

Se um Penitente está Obrigado a Restituir*

*Johannes Duns Scotus***

Resumo: O autor discute argumentos favoráveis e contrários à restituição da propriedade, examinando as origens das distinções entre propriedades, as funções em si dessas transferências, sejam públicas ou privadas.

Palavras-chave: Penitente, Restituição, Distinção entre Propriedades, Transferência da Propriedade.

Is a Penitent Thief Bound to Restitution?

Abstract: The author presents arguments in favor and against property restitution by examining the origins of the distinctions between properties and the functions itself of such transfers, whether public or private.

Keywords: Penitent, Refund, Distinctions between Properties, Transfer of Property.

Classificação JEL: B11

* O presente artigo é a tradução da introdução, do artigo primeiro e do artigo segundo do texto *Utrum Poenitens Teneatur Restituere*, publicado como parte da obra *Ordinatio* (IV, d. 15, q. 2, a. 1-2), uma versão das aulas ministradas, entre 1293 e 1304, por Johannes Duns Scotus na Universidade de Oxford, que foram revistas para publicação pelo próprio autor e lançadas, provavelmente, em 1306 ou 1307. A tradução para o português foi feita com base no texto em latim impresso na seguinte edição: WOLTER O.F.M., Allan B. (Ed., intr. trad.). **John Duns Scotus: Political and Economic Philosophy**. St. Bonaventure: Franciscan Institute Publications, 2000. p. 24-60. As referências bibliográficas nas notas de rodapé foram acrescidas pelo padre Allan B. Wolter, O.F.M. (1913-2006). Traduzido do original em latim para o português por William Bottazzini.

** **Johannes Duns Scotus** nasceu no ano de 1266, na região de Duns, em Maxton, Condado de Roxburgo, na Escócia. Ingressou em 1277 na ordem dos franciscanos, no convento de Dumfries, onde fez os votos religiosos em 1281. cursou a Universidade de Oxford e recebeu a ordenação sacerdotal em 17 de março de 1291, na igreja de Saint Andrew, em Northampton, na Inglaterra. Continuou os estudos na Universidade de Paris. Entre 1293 e 1304 ministrou aulas na Universidade de Oxford e, provavelmente, na Universidade de Cambridge. Foi professor da Universidade de Paris entre 1304 e 1307. No final da primeira metade do ano de 1307, começou a lecionar na Universidade de Colônia. Faleceu em 8 de novembro de 1308. No dia 20 de março de 1993 foi beatificado pelo papa João Paulo II. É autor de uma vasta obra filosófica e teológica.

Em segundo lugar, pergunto se alguém que tenha injustamente tomado ou retido algo alheio está obrigado a restituí-lo de modo que não possa verdadeiramente fazer penitência sem tal restituição¹.

[ARGUMENTOS FAVORÁVEIS
E CONTRÁRIOS]

Não:

[1] Pois a restituição nada tem de penitência; portanto, pode haver verdadeira penitência sem tal restituição. Prova-se o antecedente pelo fato de que claramente não é contrição nem confissão. Nem é satisfação, pois esta é a devolução voluntária de algo previamente não devido, como se conclui da questão precedente²; mas é a devolução de algo anteriormente devido, pois se o homem não pecasse e não tivesse algo que não lhe pertencesse, estaria obrigado a restituí-lo; logo, etc. Ademais, poder-se-ia prová-lo através das partes da satisfação, visto que a restituição não está contida em nenhuma delas.

Ademais, ninguém é forçado ao impossível, pois, como diz São Jerônimo (347-420), seja anátema “o que diz que Deus ordenou o impossível”³; mas por vezes é impossível restituir o que pertence a outro. Por exemplo, quando se desconhece quem é o proprietário. Isso pode ocorrer porque não se conhece onde se encontra a pessoa de quem se obteve o bem nem alguém que lhe seja próximo, a quem se poderia restituí-lo no lugar do proprietário; ou, como em outro caso, se se encontra algo alheio e não é sabido de quem seja.

¹ *Ordinatio* IV, dist. 15, q. 2. (Codex A 233ra-235va; Codex M 192va-195vb; Ver: Ioannis Duns Scoti *Opera omnia*. Ed. Louis Vivès. Westmead / Franborough / Hants: Gregg International Publishers, 1969. 26v. 18, 255-357).

² *Ordinatio* IV, dist. 15, q. 1. (Vivès, 18, 180).

³ PELAGIUS, *Libellus fidei ad Innocentiam Papam*, n. 10 (PL 45, 1718), notus scholasticis ut Hieronymi explanatio *Symboli ad Damasum* (Vide PL 21, 1155; 1161-63).

Ademais, ninguém é forçado a uma restituição que seja mais danosa para si do que útil àquele a quem se deve fazer tal restituição; mas por vezes, por exemplo, aquele a quem se deve fazer a restituição vive em locais remotos e não pode ter a coisa restituída a não ser que se coloquem maiores custos no envio do que o valor total do que deve ser restituído; portanto, neste caso, não se é forçado [à restituição].

Ademais, no primeiro livro da *Ética*, o bem comum é mais divino e deve ser preferido ao bem particular⁴; mas é possível que a restituição que deve ser feita a Pedro seja danosa a Paulo, que a faz. Neste aspecto, é possível que seja mais danosa ao Estado, pois Paulo é mais necessário ao Estado do que Pedro; portanto, neste caso não se está obrigado a restituir.

[2] Ademais, todos estão obrigados mais a amar a si do que ao próximo, segundo o que está dito no *Cântico* 2: “Ordenou em mim a caridade”⁵; portanto, quando a restituição é danosa a si mesmo, como em caso de extrema necessidade, se está mais forçado a reter a coisa do que, por amor a outro, restituir-lhe.

Ademais, a restituição deve ser feita em favor daquele a quem é feita; portanto, não deve ser feita quando resulta em dano a ele nem quando resultaria em dano ao Estado; mas a espada devolvida ao furioso resultaria em dano àquele a quem fosse restituída, pois ele faria dela mau uso, e também resultaria em dano ao Estado, porque lesaria a paz da sociedade; portanto, etc. E, de modo semelhante, pode argumentar-se nos casos em que sempre que a restituição for feita resultar em dano ou àquele a quem é feita ou ao Estado.

Ademais, se uma adúltera concebe um filho do adultério, o suposto filho do marido defrauda o verdadeiro herdeiro no tocante a sua herança e, no entanto, a mulher não está obrigada a restituir-lhe a herança; portanto, etc. Prova-se o menor: pois não poderia [fa-

⁴ ARISTOTELES, *Ethica Nicomachea* I, c. 2, (1094b 5-10).

⁵ *Canticum Cantorum*, 2,4: “Ordinavit in me charitatem”.

zer] aquilo sem difamar-se e a isso ninguém está obrigado; antes [está obrigada] ao oposto e se seguiria maior mal, a saber, o uxoricídio, se o marido soubesse do crime.

Em sentido contrário:

Santo Agostinho (354-430) em *Epistola a Macedônio*⁶ também é colocado no texto [das *Sentenças*]: “Por todo o tempo em que o bem, por causa do qual há pecado, não é devolvido podendo sê-lo, não ocorre aí penitência, mas um fingimento”⁷. E [no *Decreto de Graciano*] 14, questão 6, não é perdoado o pecado, a não ser que seja restituído o que foi entregue⁸. Também em *Êxodo* 22 ordena-se que seja restituído o que foi tirado injustamente e se acrescenta uma pena⁹.

[CORPO DA QUESTÃO]

[3] Aqui há quatro pontos que devem ser vistos: em primeiro lugar, de onde surge a distinção entre as propriedades para que se diga que isto é “meu” e aquilo “teu”; e esse é o fundamento de toda a injustiça em apropriar-se do bem alheio e, por conseguinte, toda a justiça em sua restituição; em segundo lugar, como as primeiras propriedades distintas são transferidas de modo justo; em terceiro lugar, disso ficará patente o que é uma apropriação injusta dos bens alheios ou prejuízo do outro nos bens temporais; em quarto lugar, quando se está obrigado à restituição.

⁶ AUGUSTINUS, *Epist.* 153 (ad Macedonium), c. 6, n. 20 (PL 33, 662).

⁷ *Magistri Petri Lombardi Sententiae in IV libris distinctae*, lib. IV, dist. 15, c. 7, tom. II. Grottaferrata: Collegii S. Bonaventurae, 1981. p. 336.

⁸ *Decretum Gratiani*, Secunda pars, causa 14, q. 6, c. 1; *Corpus Iuris Canonici*. Ed. A. Friedberg. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1879. Vol. I, col. 742.

⁹ *Exodus* 22,1-2.

[ARTIGO I - ORIGEM DA DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES]

[CONCLUSÃO 1: SOBRE O ESTADO DE INOCÊNCIA]. Sobre o primeiro, seja esta a primeira conclusão: quanto à lei natural ou divina, não há posse distinta dos bens por causa do estado de inocência; pelo contrário, antes tudo era comum.

Isso é provado pelo que dizem os *Decretos*, dist. 8, c. 1: “Pelo direito natural todas as coisas são comuns a todos”¹⁰, e neste sentido é mencionado Agostinho em *Sobre João*, c. 2, quando diz: “Segundo que direito tu defendes as terras da igreja, o divino ou o humano? O primeiro direito o temos nas escrituras divinas; o humano nas leis do rei. Segundo qual cada um possui o que possui? Acaso não é o segundo um direito humano? Pois pelo direito divino ‘Ao Senhor pertencem a terra e a sua plenitude.’ Acaso a terra não carrega os pobres e os ricos pela única vontade humana? Portanto, também pelo direito humano se diz ‘esta casa é minha, esta terra é minha, este servo é meu’”¹¹. Ademais, diz no mesmo lugar: “Arranca os direitos do imperador, quem ousa dizer ‘esta terra é minha?’” E depois, no mesmo lugar: “Pelos direitos do rei as propriedades são possuídas”. E em 12, q. 1 [dos *Decretos*], *Dilectissimis*: “O uso comum de todas as coisas que há neste mundo deve ser de todos”¹².

[4] A razão para isso é de duas formas. A primeira, porque o uso dos bens, segundo a reta razão, deve ser aplicável aos homens de tal forma que sirva para um modo de vida pacífico e para o sustento necessário. Mas no estado de inocência, o uso comum sem distinção das propriedades foi mais útil para ambos do que a distinção das propriedades, pois então

¹⁰ *Decretum Gratiani*, Prima pars, dist. 8, q. 1, c. 1; *Corpus Iuris Canonici*. (Ed. A. Friedberg). Vol. I, col. 12.

¹¹ AUGUSTINUS, *In Ioannis Evangelium*, tract. 6, n. 25 (PL 35, 1436-1437).

¹² *Decretum Gratiani*, Prima pars, causa 12, q. 1, c. 2; *Corpus Iuris Canonici*. (Ed. A. Friedberg). Vol. I, col. 676.

ninguém ocupava o que era necessário a outro, nem seria preciso que aquele necessário fosse arrancado pela violência, mas qualquer um que primeiramente o tivesse, possuí-lo-ia para as suas necessidades. Do mesmo modo, obter-se-ia maior suficiência para o sustento do que se a alguém fosse vedado o uso de algo por apropriação feita daquilo por outro.

[5] [CONCLUSÃO 2: DEPOIS DA QUEDA, A PROPRIEDADE PRIVADA É LÍCITA]. A segunda conclusão consiste em afirmar que o preceito da natureza de que todas as coisas devem ser tidas em comum foi revogado após a queda.

E isso de modo razoável por causa das mesmas duas [razões]. Em primeiro lugar, porque a comunhão de todas as coisas seria contrária às relações pacíficas, pois o mau e o ganancioso tomariam posse de mais do que lhes seria necessário. E isso ainda com violência em relação aos outros que quisessem fazer uso das mesmas coisas comuns para a sua própria necessidade, como se lê acerca de Nimrod, que “era um caçador robusto diante do Senhor”¹³, ou seja, opressor de homens. Ademais, seria contra o sustento necessário [dos homens] devido ao fato de que os guerreiros mais fortes privariam os outros dos bens necessários. Por isso a sociedade de Aristóteles (384-322 a.C.) em II da *Política*, visto que os bens não são todos comuns¹⁴, é muito melhor do que a sociedade de Sócrates (469-399 a.C.), a qual [Aristóteles] rejeitou por causa da condição em que viu o homem existir.

[6] [CONCLUSÃO 3: A PROPRIEDADE PRIVADA ATRAVÉS DA LEI POSITIVA]. A terceira conclusão é a seguinte: tendo sido revogado esse preceito da lei natural sobre a posse de todos os bens em comum, e, por conseguinte, tendo sido concedida a licença de apropriar-se do que era comum e dividi-lo, não havia de modo real uma distinção pela lei natural nem pela divina.

Não havia pela divina, como fica demonstrado pelo que foi mencionado acima de Agostinho: “*Com que direito*”, etc. Não havia pela lei natural, como parece ser provável, pois não parece que ela nos induza ao oposto. Pois a própria lei divina determinou na natureza humana que tudo “fosse comum”, a não ser que se diga que é da lei natural aquela proposição das *Instituições* sobre a divisão de coisas como “animais selvagens”: “*Aquilo entre os bens que a ninguém pertence é concedido ao que tomar posse dele*”¹⁵. Mas ainda que pareça claro que uma divisão deve ser feita com toda a probabilidade tão logo haja a apreensão natural de que os bens devem ser divididos, no entanto, é mais razoável dizer que ela mesma não é dada pela lei natural, mas pela positiva. E daí se segue que se fazia a primeira distinção das propriedades de outra lei positiva. Portanto, para que tal distinção seja justa, deve ver-se de que modo tal lei positiva é justa.

[Conclusão 4: A LEI POSITIVA REQUER A AUTORIDADE]. Seja, pois, a quarta conclusão: a lei positiva justa requer prudência e autoridade no legislador.

A prudência para que segundo a reta razão prática dite o que deve ser estatuído para a comunidade; a autoridade, pois “lei” procede de “ligar”, mas não é qualquer sentença de um homem prudente que une uma comunidade ou alguém se ele não presidir nada. De que modo a prudência, porém, poderá comportar-se para cogitar leis justas é bastante patente. Todavia, o que dizer da autoridade justa, visto que esta é requerida para a lei justa?

[7] [CONCLUSÃO 5: SOBRE A AUTORIDADE POLÍTICA]. Segue-se a quinta conclusão, pois o principado – ou autoridade – é de duas formas, a saber, paterno e político. O primeiro, ou seja, o paterno, é justo, isto é, segundo

¹³ *Genesis* 10,8-9.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Política* II, c. 5.

¹⁵ *Institutiones*, II, tit. 1, “De divisione rerum”, n. 12. In: *Codex Juris Civilis*. Ed. Krueger. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. Vol. I, p. 10.

a lei natural, pela qual todos os filhos estão obrigados a obedecer aos pais, nem foi essa lei por outra lei positiva, mosaica ou evangélica, revogada, mas antes confirmada. – Mas a autoridade política, que está acima dos de fora [da família], quer resida em uma só pessoa quer na comunidade, pode ser justa pelo consenso comum e pela eleição da própria comunidade. E a primeira autoridade leva em consideração a descendência natural, ainda que não habitem na mesma cidade. Já a segunda leva em consideração os que habitam na mesma cidade, por mais que não estejam unidos entre si por qualquer laço de sangue ou de parentesco, de modo que se, para edificar uma cidade ou nela habitar, concorressem alguns estrangeiros, vendo que não poderiam ser bem regidos sem uma autoridade, poderiam consentir de modo amigável para que confiassem aquela comunidade a uma única pessoa ou à comunidade; e para uma pessoa e somente para ela – e o sucessor seria eleito do mesmo modo que ela foi – ou para ela e toda a sua posteridade. E ambas estas autoridades políticas são justas, pois com justiça alguém pode submeter-se a uma única pessoa ou à comunidade naquilo que não é contrário à lei de Deus, naquilo que pode ser melhor conduzido por aquele a quem se sujeita ou se submete do que o seria se estivesse por si mesmo. Logo, temos de modo completo como poderia ser elaborada uma lei positiva justa, pois [o seria] por quem tem prudência em si ou em seus conselheiros, e com isso tem a justa autoridade em algum dos modos ditos nesta conclusão.

[8] [CONCLUSÃO 6: SOBRE A AUTORIDADE POLÍTICA]. Disso se segue a sexta conclusão: a primeira divisão das propriedades pôde ser justa pela lei positiva justa trazida pelo pai ou pelo príncipe reinando de modo justo ou pela comunidade governando ou regendo de modo justo, e é provável que tenha sido feito deste modo.

Pois, Noé, após o dilúvio, dividiu as terras entre seus filhos, as quais cada um ocuparia por si ou por seus filhos e descendentes;

ou eles próprios a dividiram segundo o que se lê em Gênesis 13 sobre Abraão e Loth, visto que Abraão concedeu a Loth a possibilidade de escolher a sua parte enquanto ele próprio ficaria com o restante¹⁶. Ou uma lei foi promulgada pelo pai ou por alguém eleito como príncipe, ou pela comunidade à qual a própria comunidade conferiu tal autoridade; esta lei, como digo, estabeleceu ou pôde ter estabelecido que algo ainda não ocupado passasse a pertencer ao primeiro que o ocupasse e, deste modo, posteriormente se dividiram sobre a face da terra e um ocupou uma área e outro, outra.

[ARTIGO II - SOBRE A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE]

[9] Quanto ao segundo artigo, digo que a transferência dos bens pode ser ou quanto à propriedade, como, por exemplo, um bem que é transferido da propriedade de alguém para a propriedade de outro, ou quanto ao uso ou o direito de usar, permanecendo, porém, a propriedade com o próprio dono. E a justiça ou injustiça na transferência do uso tem regras distintas da justa transferência de propriedade. Portanto, esta transferência de propriedade pode ser feita ou pela autoridade pública – ou do príncipe – ou pela autoridade da lei, ou pela autoridade do próprio senhor que possui o bem de modo imediato.

[A - TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE PELA AUTORIDADE PÚBLICA]

[CONCLUSÃO 1]. Quanto à primeira transferência, seja neste artigo esta a primeira conclusão: a transferência de propriedade pela autoridade de uma lei justa é justa. Prova-se isso pelo fato de que a lei justa pôde determinar com justiça as primeiras propriedades, e

¹⁶ Genesis 13,5-12.

não menor é a autoridade da lei ou a do príncipe, que tenho agora em relação a mesma questão, após a divisão das propriedades do que o era antes; logo, devido à mesma causa e ao mesmo efeito, uma propriedade pode ser transferida com justiça depois de ter sido apropriada por alguém.

E disso digo que a prescrição¹⁷ em bens imóveis e a aquisição em bens móveis é uma transferência justa. Isso se prova pela autoridade das *Decretais* sobre *Prescrições* onde se lê na parte *Vigilanti*¹⁸ e pela glosa *aliena*¹⁹. Isso também é provado pela razão de duas formas. Em primeiro lugar, assim: pode com justiça ser estatuído pelo legislador o que é necessário para a convivência pacífica dos súditos; mas é necessário para a convivência pacífica dos cidadãos que a propriedade do bem negligenciado, sendo negligenciado na prescrição e na aquisição, seja transferida para alguém que o ocupe, pois se a propriedade não for transferida para este ocupante, mas permanecer com o anterior, que tem o bem por abandonado depois de certo tempo, haverá disputas sem fim; pois, por certo período de tempo, aquele que negligenciou, ou seu herdeiro, buscaria novamente o bem negligenciado, ocupado por outro ou outros em certo tempo; e haveria tais disputas que seria impossível decidir entre elas, por não haver provas suficientes, e de tais disputas perpétuas haveria contensões e, talvez, ódio entre os contendores, e assim toda a paz do Estado ficaria perturbada.

¹⁷ O autor se refere a uma espécie de usufruto, em que alguém detém o direito de uso da terra de outrem, de modo contínuo, sem transferência de posse ou propriedade. O instituto jurídico requer que o uso da terra seja aberto, contínuo, exclusivo, por determinado período de tempo prescrito por lei e em consonância com os direitos do proprietário. Difere dos institutos da prescrição aquisitiva e do usucapião, que findam por transferir a posse ou propriedade (N. do E.).

¹⁸ *Decretales Gregorii IX*, lib. II, tit. 26, cap. 5; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II (1881), col. 383.

¹⁹ Vide etiam glossam super *Aliena* [Glossa ordinaria a Ioanne Teutonico, revisa a Bartholomeu de Brescia circa 1240, continetur in *Corpore Iuris Canonici* (Venetiis, 1605)].

A segunda razão é que o legislador pode com justiça punir pela lei o transgressor cuja transgressão se volte em prejuízo do Estado. Se pode fazê-lo com pena corporal, com muito mais razão com pena pecuniária, em forma de multa; portanto, da mesma forma, pode puni-lo com tal pena, atribuindo aquilo em que é punido a alguém que seja ministro da lei; mas o que negligencia o seu bem por tanto tempo comete transgressão, de modo que sua transgressão prejudica o Estado, pois é um impedimento para a paz; portanto, com justiça a lei pode tanto aplicar como multa aquele bem negligenciado quanto, para uma maior paz, transferi-lo para aquele que por tanto tempo o ocupou enquanto ministro da lei. E daqui fica evidente de que modo se deve entender aquela presunção do direito e o direito contra o qual nenhuma prova é admitida, pois, a saber, o que assim negligencia o seu bem, teve-o por abandonado. Mas mesmo que isso não seja verdade na realidade, no entanto o legislador o puniu como se considerasse o bem abandonado, pois de certa forma se assemelha a um bem considerado abandonado. E na medida em que se assemelha a um bem abandonado, requer com justiça pena semelhante. Isso também parece provável pelo fato de que se qualquer um pode transferir a sua propriedade para outro, toda a comunidade pode transferir [a propriedade] de algo da comunidade para alguém (pois no ato de criar a comunidade suponho estar aí incluído o consenso geral). Portanto, a comunidade tem tal consenso como já oferecido, e devido ao fato de que todos consentem na criação de leis justas pela comunidade ou pelo príncipe, ela pode, por lei justa, transferir a propriedade de quem quer que seja para qualquer um.

[B - TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE OU USO POR PESSOA PRIVADA]

[11] Em segundo lugar, a transferência pode fazer-se por ato de uma pessoa privada que imediatamente tem o domínio da coisa. Isso

pode ser ou por um ato meramente liberal ou por um ato liberal em certo sentido. O primeiro se dá quando o que transfere não espera nenhum retorno. O segundo se dá quando, por aquilo que se transfere, se espera algum retorno.

[I - TRANSFERÊNCIA POR UM ATO MERAMENTE LIBERAL]

[Conclusão 2] Quanto ao primeiro, seja esta a conclusão, que é a segunda deste artigo: o senhor de algum bem que não está impedido por lei ou por superior, de cuja vontade dependa no ato de dar, transferir ou doar, pode dar o seu bem a outro que queira recebê-lo.

Isso é provado pelo fato de que se tornou senhor por ato de sua vontade; portanto pode, pela vontade, deixar de ser senhor. Logo, o outro que quer receber pode começar a ser senhor, e nenhuma causa superior proíbe este de deixar de ser senhor e aquele de começar a sê-lo; portanto, por essa doação ocorre verdadeiramente e com justiça a transferência de propriedade.

Disso, fica evidente o que é requerido para a justa doação: a entrega liberal da parte do que doa, e a vontade de receber daquele a quem se faz a doação, e a liberdade da parte de ambos – daquele a de dar, deste a de receber – visto que por nenhuma lei superior está proibido este ou aquele, nem por ato de outro de quem ambos dependam em tal relação. E por insuficiência da primeira condição, uma pessoa não pode doar dinheiro a um Irmão Menor, pois ele não quer ser senhor. Por causa de uma insuficiência da segunda, não pode o monge dar, exceto com a licença do abade, nem o filho sem a vontade do pai ou dos pais; nem tampouco um clérigo em algum caso sem a vontade – ou ao menos contra a vontade – do Papa – como consta na *Extra de Censibus Romana*²⁰. Em relação à observação desse capítulo, Gregório X (1210-1276) estabeleceu uma pena, cujo capítulo se encontra hoje no

livro 6 das *Decretais, Exigit*²¹, ou seja, os que visitam canonicamente não podem receber nem sequer um pequeno presente daquele que é visitado; e se receberem, terão que restituir em dobro, ou não serão absolvidos da condenação em que ocorrem neste mesmo ato, com está dito no livro 6 nas novas constituições²².

Mas a isso corresponde, na transferência do uso, um empréstimo liberal e possui leis semelhantes para que seja justo, pois requer uma vontade liberal no que empresta e no que recebe, que quer receber a coisa emprestada para o uso. Ademais, não deve haver nenhuma vontade da lei ou do príncipe que seja um obstáculo a tal empréstimo.

[II - TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE OU USO EM CONTRATO]

[12] Há outra transferência que não é meramente liberal²³, mas onde o que transfere espera algo equivalente àquilo que transfere, e é chamado propriamente de “contrato”, pois neste sentido são simultaneamente “contrárias”, ou seja, “impelidas em conjunto”, as vontades das partes; pois este concorda em transferir algo para outro em troca de uma vantagem espera ser transferida para si. Certos contratos desse tipo, nos quais as propriedades são transferidas, tratam da troca de coisa útil por coisa imediatamente útil, como vinho por grão, e um contrato deste tipo é chamado de “permuta de bens”: “dou para que dê” ou “dou se deres”. Outros, de coisa útil por moedas, ou o contrário, pois era difícil trocar coisas imediatamente usáveis, por isso se inventou um meio pelo qual tal troca se fizesse facilmente, o que é chamado “moeda”; e a troca de moeda por coisa útil é dita “compra”, mas o contrário é dito “venda”. Porém certa troca de moeda por moeda é chamada de “dinheiro emprestado” e “dinheiro recebido em empréstimo”.

²¹ *Ibidem.*, c. 2, col. 1057

²² *Ibidem.*

²³ *Sextus Decretalium*, lib. III, tit. 20, c. 2; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 1057.

²⁰ *Sextus Decretalium*, lib. III, tit. 20, c. 1; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 1056.

Há, portanto, cinco contratos nos quais a propriedade é transferida, aos quais correspondem certos contratos nos quais é transferido o uso ou o direito de uso, ficando preservada a propriedade. Pois à troca dos bens corresponde à acomodação mútua ou troca; à compra corresponde o aluguel e à venda corresponde o ato de oferecer para locação; à aceitação do empréstimo não corresponde propriamente algo na transferência do uso do bem.

[1 - SOBRE A PERMUTA DOS BENS]

[13] [CONCLUSÃO 3]. Sobre a primeira transferência, isto é, a permuta dos bens, seja esta a conclusão, que é a terceira deste artigo: os senhores dos bens as permutam de modo justo, se conservam sem fraude a igualdade do valor nas coisas trocadas segundo a reta razão, entendendo-se aqui as condições prévias expostas para uma justa doação. Outras condições são explicadas que são próprias para uma permuta justa.

[PRIMEIRA CONDIÇÃO]. Em primeiro lugar, que seja acrescentado *sem fraude*. Isso exclui a fraude na substância, na qualidade e na quantidade. *Na substância*, para que não se troque cobre por ouro nem água por vinho. *Na quantidade*, isto é, para que a quantidade seja medida por peso ou por outra medida – a saber, vara ou outra deste tipo para a longitude, ou outra medida corporal, como dois galões, quartilho ou outra deste tipo, seja em líquidos, seja em secos – com peso justo e para que, em geral, seja guardada a justa medida. De modo semelhante, *na qualidade*, para que não seja trocado o vinho corrompido, que é recebido pelo outro, em troca de vinho puro.

[14] E tudo isso é provado por *Extra de Iniuriis et damno dato*, das *Decretais* de Gregório IX (1160-1241): “*Quem dá ocasião de dano, já parece ter causado dano*”²⁴. Mas o que defrauda na

substância aquele que julga, ao trocar, receber outra substância, ou na quantidade o que julga receber outra quantidade, ou na qualidade o que julga receber outra qualidade, dá ocasião de dano, pois ele não faria a troca a não ser que acreditasse receber outra substância, quantidade e qualidade; portanto, parece não somente “falácia”, como exposto no *Refutações Sofisticadas*²⁵, mas pela suposição da lei e segundo a verdade, um dano de fato.

[SEGUNDA CONDIÇÃO]. Segue-se naquela regra que *a igualdade do valor deve ser observada*, o que é provado por Agostinho no livro XIII do *De Trinitate*, no capítulo 3: “*Querer comprar por baixo preço e vender caro é, de fato, um vício*”²⁶. E aqui entendo algo como barato e caro quanto ao uso, pois frequentemente o que é mais nobre em si no ser natural é de menor valor e menos útil ao uso dos homens, e por isso menos precioso, segundo Agostinho em *Cidade de Deus*: “*É melhor que haja pão que rato na casa*”, embora o que é vivo seja mais nobre do que o não vivo em seu ser natural, e por isso se acrescenta, “segundo a reta razão”²⁷, guardando, certamente, a natureza da coisa em comparação com o uso humano pelo qual ocorre esta troca.

[15] [ESTÁ PRESENTE A LATITUDE NA QUALIDADE]. Mas essa igualdade segundo a reta razão não consiste no indivisível, como diz certo Doutor²⁸, movido pelo fato de que a justiça tem somente o meio da realidade, mas as outras virtudes têm somente o meio da razão. Porém, isso é falso, como está declarado no livro 3²⁹. Com efeito, nesse meio que a justiça comutativa observa há uma grande latitude, e dentro daquela latitude não é atingível o

²⁵ ARISTOTELES, *De Sophisticis elenchorum*.

²⁶ AUGUSTINUS, *De Trinitate* XIII, c. 3, n. 6 (PL 42, 1017).

²⁷ AUGUSTINUS, *De civitate Dei* IX, c. 16 (PL 41, 331).

²⁸ Richardus de Mediavilla, *Sent.* III, dist. 33, art. 3, q. 4 (Brixiae, 1591), t. III, p. 389.

²⁹ Deest in *Ordinatione* et opere Parisiensi.

²⁴ *Decretales Gregorii IX*, lib. V, tit. 36, cap. 9; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 880.

ponto indivisível entre uma coisa e outra, pois no que se refere a isso, seria como que impossível aos que efetuam a troca atingi-lo. Deste modo, em qualquer grau que ocorrer alguém dos extremos, ocorre de modo justo.

Mas o que é essa latitude e qual é a sua extensão é conhecido ora pela lei positiva, ora pelo costume; pois a lei rescinde o contrato onde o contraente é enganado em relação a um preço médio que está além do preço justo. Porém, se estiver tão abaixo do que deveria ser de modo que há aí injustiça, então deve fazer-se a restituição correspondente.

Por vezes, porém, é deixado aos que trocam, a fim de que, tendo pesado sua necessidade mútua, julguem equivalente darem-se um empréstimo e receberem aqui e ali. Difícil é, pois, entre os homens haver contratos nos quais os que contraem não intencionem abandonar algo daquela justiça indivisível que lhes é mútua, para que em certa medida uma doação acompanhe todo contrato. E se este é o modo pelos quais trocas são efetuadas, como se fossem baseadas naquela lei natural que diz: *Faze ao outro o que queres que te seja feito*, é bastante provável que quando estão mutuamente contentes, queiram mutuamente retirar-se se faltar algo que é requerido por essa justiça.

[2 - JUSTIÇA NA COMPRA E NA VENDA]

A conclusão é completamente semelhante em relação à justiça na compra e na venda, pois tanto é necessário considerar a moeda por um lado quanto a coisa trocada aqui. Acrescento que em ambos os contratos, *embora o que troca ou vende possa pensar que sofre prejuízo, não é algo vantajoso para o que compra ou com quem se efetua a troca*. Digo-o quanto a vender ou trocar por maior preço, e assim entendendo. Se alguém necessita muito de seu bem e por uma grande insistência de outro é levado por ele a vender ou trocar por outro bem, desde que ele possa obter uma compensação do dano dessa venda ou troca que ele sofre, pode vender mais caro do que se vendesse ou trocasse sem tal dano. Mas se o que compra

alcança grande benefício do que foi vendido ou trocado, ele não pode cobrar maior preço. Pois o simples fato de eu possuir algo que é de maior benefício para ele não torna o bem mais precioso em si, ou de certa forma melhor para mim. Destarte, eu não deveria aumentar o preço. Dá-se, porém, de outro modo quando sofro dano, pois aí me é mais precioso, embora não o seja em si.

[DO EMPRÉSTIMO, DO ALUGAR DE ALGUÉM E DO ALUGAR PARA ALGUÉM]. Com estes contratos [de compra e de venda], como está dito, estão de acordo o empréstimo financeiro, o alugar de alguém e o alugar para alguém; e de modo semelhante quanto às condições já expostas, deve ser observada a justiça, considerando-a aí quanto ao uso, bem como aqui é considerada quanto à posse.

[3 - DO EMPRÉSTIMO FINANCEIRO]

[17] [CONCLUSÃO 4]. Sobre o último contrato, ou seja, sobre o empréstimo financeiro, seja esta a quarta conclusão deste artigo: quanto a contratar de modo justo, é necessário observar sem qualificação a igualdade no número e no peso, com a exceção de certos casos acerca dos quais se trata no final.

Esta é a razão apresentada por certo escritor³⁰, pois o uso do dinheiro é o seu consumo; portanto concedê-lo em empréstimo é consumi-lo. – Contra isso se objeta pelo “*Extra de verborum significationibus*”, segundo o que consta em *Exiit qui seminat*, e está hoje no *sexto livro*, que o uso de certas coisas está perpetuamente separado da propriedade³¹.

Portanto, tal razão pode ser apresentada, pois no empréstimo financeiro há transferência de propriedade; pois assim soa a palavra *mutuum (meum / tuum)*, *empresto-te o que é meu*: portanto, quem concede um empréstimo não continua proprietário do dinheiro empresta-

³⁰ Richardus de Mediavilla, *Sent.* lib. IV, dist. 25, art. 5, q. 5 (Brixiae, 1591), t. IV, p. 223.

³¹ *Exiit qui seminat* (Nicholaus III) in *Sextus Decretalium*, lib. V, tit. 12, cap. 3; *Corpus Iuris Canonici II*, col. 1109.

do e, por conseguinte, se por aquele dinheiro recebe algo além do que lhe cabe, recebe como não seu, ou vende o que não é seu.

Eis outra razão. Suponhamos que o dinheiro permanecesse dele. No entanto, aquele dinheiro não tem, por sua natureza, nenhum fruto, como o têm algumas coisas que germinam, mas somente dá algum fruto por causa da indústria de alguém, ou seja, do usuário³². Mas a indústria deste não é a daquele que concede o dinheiro; portanto, querendo ele receber o fruto do dinheiro, quer ter o fruto da indústria de outro, a qual, contudo, não lhe deu o outro ao conceder o empréstimo. E este é o motivo por que, por oposição, o fruto dos penhores que germinam é contado como quota-parte.

[EXCEÇÕES]. Excetuam-se nessa tomada de empréstimo dois casos em geral: pois por vezes alguém pode licitamente receber além do capital por causa de um pacto; por vezes, mesmo sem um pacto.

[POR CAUSA DE UM PACTO]. Em primeiro lugar, de três modos, a saber: ou por causa da pena convencionada, para que não ocorra uma fraude nos juros. Por exemplo, necessito de meu dinheiro para um negócio, contudo, concedo-te [que pagues] até certo dia, acrescentando uma pena condicional porque, a não ser que pagues em tal dia, de outro modo muito serei prejudicado se pagares somente posteriormente. Tal pena acrescida é lícita, pois é lícito que me conserve indene, advertindo, assim, aquele com quem estabeleço um contrato. Mas é indicativo claro que não ocorre uma fraude de juros quando o mercador mais deseja que o dinheiro lhe seja pago em certo dia prefixado do que no dia seguinte com pena aumentada ou acrescida. Por outro lado, incorre em fraude de juros quando prefere que o dia passe a ter o dinheiro pago naquele dia.

O segundo se deve aos juros. Pois o devedor, cujo não pagamento muito prejudica o

credor, deve, por questão de justiça, satisfazer o credor quanto aos juros. E ainda que esse credor não possa mover uma ação em foro exterior, sobretudo se não houver talvez um pacto quanto a isso ou um empréstimo, no entanto, no foro da consciência deve o devedor, para além da quota-parte, [pagar] os juros.

A terceira condição ocorre quando ambos, isto é, o capital e o supérfluo, são colocados em situação de incerteza, o que está provado em *Extra de Usuris*, no capítulo *Naviganti*, no parágrafo *Ratione*³³ e também argumentando racionalmente da similaridade³⁴, pois assim como ali a incerteza escusa, assim também escusa aqui.

[19] [SEM PACTO]. Também é lícita sem qualquer pacto, pois somente a intenção, sem nenhum pacto verbal ou outro sinal equivalente que mostre ao devedor que o que empresta não o faria sem alguma esperança de lucro, não faz com que este, o que recebe além da quota-parte sem pacto, tenha o bem alheio, e que, portanto, seja obrigado à restituição.

[ALUGUEL DO DINHEIRO]. Deve entender-se também que o dinheiro tem certo uso útil segundo sua própria natureza, como algo que deve ser visto ou que ornamento ou que mostre as possibilidades quanto à riqueza [de uma pessoa], e para este fim pode ser alugado, como um cavalo ou outro bem passível de ser alugado, e por este uso, guardando-se a propriedade, o dinheiro pode ser recebido; e, logo, o contrato é, no todo, sobre alugar para alguém ou alugar de alguém, mas não sobre tomada de empréstimo ou dar como empréstimo. E deve ser restituído o mesmo peso em número, a não ser que, por acaso, baste ao que aluga [algo que seja] igual em peso e valor.

Essas duas regras mencionadas acima mostram o que é justo e o que é injusto em trocas feitas imediatamente, ou seja, quando ambos os que participam na transação ime-

³² *Sextus Decretalium*, lib. V, tit. 12, c. 3; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 1109.

³³ *Decretales Gregorii IX*, lib. V, tit. 19, cap. 19; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 816.

³⁴ BOETHIUS, *De differentiis topicis*, lib. II (PL 94, 1090).

diatamente dão ou recebem aquilo pelo que trocam.

[4 - NORMAS SOBRE CONTRATOS
PARA O FUTURO]

[20] Mas quando o que faz a troca não recebe imediatamente aquilo por que troca, mas tal recebimento é adiado, pergunta-se: o que está de acordo com o direito?

[DUAS REGRAS]. Respondo: além das regras mencionadas acima que são relativas ao que é justo e injusto em cada um dos contratos para o presente, acrescento outras duas: a primeira é que o que troca não pode trocar ou vender o tempo, pois o tempo não lhe pertence. Em segundo lugar, não deve colocar-se na certeza quanto ao lucro, e [não deve colocar] aquele com quem faz a transação [na certeza] de prejuízo. Entendo este “na certeza” como [algo que dará garantia] sempre ou na maior parte das vezes.

[ALGUNS CASOS]. De tais regras ficam patentes muitos casos específicos. Por exemplo, chamemos a Festa da Natividade do Senhor de “A” e a festa de São João Batista de “B”. Certa pessoa realiza uma troca em A e que pretendesse vender este bem ou em A ou algum tempo antes de B. Se realmente é assim, ou determina agora o preço segundo o valor em A, e então age com misericórdia, pois aí supre a necessidade do próximo antes de ser obrigado a supri-la, isto é, quando espera o pagamento para B. Ou determina o maior preço do que seria o justo para A e, neste caso, torna-se usurário, pois vende o tempo, agindo contra a primeira regra, o que está provado em *Extra de Usuris Consuluit*³⁵.

Porém se não vendesse o bem agora, mas em outra época, quando pudesse ser vendido por um preço mais elevado, ou estabelece agora um preço certo, ou posteriormente, certificando o preço em dependência de algo

futuro. Se o faz agora, ou seja, se estabelece o preço segundo o que o bem vale agora, não há dúvida de que age com grande misericórdia. Mas se estabelece um preço maior do que vale agora, mas não tão imoderado de modo que na época em que for vendido é provável que tenha mais ou menos aquele valor, neste caso é escusado por motivo de dúvida, pois não faz nada contra alguma regra anteriormente mencionada, o que se prova pelo capítulo *Naviganti*, no parágrafo *Ratione*³⁶.

[21] E se contra isso alguém objetar pelo que está em *In tua*, respondo: Aí se encontra uma admoestação útil, não um preceito necessário³⁷.

Mas se deixa a determinação do preço depender do valor futuro daquele bem, ou então para o tempo determinado do pagamento pela venda, ou em outro em que se acostumou regularmente que o bem valesse mais do que quando fornece o seu bem para o comprador, então age com misericórdia; por exemplo, concedo-te por tanto preço quanto valerá em B, ou em outro tempo antes de B, quando, no entanto, o bem costumasse comumente ser mais caro em B do que em qualquer tempo precedente.

Mas se quisesse que o preço fosse determinado por tempo indeterminado de modo que se ponha na certeza de lucro na maior parte das vezes e que se ponha o outro em prejuízo, como quando quero que me pagues tanto por isso quanto valerá em algum tempo até B, quando será vendido por maior preço, isso é usura, pois se põe a sua parte com chances de lucro na maior parte das vezes e aquele com quem se estabelece um contrato em dano na maior parte das vezes; e aí tem em seu favor o que acontecer na maior parte das vezes, e contra o que acontecer poucas vezes.

Ademais, há aí outra injustiça, pois deve em um dia determinado expor o seu bem para o vendedor, e não em um tempo particular,

³⁵ *Decretales Gregorii IX*, lib. V, tit. 19, cap. 10; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 814.

³⁶ *Decretales Gregorii IX*, lib. V, tit. 19, cap. 19; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 816.

³⁷ *Decretales Gregorii IX*, lib. V, tit. 19, cap. 6; *Corpus Iuris Canonici*, vol. II, col. 813.

vago; e aí aconteceria que venderia mais barato do que no dia mais caro entre A e B e, por conseguinte, em tal pacto se faz certo de um lucro que está além do que a indústria humana poderia alcançar.

Portanto, estas regras são mencionadas quanto ao justo e ao injusto na venda e em qualquer transação para agora ou para o futuro, e aqui estamos falando de transação econômica que ocorre quando o que troca intenciona receber o bem pelo qual troca, pois o compra não para negociá-lo, mas para usá-lo.

[5 - SOBRE A TRANSAÇÃO ECONÔMICA COMERCIAL]

[22] Segue-se algo sobre a transação comercial, em que o que faz a transação intenciona negociar o bem que recebe, pois não o compra para usá-lo, mas para vendê-lo por maior preço; e essa transação comercial é chamada de pecuniária ou lucrativa. Sobre esta, além das regras mencionadas anteriormente, acrescento outras duas quanto ao justo e ao injusto:

[DUAS REGRAS]. Em primeiro lugar, vejamos quanto fato de tal comutação ser útil ao Estado. Em segundo lugar, quanto ao fato de que alguém, segundo sua diligência, prudência e risco, recebe na comutação o preço correspondente.

[EXPLICAÇÃO DA PRIMEIRA]. A primeira condição é assim exposta: ao Estado é útil ter mantenedores de coisas passíveis de serem vendidas para que possam ser prontamente encontradas por pessoas que queiram comprá-las ou que delas necessitem. Ademais, em um estágio ulterior é útil ao Estado ter fornecedores daqueles bens necessários dos quais não tem abundância e que, não obstante, são úteis e necessários. Daí se segue que o mercador, que fornece o bem do país onde abunda aquele bem a outro país em que aquele bem falta ou é estocado para que prontamente seja encontrado para a venda por quem quiser comprá-lo, faz algo útil ao Estado. – Eis o que basta à primeira condição.

[EXPLICAÇÃO DA SEGUNDA]. A segunda se depreende naturalmente, pois todo aquele que serve o Estado em um trabalho honesto deve viver de seu trabalho. Eu disse honestamente por causa das meretrizes e de outros que vivem desonestamente. Mas aquele que fornece ou conserva, serve honesta e utilmente o Estado; portanto, ele deve viver de seu trabalho. E não somente ele, mas todo aquele que pode vender sua diligência e solícitude: é necessário que o que transfere um bem de um povo para outro tenha grande diligência para que considere de que bens certo povo tem abundância e necessidade; logo, pode de modo justo, para além da manutenção necessária para si e sua família, julgada para esta necessidade, receber um preço correspondente por sua diligência; e, em segundo lugar, além desse preço, receber algo correspondente a seus riscos. Pois se é importador, importa, e faz isso com risco seu; ou se protege os bens, encontra-se em perigo por protegê-los, e por causa desse perigo pode seguramente receber algo que lhe seja correspondente e, sobretudo, se alguma vez, sem culpa sua, em tal serviço da comunidade sofre prejuízo: como, por exemplo, o mercador que certa vez, ao importar, perdeu um navio carregado com a maior parte de seus bens; e outro que, em outra ocasião, por causa de um incêndio acidental, perde bens muito preciosos que conserva pelo Estado.

[23] Todas essas questões são confirmadas, pois o quanto devesse o legislador justo e bom retribuir a algum servidor do Estado, tanto pode ele mesmo, caso não o faça o legislador, receber do Estado sem extorquir. Mas se houvesse um bom legislador em um país indigente, deveria contratar por alto preço estes mercadores que trazem bens necessários e que guardam os bens que trazem, e não somente proporcionar o sustento para eles e sua família, mas também utilizar a sua diligência, risco e conhecimento prático; portanto, também isso podem os próprios mercadores considerar ao [oferecer coisas] para a venda.

Dessas duas condições requeridas em uma negociação justa, fica patente como alguns negociadores são censuráveis, como, por exemplo, aqueles que não importam nem conservam, e nem por sua diligência é melhorado o que pode ser vendido, nem é estabelecido um preço fixo para o valor do que oferecem para venda, mas somente compram para que imediatamente, sem nenhuma dessas condições requeridas [para uma atividade

comercial justa], vendam. Esses deveriam ser eliminados do Estado ou exilados: e chamados, como em francês, de *regratier*, ou seja, vendedor desonesto, pois impedem a imediata troca dos que querem comprar ou fazer uma transação econômica e, por conseguinte, tornam qualquer coisa passível de venda ou útil mais cara para o comprador do que deveria ser e mais barata para o vendedor; prejudicando, deste modo, ambas as partes. ∞