTINA GONÇALVES DIAS²
Universidade Federal Do Ceará
Brazil

RESUMO: A atividade bancária em Roma era exercida pelo *argentarius*, que era o banqueiro ou o titular de uma atividade bancária. Os *argentarii* forneciam, dentre outros serviços, o empréstimo de moeda, e este poderia vir acompanhado de garantias. O objetivo do presente trabalho é mostrar a utilização do penhor (*pignus*) e da hipoteca, de maneira acessória à obrigação principal, na atividade bancária, em Roma. Como é sabido, as garantias reais, visam vincular uma coisa (*res*) à obrigação, como forma de garantir o adimplemento desta. Na hipótese de inadimplemento, a coisa pode ser utilizada pelo credor, para a satisfação do crédito decorrente da obrigação.

Palavras-chave: Atividade bancária. Garantias reais. Penhor. Hipoteca

ABSTRACT: The banking in Rome was exercised by *argentarius*, who was the banker or the holder of a banking activity. The *argentarii* provided, among other services, the loan of money, and this could be accompanied by guarantees. The objective of this work is to show the use of the pledge (*pignus*) and mortgage, ancillary to the principal obligation, in banking, in Rome. As is known, the collateral, aimed at linking a thing (*res*) to the obligation, in order to guarantee the due performance of this. In the event of default, the thing can be used by the creditor to the satisfaction of the claim of the obligation.

Keywords: Banking. Collateral. Pledge. Mortgage.

1 Pós Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica); Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, lecionando na graduação e no programa de pós graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado); Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro; Procuradora Federal.

2 Mestranda em Direito, na Universidade Federal do Ceará; Graduada em Direito pela Faculdade 7 de Setembro; Advogada.

INTRODUÇÃO

Observa-se, de início, que, em Roma, a atividade bancária era praticada pelo *argentarius*, que fazia a intermediação no comércio de moeda, comprando, vendendo ou emprestando moeda e, até mesmo, pagando contas de seus clientes.

TORRENT³ destaca a importância geral da função dos argentários e diz que a mesma chegou a ser exercida por poderosas *societates*, como se constata em D. 17,2,52,5, Ulpiano, que trata de um caso envolvendo dois sócios nesse mister.⁴

A atividade bancária, como todas as relações jurídicas desenvolvidas no seio da sociedade, é complexa, pois envolve sujeitos variados com finalidades diversas. Isso requer uma reflexão sobre o cumprimento das obrigações que dela advém, que nem sempre ocorre de forma espontânea, muito embora, as partes tenham se obrigado neste sentido.

Nesse contexto, para dar maior segurança às partes, surgiram as garantias, que têm como finalidade assegurar o cumprimento das obrigações, sendo a estas acessórias. Existem duas espécies de garantias, as reais e as pessoais ou fidejussórias.

As garantias pessoais são aquelas em que, para assegurar o cumprimento de uma obrigação, cria-se outra relação jurídica obrigacional, com uma pessoa distinta do devedor, denominado garante, que será responsável pelo cumprimento da obrigação ou pagamento do valor correspondente, se o devedor não cumprir. Já nas garantias reais, um bem é vinculado a uma obrigação para reforçar o cumprimento desta e utilizado pelo credor, na hipótese do inadimplemento do devedor.

As garantias pessoais ou fidejussórias, uma vez que não envolvem um bem, e sim uma pessoa – muito embora o patrimônio do garante responda indiretamente pela obrigação – baseiam-se na confiança e na honra daquele que funciona como garante. Moreira Alves ao promover o estudo das garantias, assevera que no direito romano as garantias pessoais eram mais utilizadas do que as reais, ao contrário do que acontece no direito brasileiro, atualmente⁵. E que, na atividade bancária romana, era conhecida e utilizada uma garantia pessoal intitulada de “*receptum argentarii*”, um contrato pelo qual o banqueiro (“*argentarius*”) se obrigava a efetuar determinado pagamento por conta do cliente, caso ele não honrasse a dívida.

Mas, existiam também situações nas relações bancárias, em que as partes utilizavam garantias reais, como por exemplo, no caso em que os *argentarii* emprestavam moeda a seus clientes e, como forma de garantir a restituição desse empréstimo, solicitavam a uma garantia real.

Martínez e Rodrigues Ennes afirmam que “es muy normal que un acreedor que presta dinero a un deudor tenga algún objeto de éste, coaccionándole así a cumplir la obligación.”⁶

3 RUIZ, Torrent Armando. **Diccionario de Derecho Romano**. Madrid: Edisofer, 2005, p. 118.

4 D. 17,2,52,5, Ulpiano: *Quum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat, et lucri senserat, quaerebatur, na commune esse lucrum oporturet; et Imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: “Etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non est argentaria causa quaesit, id ad communionem non pertinere, explorati iuris est.*

5 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.361

6 MARTÍNEZ, Jesús Daza y ENNES, Luis Rodríguez. **Instituciones de Derecho Privado Romano**. 4.ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p.279

O Direito Romano conheceu três modos de garantia real: a fidúcia, o penhor e a hipoteca. Porém, somente os dois últimos, constituam um *jus in re aliena*, porque na fidúcia a propriedade da coisa era transferida para o credor. E, com o tempo e para atender às necessidades sociais, foi desaparecendo para dar lugar ao penhor e à hipoteca.

Assim sendo, o presente trabalho objetiva estudar as garantias reais, mais especificamente, ao penhor e à hipoteca, no Direito Romano, e a sua utilização na atividade bancária.

A doutrina caracteriza essas duas garantias, em regra, como direito sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), em que o credor passava a ser titular do direito sobre a coisa de outrem – devedor – desde o momento em que se constituía o penhor ou a hipoteca, mas só poderia fazer uso deste direito se houvesse o inadimplemento da obrigação.⁷

1. PENHOR (*PIGNUS*)

O penhor consiste em uma modalidade de garantia real em que, normalmente, era transmitida ao credor, a posse de uma coisa do devedor, como forma de garantir o cumprimento da obrigação principal. A propriedade da coisa continuava sendo do devedor, mas havia a tradição da *res* para o credor, que se tornava detentor desta e tinha a obrigação de restituí-la ao devedor após o cumprimento da obrigação principal.

Por se tratar de direito que visava apenas garantir o pagamento da obrigação, não atribuía ao credor pignoratício a faculdade de usar a *res*, e, se o credor assim procedesse, estava praticando o delito de furto de uso.⁸

O *pignus* foi instituído como uma garantia real de obrigações jurídicas em Roma, no final do período republicano, através do *jus praetorium*, como reação dos garantes ao instituto da fidúcia⁹, por acharem injusto este modo de garantia.

A complexidade da realidade social acabou por impor à sociedade romana a utilização do penhor, possibilitando uma forma de garantia real que evitasse a privação do *dominium*, satisfazendo, assim, a necessidade de segurança nas relações jurídicas, sem que tal desencorajasse os garantes a utilizarem-se de recursos de crédito.

1.1. Objeto

Inicialmente, como figurava necessário ao credor pignoratício a posse da coisa, só podia ser objeto do penhor os bens corpóreos. Posteriormente, foi dado ao credor pignoratício o

7 Ver: D. 20.1 (*De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*); D. 13.7 (*De pigneraticia actione vel contra*) e C. 8.13.

8 É o que nos ensina D'ORS: "Lo que se da en la datio pignoris ES precisamente la garantía y non la cosa misma en propiedad; en este sentido, puede hablarse de un préstamo de garantía. El acreedor que recibe la prenda queda defendido por los interdictos possessórios, y comete hurto el propietario que le sustrae el objeto pignorado (furtum possessionis)". D'ORS, J. A. *Derecho Privado Romano*, 6ª. Ed., Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1986, p. 464

9 De acordo com VIEIRA CURA "A fidúcia, no *Ius Romanum*, é uma instituição jurídica surgida na época arcaica e que, praticamente desaparecida no período pós-clássico, veio a ser formalmente abolida por Justiniano. Consistia na transferência da propriedade de uma coisa (*datio*) – ou do poder jurídico sobre uma pessoa – realizada, através de *mancipatio* ou *in iure cessio*, por alguém (fiduciante) a favor de outrem (fiduciário), para certos fins." VIEIRA CURA, António Alberto, *Fidúcia cum Creditore*, in BDFD Suplemento XXXIV (1991), p. 5-7.

ius distrahendi ou *jus vendendi*, no qual ele tinha o direito de vender o bem empenhado, para satisfação da obrigação, passando assim a ser possível como objeto do penhor coisas corpóreas e incorpóreas.

Portanto, tinha-se como objeto do *pignus* coisa móvel, imóvel, corpórea ou incorpórea. E, ainda, coisa futura e alheia. Ou seja, o que podia ser vendido podia ser objeto de penhor, como lê-se em D.IX 20, 1, 9, 1 “*Quod empitionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.*” - C que pode ser objeto de compra e venda também pode ser de penhor.¹⁰

1.2. Características

- a) Tratava-se de garantia real, oponível *erga omnes*;
- b) Era *pacto adjecto*, por seu caráter acessório, o que impunha que a sua existência dependesse da existência de uma obrigação principal, que extinguiu-se, também extinguiu a acessória. Ainda devido à acessoriedade, as exceções atribuídas à obrigação principal também o eram ao penhor;
- c) Era um direito indivisível, que não se resolvia parcialmente. Sua extinção só ocorria quando a obrigação se extinguiu por inteiro;
- d) Possuía dupla função. Como retrata Santos Justo, a primeira função, tinha caráter de coação psicológica, pois o devedor sentia-se pressionado a cumprir a obrigação principal para reaver a sua coisa; a segunda função, consistia na satisfação do credor, pois este poderia ter a satisfação da obrigação pagando-se através da *res* empenhada.¹¹

1.3. Constituição

O penhor podia ser constituído de diferentes formas, frequentemente ele decorria da simples convenção entre o credor e o devedor que era intitulada de *contractus pignoratitius*, com a posterior tradição da *res*.

Podia também surgir por meio de uma disposição de última vontade, por ato *mortis causa*, através de legado ou fideicomisso.

O direito romano já previa o penhor legal, que era aquele penhor que tinha a origem em disposição de lei, um dos exemplos era o penhor da mulher sobre os bens do marido como meio de garantir a restituição de bens dotais.

Por fim, existia o penhor em que a constituição decorria por ordem de autoridade, como, *verbi gratia*, o *pignus ex causa iudicati solui*. Nesta situação havia a condenação de um réu que não queria cumprir a sentença e o juiz determinava a penhora dos seus bens para a venda e a consequente satisfação do crédito do autor da ação com o produto decorrente da venda.

¹⁰ Nesse sentido, merece destaque a afirmação de GUARINO, segundo a qual: “... in diritto classico la concezione dell’oggetto del pignus, in omaggio alla funzione di garanzia dell’istituto, progressivamente si allargò. Si ritenne, pertanto, che potessero essere vincolati in pegno anche i iura in re aliena (*servitù rustiche, usufrutto, superficie, enfiteusi*), anche i crediti (cd. *pignus nominis*), anche i diritti scaturenti da un pignus (cd. *subpignus* o *pignus pignori datum*), anche le cose future, i frutti non ancora venuti ad esistenza, le quote di una *communio*”. GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. 6ª. Ed., Napoli: Jovene Napoli, 1984, p. 677.

¹¹ JUSTO, A. SANTOS. **Breviário de Direito Privado Romano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.234.

1.4. Cláusulas especiais contidas no contrato de penhor

Retrata-se, com frequência, a existência de três acordos que normalmente faziam parte do contrato de *pignus*.

O primeiro deles era a *Lex comissoria*, por meio dela permitia-se ao credor o direito de apropriar-se da coisa empenhada se o devedor não cumprisse a obrigação principal no prazo acordado. No ano 326, esta cláusula foi declarada nula por Constantino, porque incentivava as práticas usurárias e acarretava prejuízos ao devedor, pois muitas vezes o bem representava um valor maior do que a obrigação garantida.¹²

Existia, também, o *pactum distrahendo*, por meio do qual se facultava a venda da coisa para a satisfação da obrigação. A vantagem desta faculdade era que nela o devedor tinha o direito de receber o valor que excedesse o pagamento do crédito. O *pactum distrahendo* foi posteriormente convertido em elemento natural do penhor e só podia ser afastado por disposição das partes por meio de um *pactum* intitulado *de non vendendo pignore*.

Por fim, existia o *pactum de antichresis*, no qual o devedor permitia que o credor utilizasse os frutos da coisa para compensar os juros da dívida.

1.5. Proteção da *res*

Os direitos e pactos que faziam parte do penhor podiam ser desrespeitados pelo credor pignoratício, pelo devedor ou por um terceiro. Em face dessas situações era possível o manejo de algumas ações para proteção da *res* empenhada.

Uma das ações que podia ser utilizada pelo devedor era a *reivindicatio* contra quem se apoderasse da coisa, uma vez que a propriedade dela continuava sendo sua. Outra ação que ele podia manejar era a *actio pignoratícia*, por meio da qual era requerida a restituição da coisa, se já tivesse sido extinta a dívida e o credor não quisesse devolvê-la, entretanto, essa ação era pessoal e sujeitava-se a vontade do credor, que podia não devolver a coisa e apenas pagar a quantia relativa à mesma.

O credor pignoratício na condição de possuidor da coisa empenhada era protegido pelos interditos possessórios.

2. HIPOTECA

Remonta-se aos arrendamentos rurais da época clássica Romana, o surgimento da hipoteca, pois como forma de garantir o pagamento do aluguel, o locatário empenhava os utensílios da lavoura, os escravos e animais. Ocorria que estes bens eram utilizados pelo arrendatário para produzir na terra arrendada e se houvesse a *traditio* das coisas citadas, ele ficava impossibilitado de produzir na terra e, portanto, de pagar o aluguel.

Para possibilitar a utilização do bem pelo devedor e ainda de usá-lo como garantia de uma dívida, foi criada a hipoteca.

12 Conforme VOLTERRA “ Nel 239 Costantino (C. Th. 3,2,1 = C. 8,34(35), 3) vieta decisamente la *lex comissoria*, cioè di convenire che il creditore divenga proprietario della cosa data in pegno”. VOLTERRA, Edoardo. *Istituzioni di Diritto Privato Romano*. Roma: La Sapienza Editrice, s/d, p. 433

Garcia Garrido retrata que a hipoteca nos arrendamentos rurais poderia, em alguns casos, até prescindir de declaração expressa, que era a regra, e seria tácita, exemplificando com a citação: “Pompio, 13 *ex var. lect.* D. 20. 2. 7. Pr: En los fundos rústicos, los frutos que em ellos se producen se entienden tácitamente hipotecados para el propietario del fundo arrendado, aunque no se hubiera convenido así expressamente.”¹³

A hipoteca era assim como o penhor, uma garantia real, e, a diferença básica entre as duas era que na hipoteca não havia a *traditio* da *res*. Em virtude da semelhança entre os institutos, em muitos textos clássicos a hipoteca aparecia com o nome de *pignus obligatum* (coisa dada em penhor era vinculada, obrigada, estava vinculada à obrigação, mas não era entregue ao credor) e o penhor de *pignus datum* (coisa dada em penhor era entregue). No Dígesto XX, 1, 5, 1 encontra-se a afirmação do Jurisconsulto Marciano, que: “*inter pignus etc hypothecam tantum nominis sonus differt*”, querendo significar que entre o penhor e a hipoteca apenas a denominação difere.

Neste contexto, BONFANTE diz que “L’istituto dell’ipoteca appare come un perfezionamento del *pignus*”.¹⁴

Já no D. XXVIII, 13, 7, 9, 2, apresenta-se a diferença básica entre *pignus* e hipoteca: “*Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum nos transit nec possessio ad creditorem*”, que traduz-se: Chama-se penhor propriamente o que passa ao credor, e hipoteca quando não passa ao credor nem sequer a posse.

2.1. Diferenças entre o penhor e a hipoteca

O objeto, características, constituição e proteção da hipoteca muito se assemelham ao do penhor, não sendo necessária a repetição do que já foi estudado. Entretanto, existiam algumas diferenças, que eram:

O *ius possidendi* no penhor ocorria no momento da constituição da garantia, ao passo de que na hipoteca só ocorria a partir do não pagamento do débito.

Havia proteção ao credor hipotecário para entrar em posse da coisa, após o não pagamento da dívida, primeiramente essa proteção ocorria por meio da ação Serviana, em que se pretendia ter a posse da coisa que estava no poder do devedor ou de terceiro, mas essa ação só era possível no caso de imóvel rural, portanto, posteriormente surgiu uma ação para abranger todos os créditos, denominada *actio Serviana utilis*, ou *actio pigneraticia in rem*, ou *actio hypothecaria*.

Outra peculiaridade da hipoteca era a possibilidade de pluralidade de credores hipotecários, o que não era possível no penhor. Como não havia na hipoteca o desapossamento do bem, o devedor podia vincular o mesmo bem objeto de hipoteca à vários de seus credores, ou ainda, podia dá-lo em penhor a um credor e em hipoteca para outros.

13 GARRIDO, Manuel J. Garcia. **Derecho Privado Romano**. Madrid: Dykinson Madrid, 1993. P.338.

14 BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Ristampa della Xa. Edizione. Torino: Stabilimento Poligrafico Editoriale, 1951, p. 447.

Na existência de pluralidade de hipotecas, existiam algumas regras para disciplinar a situação, que eram:

- a) A prioridade do exercício do direito sobre o bem gravado de hipoteca dependia da constituição da mesma (*prior tempore potior iure*), levava-se em conta a ordem cronológica das hipotecas, razão pela qual, devia ser satisfeito, primeiramente, o crédito cuja convenção hipotecária havia sido celebrada primeiro. Os demais credores que acordaram acerca da hipoteca posteriormente, só seriam alcançados pelo valor remanescente resultante da venda da coisa, e no limite do crédito dos mesmos;
- b) Se houvesse a constituição da hipoteca simultaneamente em favor de vários credores, as hipotecas estavam em situação equivalente e devia-se dar preferência ao credor que estava primeiramente na posse do bem (*mellior est conditio possidentis*), em não havendo o cumprimento da obrigação;
- c) *Sucessio in locum*, direito de um terceiro que pagou a dívida de sub-rogar-se na garantia hipotecária;
- d) Existiam também as hipotecas privilegiadas, que mesmo não constituídas primeiramente, tinham preferência na satisfação da dívida. Eram hipotecas privilegiadas, como aduz Moreira Alves: “as que garantem créditos do Fisco; a da mulher sobre os bens do marido, para garantia da restituição do dote; a de quem fornecer dinheiro para conservação ou melhoria de coisa dada em hipoteca a outras pessoas.”¹⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo que se promoveu acerca das garantias reais, com enfoque no penhor e na hipoteca, pôde-se perceber a importância dos institutos, que serviam para dar suporte às relações jurídicas e aumentar a confiança entre os sujeitos envolvidos na relação, inclusive, nas operações bancárias, em Roma.

O penhor e a hipoteca, nos dias atuais, também são encontrados na legislação dos mais variados países, com algumas mudanças necessárias para adaptá-los às necessidades que foram surgindo.

No Brasil, por exemplo, o código civil, no **artigo 1.420, disciplina de modo bastante semelhante ao que se ler em D.IX 20, 1, 9**, ao dizer que: “Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.”

Existem algumas diferenças entre os dois institutos que não eram observadas no direito romano, pois, no Brasil, a hipoteca é uma garantia que alcança bens imóveis e o penhor, somente bens móveis. À semelhança do direito romano, no Brasil o instituto do penhor também se caracteriza pela transmissão da posse ao credor, o que não ocorre na hipoteca.

O penhor e a hipoteca são utilizados com frequência, nos contratos bancários, no Brasil. Porém, a hipoteca tem maior utilidade, porque, normalmente, os bens imóveis possuem valor mais elevado e em face da desnecessidade da *traditio*, que é uma vantagem e tanto

15 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 371

para o devedor, que poderá continuar a usufruir o bem, como também para o credor, que não precisa manter em sua posse uma quantidade excessiva de bens.

Diante do exposto, conclui-se que as garantias reais, desde seu surgimento no direito romano até a atualidade, são reforços necessários para as relações jurídicas, mormente na atividade bancária, onde o cumprimento das obrigações é essencial para que a sua subsistência e a sua cont nuidade.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Ristampa della Xa. Edizione. Torino: Stabilimento Poligrafico Editoriale, 1951.
- D'ORS, J. A. **Derecho Privado Romano**, 6ª. Ed., Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1986.
- GARRIDO, Manuel J. Garcia. **Derecho Privado Romano**. Madrid: Dykinson Madrid, 1993.
- GUARINO, Antonio. **Diritto Privato Romano**. 6. ed., Napoli: Jovene Napoli, 1984.
- IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. Atualizada por Juan Iglesias Redondo; tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- JUSTO, A. SANTOS. **Breviário de Direito Privado Romano**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- **Direito Privado Romano – II. Direito das Obrigações**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MARTÍNEZ, Jesús Daza y ENNES, Luis Rodríguez. **Instituciones de Derecho Privado Romano**. 4.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2009.
- MOURA, Paulo Cesar Cursino de. **Manual de Direito Romano (instituições de direito privado)**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NÓBREGA, Vandick L. da. **Compêndio de Direito Romano**. Volume II. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Colégio Pedro II, s/d.
- RUIZ, Torrent Armando. **Diccionario de Derecho Romano**. Madrid: Edisofer, 2005.
- TABOSA, Agersor. **Direito Romano**. 2.ed. Fortaleza: FA7, 2003.
- VIEIRA CURA, António Alberto, *Fidúcia cum Creditore*, in BDFD Suplemento XXXIV (1991), p. 5-7.
- VOLTERRA, Edoardo. **Istituzioni di Diritto Privato Romano**. Roma: La Sapienza Editrice, s/d