



# FRAGMENTO DO *TRATADO DAS OBRIGAÇÕES DE POTHIER*

*Wilson José Gonçalves*<sup>1</sup>

*Érica Antônia Bianco de Soto*<sup>2</sup>

## 1. Apresentação

Para a comunidade acadêmica, especialmente ao se defrontar com obras em língua estrangeira, muitas vezes surge uma barreira de natureza lingüística. Considerando tal fato e, ainda, sabendo-se ser de relevância o conhecimento passado por determinadas obras como a de R. J. Pothier, não pode a comunidade ser cerceada do contato com referida obra.

Deste modo, é oportuno viabilizar a tradução precedida de uma breve biografia e seguida de um sintético comentário acerca do tópico traduzido.

Espera-se que através desta iniciativa, surjam outros procedimentos dessa natureza, de modo a propiciar um despertar do interesse da comunidade em resgatar preciosas lições que se encontram esquecidas ou inacessíveis por estarem em língua de origem.

## 2. Dados biográficos de Pothier

Robert Joseph Pothier (1699-1772) foi um célebre advogado francês, cujo pai era Juiz da Corte de Petição, cargo que mais tarde veio a ocupar conjuntamente com suas atividades de professor de leis francesas na Universidade de Orleans (1750).

Sua considerável influência foi exibida em seus trabalhos, através dos quais demonstrou ser um dos principais representantes da legalização da profissão, sob o velho regime francês.

---

<sup>1</sup> Professor na Universidade Católica Dom Bosco. Mestre e Doutor pela PUC-SP.

<sup>2</sup> Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da UCDB.



Sem dúvida, seu principal trabalho foi um arranjo de textos da lei romana *Pendectae Justinianae in Novum Ordinem Digestae*, obra feita em três volumes, de 1748 a 1752. Esta obra foi publicada e reeditada inúmeras vezes, sob o patrocínio do Reitor da Faculdade de Orleans, que demonstrou muito interesse em seus trabalhos, após a edição do primeiro volume. Publicou também *Os costumes de D'Órleans*, em 1760, sob o mesmo auxílio.

Foi um conhecedor especializado das séries de Tratados de Impostos, Vendas, Constituição de Aluguéis, Câmbio, Arrendamentos, Contratos de Arrendamentos, Arrendamentos de Gado, Contratos Beneficentes, Contratos Aleatórios, Contratos de Casamento, Contratos de Comunidades, Contratos de Dotes, Leis da Habitação, Posse para o Estado, Posses e Títulos, tratados estes publicados entre 1761 e 1772, e posteriormente reunidos em uma obra chamada *Tratado sobre diferentes Matérias do Direito Civil*, publicada em 1781. Deixou muitos ensaios em manuscritos, que alguns anos após sua morte foram publicados. Neste período de publicações contínuas é que surge o *Traité des Obligations*, mais precisamente em 1761, que foi uma das principais obras utilizadas na codificação civil francesa em matéria de Direito das Obrigações.

Sua obra foi de tão grande perfeição e clareza, que nas mãos dos juristas franceses, foi largamente utilizada para elaboração do Código Civil Francês, conhecido como Código Napoleônico.

### 3. Tradução dos itens 1 ao 15 do *Tratado das Obrigações*

#### Artigo Preliminar

1. A palavra *Obrigaçã* possui dois significados: *lato sensu* é sinônimo de *dever*, e compreende as obrigações *imperfeitas* e *perfeitas*.

Chamamos de *obrigações imperfeitas* as obrigações pelas quais não somos responsáveis senão perante a Deus, e as quais ninguém pode demandar judicialmente seu cumprimento, tais como os deveres de caridade e de reconhecimento [gratidão]. Assim é, por exemplo, a obrigação de fazer esmola do supérfluo<sup>1</sup>. Esta obrigação é uma verdadeira obrigação, e um rico peca gravemente quando falta ao seu cumprimento. Porém, é uma obrigação imperfeita, porque é exigível somente perante a Deus. Uma vez finda tal obrigação, o pobre a quem ele fez a mendicância não a recebe como uma dívida, mas como um puro benefício. É o mesmo dever do reconhecimento: aquele que recebe qualquer benefício assinalado está obrigado para com seu

benfeitor a todos os serviços do qual é capaz, quando necessário. Ele peca e se desonra quando os deixa de cumprir, porém seu benfeitor não possui qualquer direito de lhe exigir seus serviços. Quando ele os presta, este benfeitor recebe dele, por sua vez, um verdadeiro benefício. Se meu benfeitor tivesse o direito de exigir de mim que lhe servisse em igual ocasião e em iguais serviços que a mim foram prestados, não seria mais um benefício, mas um verdadeiro comércio, sendo que os serviços que eu lhe prestaria não seriam um *reconhecimento* de minha parte, pois este é essencialmente voluntário.

A palavra *obrigação*, em um sentido mais próprio e menos amplo, não compreende senão as *obrigações perfeitas*, também chamadas *acordos pessoais*, que dão àquele com quem contratei o direito de exigir seu cumprimento. São estes tipos de Obrigações os quais nos ocuparemos neste Tratado.

Os juriconsultos definem estas *obrigações* ou *compromissos* pessoais como: um vínculo de direito que nos constrange a dar, a fazer ou não fazer alguma coisa ao outro. *Vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae* (Instit. tit. *de oblig.*). *Obligationum substantia consistit ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* (L.3, ff. de Oblig.).

As palavras *vinculum juris* não são convenientes à Obrigação civil: a Obrigação puramente natural, que é *solius aequitatis vinculum*, é também, ainda que em sentido menos próprio, uma *Obrigação perfeita*, porque ela dá, senão no foro exterior, ao menos no foro da consciência, àquele com quem contratou, o direito de exigir seu cumprimento. Ao passo que a obrigação imperfeita não dá este direito (V. *infra*, n. 197).

Dividiremos este Tratado das Obrigações em quatro partes: veremos na primeira o que é da essência das Obrigações e seus efeitos.

Na segunda, as diferentes divisões e as diferentes espécies de Obrigações.

Na terceira, as maneiras pelas quais se extinguem as Obrigações e as exceções ou prescrições contra o direito que delas resulte.

Acrescentaremos uma quarta parte sobre a prova tanto das Obrigações, como de seu pagamento.

## **Primeira Parte**

Do que pertence à essência das Obrigações e de seu efeitos

### **Capítulo Primeiro**

Do que pertence à essência das Obrigações

2. É da essência das Obrigações que haja: 1º) Uma causa para seu nascimento. 2º) Das pessoas entre as quais ela se contrai. 3º) Qualquer coisa que seja objeto da Obrigação.

As causas das Obrigações são os contratos, os quase-contratos, os delitos, os quase- delitos, por vezes a lei ou simplesmente a equidade.

Nós trataremos:

1º) Dos contratos que são a causa mais freqüente do nascimento das Obrigações.

2º) Das outras causas das Obrigações.

3º) Das pessoas que contratam entre si.

4º) Das coisas que podem ser objeto do contrato.

#### *Seção Primeira – dos contratos*

Nós veremos: 1º) O que é um Contrato; em que ele difere da policação, e quais são as coisas que devem ser distinguidas principalmente em todo contrato. 2º) Mencionaremos as diferentes divisões dos Contratos. 3º) Trataremos dos vícios que geralmente podem ser encontrados nos Contratos. 4º) Das pessoas que podem ou não podem contratar. 5º) Do que pode ser objeto dos Contratos: faremos ver que não pode ser senão uma coisa concernente às partes contratantes, segundo a regra de que um não estipular pode validamente nem prometer mais que por si [possua]. Regra que trataremos de explicar e de desenvolver. 6º) Trataremos dos efeitos do Contrato. 7º) Daremos as regras para interpretação dos Contratos. 8º) Falaremos do acordo que as partes algumas vezes adicionam aos seus contratos.

**Artigo primeiro** – o que é um contrato; em que ele difere da policação e das coisas que devem principalmente ser distinguidas dentro de cada contrato.

#### *§1 – O que é um Contrato*

3. Um contrato é uma espécie de convenção. Para se saber o que é um contrato, faz-se necessário saber previamente o que é uma convenção.

Uma convenção ou um pacto (posto que são termos sinônimos) é o consentimento de duas ou mais pessoas, ou para formar entre eles qualquer compromisso, ou para resolver um já existente, ou para modificá-lo: *Duorum vel plurium in idem placitum consensus* (L.1, §1, ff. de pact. – Domat, p. I, l. I, t. I).

A espécie de convenção que tem por objeto qualquer forma de compromisso é aquela a qual chamamos *Contrato*. Os princípios do Direito Romano sobre as diferentes espécies de pactos e sobre a distinção dos contratos e dos simples pactos não estão fundamentados no direito natural, e estão bem distantes de sua simplicidade, não sendo admitidos em nosso Direito. Aqueles que tiverem curiosidade em conhecê-los poderão consultar o título *pactis* em nossa obra sobre os Pandectas, onde estão detalhados.

Do exposto, segue-se que em nosso Direito não podemos definir o contrato como o definem os intérpretes do Direito Romano, *Conventio nomen habens a jure civili, vel causam*. Mas devemos defini-lo como: uma convenção na qual as duas partes reciprocamente, ou somente uma das duas, prometem a se obrigar a dar a outra, ou a fazer ou não fazer alguma coisa.

Eu disse *prometer* ou *obrigar*, porque as promessas que fazemos com a intenção de nos obrigar e de conceder a quem as fazemos o direito de exigir seu cumprimento formam um contrato e uma convenção.

Há outras promessas que fazemos de boa fé e com a vontade atual de cumpri-las, mas sem a intenção de conceder a quem as fazemos o direito de exigir seu cumprimento. O que resulta quando aquele que promete declara ao mesmo tempo que não se considera, contudo, obrigado, ou quando isto resulta das circunstâncias ou das qualidades daquele que promete e daquele a quem a promessa é feita. Por exemplo, quando um pai promete a seu filho, que estuda Direito, deixar-lhe fazer durante suas férias uma viagem de recreação, no caso de empregar bem o seu tempo. É evidente que o pai, ao fazer tal promessa não pretende contrair com seu filho uma obrigação propriamente dita.

Estas promessas produzem uma Obrigação *imperfeita* de as cumprir, desde que não tenha sobrevindo nenhuma causa a qual, se tivesse sido prevista, tivesse impedido o cumprimento da promessa. Mas, por si, não forma uma obrigação nem, por conseqüência, um contrato.

§2 – *Em que o contrato difere da policitação?*

4. A definição dada de contrato já faz conhecer esta diferença. O



contrato encerra o concurso de vontades de duas pessoas em que uma promete uma coisa a outra e esta outra aceita a promessa que lhe foi feita. A Pollicitação é a promessa que ainda não foi aceita por aquele a quem é dirigida. *Pollicitatio est solius offerentis promissum (L.3, ff. de Pollicitat)*.

A pollicitação, nos puros termos do Direito natural, não produz qualquer Obrigação propriamente dita, e aquele que fez tal promessa não pode se desdizer, tanto que essa promessa pode não ser aceita por aquele a quem ela é feita. Pois não pode haver Obrigação sem um direito adquirido pela pessoa para quem ela é contratada e contra a pessoa obrigada. Ora, da mesma forma eu não posso, pela minha própria vontade, transferir a qualquer pessoa um direito sobre meus bens se sua vontade não concorre para adquiri-los. E ainda, eu não posso, pela minha promessa, conceder direito algum a ninguém contra a minha pessoa, até que sua vontade concorra para adquiri-lo pela aceitação que faça da minha promessa (Grocio, *de jure bel. et. pac. L. II, cap. II, v. 3*).

Ainda que a pollicitação não seja obrigatória nos puros termos do Direito natural, todavia o Direito civil, que se une ao Direito natural, fazia obrigatória em dois casos, entre os romanos, as pollicitações que um cidadão fazia em sua cidade:

1º) quando tinha um motivo justo de as fazer; *puta*, em consideração a alguma magistratura municipal que lhe foi deferida *ob honorem*;

2º) quando já havia iniciado a execução (*L.2, §1 et 2, ff. d. t.*).

Não se deve pôr em questão se há pollicitações obrigatórias em nosso Direito Francês. O Ordenamento de 1731, art. 3, declara que somente há dois modos de se dispor dos bens a título gratuito, a doação e o testamento. Segue-se, portanto, que ele rejeita a pollicitação.

§3 – *Das três coisas que devem ser distinguidas dentro de cada Contrato*

5. Cujas coisas não distinguia nos Contratos mais do que as coisas que são da sua essência e as que lhes são acidentais. A distinção que fizeram vários Jurisconsultos do século XVII é muito mais exata. Distinguiram três diferentes coisas dentro de cada contrato: aquelas que são da sua essência, aquelas que são somente de sua natureza e aquelas que são puramente acidentais a ele.

6. 1º) As coisas que são da essência do contrato são aquelas sem as quais o mesmo não pode subsistir. Faltando uma dessas coisas, ou não há contrato, ou é uma outra espécie de contrato.

Por exemplo, é da essência do Contrato de venda que haja uma coisa a ser vendida e que haja um preço pelo qual ela será vendida. Isto porque se eu lhe vendo uma coisa que ignorava ter cessado de existir, não há mais contrato (*L. 57, ff. de contr. empt.*), não podendo haver Contrato de venda sem uma coisa a ser vendida. Igualmente, se eu lhe vendo uma coisa pelo preço que ela foi vendida ao meu pai, de quem herdei por sucessão, e descubro que este não a comprou, mas sim que a recebeu por meio de doação, não haverá contrato, pois não haverá um preço, o que é da essência do Contrato de Venda.

Pelos exemplos expostos, a falta de uma das coisas que são da essência do Contrato impede que o mesmo exista [torna o mesmo nulo]. Às vezes, a falta apenas muda a espécie de contrato.

Por exemplo, é da essência do Contrato de venda que haja um preço, que consista em uma soma de dinheiro que o comprador paga ou se obriga a pagar ao vendedor. Se é tratado, por meio de um contrato que faço com você, que vou lhe vender meu cavalo por um certo livro que você então se obriga a me dar pelo preço do dito cavalo, este tratado não encerra um Contrato de venda, e este nem poderá existir sem um preço que consista de uma soma em dinheiro. Porém o contrato não é por isto nulo, pois contém em si uma outra espécie de contrato, a saber, um Contrato de troca.

Paralelamente, sendo da essência do Contrato de venda, não há, a bem da verdade, a obrigação do vendedor em transferir ao comprador a propriedade da coisa vendida, no caso em que ele não seja o proprietário, e de modo que ele não a retenha se o for. Se convencionamos que eu irei lhe vender uma certa herança por uma certa soma e por uma certa renda que você se obriga a me pagar, de cuja herança eu me obrigo a deixar você usufruir, ao encargo, contudo, que a propriedade da herança permaneça minha, esta convenção não estabelece, na verdade, um Contrato de venda, uma vez que é contra a essência do mesmo que o vendedor retenha a propriedade, encerrando, no entanto, um Contrato de aluguel: é o que diz Labeo na Lei 80 § 3º (*ff. de cont. empt.*): *Nemo potest videri rem vendidisse de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.*

Igualmente, é da essência do Contrato de empréstimo, de mandato e de depósito que sejam gratuitos. Se eu lhe emprestei uma coisa ao encargo de você me pagar uma certa soma pelo seu uso, não será um Contrato de empréstimo, será sim uma outra espécie de Contrato, ou seja, um Contrato de aluguel. Pela mesma razão, se aceito a procuração que você havia me





dado, ou o depósito de uma coisa que você havia me confiado, exijo de você uma certa soma como recompensa pelo cuidado que terei com a guarda do depósito ou pela gestão dos assuntos que me foram confiados, o Contrato não será um contrato de depósito nem um Contrato de mandato, mas sim um contrato de aluguel no qual eu lhe alugo meus serviços pela gestão de seus negócios ou pela guarda de seu depósito.

7. 2º) As coisas que são somente da natureza do Contrato são aquelas que, sem ser de sua essência, dele fazem parte, por mais que as partes contratantes não tenham sido explicadas sobre elas, sendo da natureza do Contrato que estas coisas a ele sejam pertencentes ou subentendidas.

Essas coisas se posicionam no meio das que são da essência do Contrato, daquelas que são acidentais ao Contrato e daquelas que diferem de umas e de outras.

Diferem-se das coisas que são da essência do Contrato, no fato de que ele pode subsistir sem elas e no fato de que podem ser excluídas do mesmo por convenção das partes. Diferem-se das coisas acidentais ao Contrato, no fato de que estas podem dele sair sem que tenha sido expressamente convencionado: é o que se elucida pelos exemplos. No Contrato de venda, há a obrigação de garantia que o vendedor contrate com o comprador, ainda que as partes contratantes não sejam explicadas sobre o mesmo e que não tenha sido dita uma só palavra sobre o particular no contrato. Porém, sendo esta obrigação da natureza e não da essência do contrato de venda, este pode subsistir sem esta obrigação, e se no contrato for convencionado que o vendedor não será obrigado a dar garantia da coisa vendida, o convencionado será válido e não deixará de ser um verdadeiro Contrato de venda, por mais que o vendedor não seja obrigado a garantir.

Também é uma coisa que é da natureza do Contrato de venda, logo que tal contrato tenha alcançado sua perfeição pelo consentimento das partes, de acordo com a tradição, a coisa vendida está sob os riscos do comprador e que, se ela vier a perecer sem a culpa do vendedor, a perda deve recair sobre o comprador, o que não concorrerá para diminuir o preço. Mas como isto é somente da natureza e não da essência do Contrato, pode-se convencionar o contrário.

É da natureza do Contrato de *pronto uso* que a pessoa que pediu emprestado seja responsável pela mais leve falta cometida à coisa que lhe foi emprestada. Ela contrai tal obrigação para com o prestador pela própria natureza do contrato e sem que as partes sejam explicadas ao contratar. Porém, como esta obrigação é da natureza e não da essência do Contrato de



pronto uso, pode ser excluída por uma cláusula do mesmo e convencionar que aquele que recebe a coisa emprestada fique obrigado somente por sua boa fé à conservação da coisa, e que ele não será responsável por acidentes que aconteçam por sua negligência, mas por sua malícia.

Também é da natureza deste contrato que a perda da coisa emprestada, por motivo de força maior, recaia sobre o prestador. Mas como ela é da natureza e não da essência do contrato, pode-se pôr uma cláusula responsabilizando-o por tal risco até que tenha devolvido a coisa.

Podemos mencionar uma infinidade de outros exemplos sobre as diferentes espécies de contratos.

8. 3º) As coisas que são acidentais ao contrato são aquelas que, não sendo de sua natureza, somente são encerradas por uma cláusula particular adicionada ao contrato.

Por exemplo, o prazo concedido pelo contrato para o pagamento da coisa ou da soma devida, a faculdade que é concedida para pagar tal soma em diversas parcelas, de dar qualquer outra coisa em pagamento ou de pagar as mãos de uma outra pessoa que não as do credor e outras semelhantes, são coisas acidentais ao contrato, porque nele não são encerradas, não enquanto são estipuladas por alguma cláusula adicional ao contrato.

No Contrato de venda de uma renda, a obrigação pela qual o vendedor se torna responsável pela solvência dos devedores enquanto durar a renda, é uma coisa acidental ao contrato; pois o vendedor não contrata tal obrigação pela natureza dele. Ele não contrata senão em virtude de uma cláusula particular a ele adicionada, que é o que chamamos de cláusulas de *fornecer* e *fazer valer*; e esta cláusula, que é freqüente dentro dos Contratos de venda de renda, deve ser expressa e não suprimida.

Podemos listar uma infinidade de outros exemplos.

## Artigo II – divisão dos contratos

9. A divisão que o Direito Romano fez dos contratos em Contratos nominados e Contratos inominados, em Contratos *bonae fidei* e Contratos *stricti Juris* não tem lugar entre nós.

Os admitidos em nosso Direito são: 1º) Contratos sinalagmáticos ou bilaterais e em Contratos unilaterais.

Os *Sinalagmáticos* ou bilaterais são aqueles em que cada um dos contratantes se obriga para com o outro. Tais são os Contratos de venda, de aluguel, etc.



Os *Unilaterais* são aqueles pelos quais somente uma parte se obriga para com a outra, como no dinheiro pronto.

Entre os contratos sinalagmáticos ou bilaterais, distinguimos aqueles que o são perfeitamente, e aqueles que são menos perfeitos. Os contratos que são perfeitamente sinalagmáticos ou bilaterais são aqueles os quais a obrigação contraída por cada um dos contratantes é igualmente uma obrigação principal de tal contrato. Tais são os contratos de venda, de aluguel, de sociedade, etc. Por exemplo, no contrato de venda, a obrigação que o vendedor contrai de entregar a coisa, e a que o comprador adquire de pagar o preço, são igualmente obrigações principais do contrato de venda.

Os contratos que são menos perfeitamente sinalagmáticos, são aqueles em que somente a obrigação de uma das partes constitui a obrigação principal do contrato: tais são os contratos de mandato, de depósito, de pronto uso, de fiança. Nestes contratos, a obrigação que contraiu o mandatário de dar conta de sua comissão, as que contraiu o depositário, o que pede emprestado ou o credor da renda a coisa que lhe é devida a título de depósito, de pronto uso ou de fiança, são as obrigações próprias de cada contrato: aquele que contrai o mandato, ou aquele que dará a coisa em depósito, ou em fiança, ou que a emprestou, não são mais que obrigações incidentes, as quais dão lugar após o contrato às despesas que foram feitas pela outra parte para execução do mandato ou para a conservação da coisa dada a título de empréstimo, de depósito ou de fiança.

Enquanto a ação que nasce da obrigação principal se chama *Actio directa*, aquela que nasce das obrigações incidentes se denomina *Actio contraria*.

**10. 2º)** Dividimos os contratos naqueles que se formam por um único consentimento das partes e que, por este motivo, são chamados *contratos consensuais*. Tais são os de venda, o mandato, etc. e aqueles onde é necessário que alguma coisa intervenha além do consentimento. Estes são os contratos de empréstimo de dinheiro, de empréstimo de uso, de depósito, de fiança, que pela natureza do contrato exigem a tradição da coisa que é objeto de suas convenções. Denominamos *contratos reais*.

**11.** Embora somente o consentimento das partes seja suficiente para perfeição dos contratos consensuais, contudo, se as partes, ao contratar uma venda, um aluguel ou qualquer outra espécie de negócio, convencionam que haja a intervenção de um notário no ato, com a intenção de que o negócio não será perfeito ainda que o ato tenha alcançado sua forma completa pela assinatura das partes (e do Notário). O contrato não receberá efetivamente



sua perfeição mesmo tendo o ato do Notário recebido a sua, e as partes, embora de acordo com as condições do negócio, poderão licitamente se desdizer antes que a ata tenha sido assinada. É a decisão da famosa Lei *Contractus 17, cod. de fid. instr.* que se encontra também nos *instit. tit. de cont. empt.* Mas, se neste caso, o ato ou instrumento é requisitado para a perfeição do contrato, não é pela sua natureza, que por si não exige para sua perfeição mais que somente consentimento das partes. É porque as partes contratantes o desejaram e que a elas é permitido fazer depender sua obrigação da melhor condição que lhe pareça.

Observando que a convenção de que será feita ata diante do Notário, não faz por si mesma depender desta a formação do convênio. É necessário que pareça que a intenção das partes, em fazendo este convênio, tenha sido de que efetivamente tal condição resulte da mesma. É por isto que foi decidido por Sentença de 1595, citada por Mornac *add. L. 17*, que uma parte não poderá se desdizer de um tratado de venda feito sob as assinaturas das partes, embora haja a cláusula de que seria passado por um Notário, formalidade que ainda não tenha se realizado, porque não poderia se deduzir desta única cláusula, que as partes tivessem requerido fazer depender do ato verificado perante o Notário a perfeição de seu convênio, pois esta cláusula poderia ter sido adicionada unicamente para assegurar a certeza da vantagem da execução pelas hipotecas que necessitam de um ato deste tipo, e a causa do risco que uma ata sob assinaturas privadas corre de se extraviar.

Mas ainda que o contrato seja verbal, é muito fácil à parte que demanda sua execução se desdizer sustentando que o contrato não era mais que um projeto até que tenha recebido a assinatura do Notário, como foi convenicionado de receber; porque os contratos cujo objeto exceda 100 libras, não podendo se provar por testemunhas, e não tendo por consequência, neste caso, outra prova do contrato, tal declaração, deverá ser tomada em sua totalidade; como veremos na quarta parte, n. 836.

Ainda que haja uma ata com assinaturas privadas de um contrato que não tenha alcançado sua inteira perfeição por não terem sido recolhidas as assinaturas de todas as pessoas nela expressas, tendo uma delas se retirado sem assinar, aquelas que assinaram poderão se desdizer, e são cridas ao declarar, que façam endireitar o ato, elas têm a intenção de fazer depender da perfeição de tal ato sua convenção. É sob este princípio que por Sentença de 15 de Dezembro de 1654, relatada por Soefve, *t. I, cont. IV, cap. LXXV*, a venda de um escritório por uma viúva, tanto em seu nome como



no de seus filhos menores, a um particular, por ato sob assinaturas privadas, foi declarado imperfeito, e o particular que tiver assinado o ato, devolverá a demanda para a viúva, com a finalidade de execução do tal ato. Pois o ato não poderá alcançar toda sua perfeição, nem tendo sido assinado pelo curador do menor, que tem seu nome no ato, como a ele se comparando, embora mesmo a assinatura dele também seja inútil.

**12.** A terceira divisão dos contratos é feita em: contrato de interesse ou onerosos de uma parte e de outra; contratos de benefícios e contratos mistos.

Os contratos de interesses de uma e de outra parte são aqueles que são feitos pelo interesse e pela utilidade recíproca de ambas as partes. Tais são os contratos de venda, de troca, de aluguel, de constituição de renda, de sociedade e uma infinidade de outros.

Os contratos de beneficência são aqueles que não se fazem senão pela utilidade de uma das partes contratantes: são os de pronto uso, os de pronta consumação, o depósito e o mandato.

Os contratos pelos quais são as partes que fazem um benefício a outra, exigem dela alguma coisa que esteja abaixo do valor do que a ela foi dado, são os Contratos *mistos*. São as doações feitas sob qualquer cobrança ao donatário.

**13.** Os contratos de interesses de uma e de outra parte se subdividem em *contratos comutativos* e *contratos aleatórios*.

Os contratos *comutativos* são aqueles pelos quais cada uma das partes contratantes dá e recebe ordinariamente o equivalente ao que deu. Tal é o contrato de venda. O vendedor deverá dar a coisa vendida e receber o preço que lhe é equivalente. O comprador deverá dar o preço e receber a coisa vendida que é seu equivalente.

Nós os distribuiremos em quatro classes: *DO ut des*, *FACIO ut facias*, *FACIO ut des*, *DO ut facias*.

Os contratos *aleatórios* são aqueles pelos quais um dos contratantes, sem dar nada de sua parte, recebe alguma coisa da outra, não pela liberalidade, mas como preço pelo risco que ocorreu. Todos os jogos são contratos desta natureza, bem como as apostas e os contratos de seguro.

**14.** Uma quarta divisão dos contratos é em *contratos principais* e *contratos acessórios*. Os *contratos principais* são aqueles que intervêm principalmente por si mesmos. Os *contratos acessórios* são aqueles que intervêm para assegurar a execução de um outro contrato. Tais são os contratos de caucionamento e de fiança.

15. A quinta divisão dos contratos compreende aqueles que se sujeitam pelo Direito Civil a certas regras ou a certas formas e os que se regem pelo puro Direito natural.

Aqueles que são sujeitos entre nós a certas regras ou a certas formas são o contrato de matrimônio, o contrato de doação, o contrato de letra de câmbio e o contrato de constituição de renda. As outras convenções não estão, conforme nossos costumes, sujeitas a nenhuma forma, nem a qualquer regra arbitrária prescrita pela Lei civil e, desde que não contenham nada contrário às leis e aos bons costumes, e que intervenham entre pessoas capazes de contratar, são obrigatórias e produzem uma ação. Se nossas leis ordenam que aquelas convenções cujo objeto excede a soma de cem libras sejam regidas por escrito, e que tenham por objetivo nada mais que a maneira de fazer suas provas, no caso de se contradizerem. Porém a intenção delas não é de que o escrito seja da substância da convenção. Sem essa condição ela não é válida e os contratantes que não negam que não tenham intervindo podem ser obrigados a executá-las. Pode-se mesmo deferir o juramento decisivo àquele que desconvenha, pois o escrito não é necessário mais do que para prova e não para substância da convenção.

#### 4. Considerações finais

Após a leitura destas preciosas lições encontradas no *Tratado das Obrigações* de Pothier, podemos destacar não somente sua relevância e clareza, mas também a reflexão de que a presente obra, não só na parte acima transcrita, como no todo, tem um verdadeiro monumento jurídico dedicado à formulação teórica jurídica das obrigações em suas diversas modalidades.

No trecho traduzido, e ora entregue à comunidade acadêmica, temos a concepção minuciosa da origem do vocábulo *Obrigações*, classificando-a como *perfeita e imperfeita*. No que parem as possíveis críticas, registramos o mérito que tal classificação repercutiu (desde 1761) no Código de Napoleão, bem como nas legislações posteriores.

Destaca-se, também, a preocupação com a essência das Obrigações e seus efeitos. Do conceito de contrato, além da riqueza dos exemplos, temos a presença de preciosismo que, apesar de esquecido na legislação atual, autoriza-nos a uma reflexão da verdadeira origem do instituto contratual, que é fonte direta das obrigações.



Segue-se, ainda, uma detalhada divisão dos contratos desde o direito romano, do qual permite se observar os conceitos de contratos *sinalagmáticos* ou *bilaterais* e contratos *unilaterais*.

Pontua-se como segunda divisão, os contratos como sendo *consensuais* e *reais*. Já em uma terceira divisão, aparecem com uma concepção de *interesse* ou *onerosos*, contratos de *benefícios* e *mistos*. Nos contratos de interesses ou onerosos, Pothier os subdivide em contratos *comutativos* e contratos *aleatórios*.

Na quarta divisão, têm-se os contratos *principais* e *acessórios*. Na quinta divisão, Pothier classifica os contratos nos grupos que compreendem ou se sujeitam pelo direito civil a certas regras ou formas, e os que se regem pelo puro direito natural.

Percebe-se que pelo fragmento traduzido tem-se na obra em menção, uma fonte inesgotável de conhecimento jurídico.

**Nota:**

<sup>1</sup>N. T. *Supérfluo* é obrigação de fazer facultativa (fazer esmola = caridade).

## 5. Obras utilizadas

1. Original:

*Traité des Obligations*. França: M. Dupin.

2. Versão em Espanhol:

*Tratado de las obligaciones*. Trad. de M.C. de las Cuevas. Argentina: Heliasta S.R.L., 1993.

3. Versão em Português:

*Tratado das obrigações pessoaes e recíprocas* nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro da consciência, e do foro externo. Trad. de José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro/Paris: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1849. 2 volumes.