

A RESPONSABILIDADE DO SENHORIO POR
VÍCIOS DO PRÉDIO. A PRESENÇA DA TRADIÇÃO
ROMANISTA NO «SCOTS LAW»

LA RESPONSABILIDAD DEL ARRENDADOR POR DEFECTOS EN
EL INMUEBLE. LA PRESENCIA DE LA TRADICIÓN ROMANISTA
EN EL «SCOTS LAW»

LANDLORD'S LIABILITY FOR DEFECTIVE PREMISES. THE
PRESENCE OF THE CIVILIAN TRADITION IN SCOTS LAW

David Magalhães

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra
(Portugal) Faculty of Law, IJ Univ Coimbra

Sumario: *I. Introdução: a coincidência de soluções entre o Scots Law e o direito alemão. II. Perspectiva histórico-dogmática. II.A. Da iurisprudencia romana a Windscheid e ao BGB, passando por Hugo Donelo. II.B. O Scots Law em especial. II.B.1. A recepção da locatio conductio rei no Scots Law desde a Idade Média. II.B.2. O papel do direito romano no desenvolvimento do Scots Law. II.B.3. A responsabilidade do senhorio por vícios do prédio: dos institutional writers à decisão Todd v. Clapperton. III. Conclusões.*

Resumen: en lo que se refiere a la responsabilidad del arrendador por defectos en el inmueble arrendado, la coincidencia entre el § 536a BGB y el derecho escocés (sentencia *Todd v. Clapperton*) es el foco principal de esta investigación. Como en muchas otras cuestiones, en este tema el Derecho escocés sufrió una gran influencia del Derecho romano y de la tradición romanística desarrollada desde la Edad Media.

La regla de responsabilidad objetiva formulada por *Todd v. Clapperton* con respecto al propietario que no entrega el inmueble sin defectos ciertamente ha excedido lo que las «autoridades anteriores» habían escrito, como señala *McAllister's Scottish Law of Leases*. Pero es fascinante como la teoría de la garantía implícita de buen estado construida por Donellus se reflejó en la decisión *Buchanan contra Stark* (1776) y ambas fueron usadas (la primera en Alemania, la segunda en Escocia) para cargar al arrendador con una regla de responsabilidad objetiva. Esto no debe sorprender. El derecho escocés formaba parte del universo del *ius commune* y una evolución similar de la *interpretatio* de D.19,2,19,1 es una de las muchas pruebas de ello. Por lo tanto, una cultura jurídica común es una explicación adecuada para la mencionada coincidencia.

Palabras clave: derecho escocés, derecho romano, tradición romanística, contrato de arrendamiento, responsabilidad del arrendador por defectos en el inmueble arrendado.

Abstract: about the landlord's liability for defective premises, the coincidence between § 536a BGB and the Scots Law (*Todd v. Clapperton* decision) is the main focus of this research. As in many other issues, in regard to this subject the Scots Law is heavily influenced by Roman Law and the Civilian doctrine developed since Middle Ages.

Todd v. Clapperton's strict liability rule concerning the landlord's failure to deliver the premises without defects has certainly overstretched what the «earlier authorities» had written, as it's pointed out by *McAllister's Scottish Law of Leases*. But it's fascinating how Donellus' implied warranty theory was mirrored by the *Buchanan against Stark* decision (1776) and how both were used (the former in Germany, the latter in Scotland) to burden the lessor with a strict liability rule. Not surprising, although. The Scots Law was part of the *ius commune* universe and a similar evolution of the *interpretatio* of D.19,2,19,1 is one of many proofs of that. Therefore, a common legal culture is a suitable explanation for the aforementioned coincidence.

Keywords: Scots Law, Roman Law, Civilian tradition, lease contract, landlord's liability for defective premises.

Recepción original: 06/06/2022

Aceptación original: 07/11/2022

I. INTRODUÇÃO: A COINCIDÊNCIA DE SOLUÇÕES ENTRE O SCOTS LAW E O DIREITO ALEMÃO

A propósito da responsabilidade do senhorio por defeitos do prédio no ordenamento jurídico escocês, e citando a decisão *Todd v. Clapperton*¹, Melissa T. Lonegrass expõe que:

«Um aspecto peculiar da abordagem escocesa é o padrão de cuidado imposto depender de o senhorio não entregar as dependências locadas em condições de habitabilidade ou não as manter nessas condições. No primeiro caso, existe uma responsabilidade objectiva por danos sofridos pelo arrendatário, independentemente de o senhorio conhecer ou dever conhecer o vício que causa o dano. No segundo caso, contudo, há muito que se considera a responsabilidade do senhorio dependente do conhecimento efectivo ou presumido do vício. Por outras palavras, o senhorio é responsável pelos danos decorrentes de um vício posterior apenas se conhecesse o vício ou o devesse conhecer e fosse negligente na sua reparação. Justifica-se a exigência de o arrendatário notificar os danos posteriores, pois o senhorio não está na posse das dependências e, por isso, não pode ser responsabilizado por vícios cuja existência não podia descobrir»².

Embora esta descrição seja absolutamente rigorosa, a «abordagem escocesa» não é assim tão peculiar. De facto, o §536a,1 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil alemão) contém uma regra idêntica:

“Se um defeito no sentido do §536 existir aquando da celebração do contrato de locação, ou se tal defeito surgir subsequentemente devido a uma circunstância que lhe for imputável, ou o locador estiver

¹ *Neil Todd v. Myles Clapperton and another* [2009], Outer House, Court of Session, 112 (disponível em <https://www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=1d3a86a6-8980-69d2-b500-ff0000d74aa7>). O aresto foi proferido por Iain Peebles, Lorde Bannatyne.

² «A unique aspect of the Scottish approach is that the standard of care imposed depends on whether the landlord failed to deliver the premises in a habitable condition, or whether the landlord failed to maintain the premises in a habitable condition. In the former case, the landlord is strictly liable for the tenant's losses regardless of whether the landlord knew or should have known of the defect causing harm. In the latter case, however, a landlord's liability has long been considered conditioned upon actual or constructive knowledge of the defect at issue. In other words, a landlord is liable for harm arising from a later-arising defect only if it is one of which the landlord knew or should have known, and was negligent in failing to repair. The notice requirement for later-arising defects is justified on the ground that the landlord is not in possession of the premises, and thus should not be held liable for defects for which no practical means of discovery exists» — LONEGRASS, Melissa T., «Convergence in Contort: Landlord Liability for Defective Premises in Comparative Perspective», in *Tulane Law Review*, n.º 85, 2010, págs. 444-445.

em mora na eliminação do vício, o locatário pode exigir indemnização por danos, sem prejuízo dos direitos do § 536»³.

Ambos os sistemas consagram, assim, uma responsabilidade objectiva do senhorio pelos danos causados por vícios originários e uma responsabilidade por mera culpa no que diz respeito aos danos causados por vícios supervenientes. Como o sistema jurídico alemão se insere na família romano-germânica e o *Scots Law* constitui um sistema híbrido, que combina elementos do *civil law* e do *common law*⁴, a convergência de soluções — que, como vimos, chega a passar despercebida — merece ser analisada como exemplo da importância do direito romano e do *ius commune*, que naquele assentou, para a construção da experiência jurídica ocidental. De facto, a presença da tradição romanista no direito escocês é pacificamente aceite e abundantemente estudada⁵; o tema de que aqui trataremos ilustra-o de forma extremamente interessante, dados os caminhos muito diversos que chegaram a resultados tão próximos.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICO-DOGMÁTICA

II.A. Da *iurisprudentia romana* a Windscheid e ao BGB, passando por Hugo Donelo

As principais fontes romanas sobre a responsabilidade do locador por vícios materiais encontram-se em D.19,2,30 pr.⁶ (ví-

³ «Ist ein Mangel im Sinne des § 536 bei Vertragsschluss vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später wegen eines Umstands, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter unbeschadet der Rechte aus § 536 Schadensersatz verlangen».

⁴ O carácter híbrido do direito escocês deve-se a uma combinação das suas raízes romanas (não exclusivas, contudo) com um sistema de precedentes. Cf., numa primeira aproximação, DEWART, Meghan H., *The Scottish Legal System*, Bloomsbury Professional, 6th ed., 2019, pág. 307.

⁵ Cf., por exemplo, GORDON, William M., «Roman Law in Scotland», in EVANS-JONES, Robin (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, The Stair Society, Edinburgh, 1995, págs. 13-40, e ROBINSON, O.F. / FERGUS, T.D. / GORDON, W. M., *European Legal History*, Butterworths, London/Edinburgh/Dublin, 3rd ed., 2000, págs. 228 ss.

⁶ D.19,2,30 pr. (*Alfenus libro tertio a Paulo epitomarum*): «Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti domini praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere» («Alguém tomou de arrendamento um prédio

cios posteriores à entrega) D.19,2,19,1 (vícios anteriores ou contemporâneos)⁷.

Surgia no primeiro texto, de modo muito claro, uma responsabilidade a título de culpa pelo vício superveniente: se o edifício fosse demolido apenas para se reconstruir melhor, o senhorio estava obrigado a pagar ao arrendatário aquilo que este perdera pela saída dos sublocatários; se a demolição se revelara efectivamente necessária, dado o mau estado do prédio, havia apenas lugar a uma diminuição da renda, proporcional ao tempo em que os sublocatários não tinham podido usar os apartamentos⁸.

Por seu turno, no trecho de Ulpianus conservado em D.19,2,19,1, distinguia-se entre a locação de potes para guardar vinho e o arrendamento de pastos. Se os potes fossem defeituosos e permitissem que o vinho se derramasse, o locador responderia mesmo que desconhecesse o defeito, já que a sua ignorância não era desculpável. Mas, se o pasto era nocivo e matava ou lesava o gado apascentado, o locador apenas respondia se conhecesse a toxicidade da erva; desconhecendo-a, apenas havia remissão da renda⁹.

por trinta, para dar em locação cada apartamento e de todos perceber quarenta; o proprietário do prédio demoliu-o, dizendo que tinha um vício. Pergunta-se: em quanto se deve estimar o litígio se aquele que tomara em locação todo o edifício exercesse a acção de condução? Respondeu que, se for necessário demolir o edifício viciado, deve fazer-se um cálculo proporcional àquilo por que o proprietário dos prédios os arrendou, porque os sublocatários não os puderam habitar naquele tempo, e em tanto se estima o litígio; se, contudo, não tivesse sido necessário demolir, mas se quis edificar melhor, deve ser condenado no que interessasse ao arrendatário na não saída dos sublocatários»).

⁷ D.19,2,19,1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*): «Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pasuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit» («Aquele que sem saber tiver dado em locação potes defeituosos, derramando-se depois o vinho, ficará obrigado ao que importa ao locatário, nem a sua ignorância será desculpada; e assim escreveu Cassius. De outro modo será se deste em locação um pasto onde nascia erva má; aqui, se o gado morreu ou se deteriorou, responderás pelo que importa se o sabias, se o ignoravas não pedirás a renda, como aceitavam Servius, Labeo e Sabinus»).

⁸ Cf., por exemplo, KASER, Max, «Periculum Locatoris», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, n.º 74, 1957, págs. 157-158, e RHODE, Andreas, *Die Garantiehafung des Vermieters und ihr Verhältnis zum Unmöglichkeitensrecht in dogmengeschichtlicher und modernrechtlicher Sicht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992, pág. 14.

⁹ Remete-se para MAGALHÃES, David, *A Disciplina da Responsabilidade do Locador pelos Vícios da Coisa: Um Exemplo da «Vida Vivente» do Direito Romano*, in *Revista General de Derecho Romano*, n.º 26, 2016, págs. 2-5.

A exegese de D.19,2,19,1 revela-se difícil, atentas as diferentes soluções apresentadas consoante o objecto locado e, por isso, surgiram no *ius commune* vários entendimentos sobre quais seriam os critérios de responsabilidade emergentes daquele texto. Mostrou-se majoritária a opinião que vislumbrava um critério geral de responsabilidade do locador por mera culpa: era indesculpável a ignorância do vício dos potes, mas já seria compreensível que se desconhecesse o defeito dos pastos¹⁰.

Assinale-se que também se verificou uma corrente segundo a qual a regra geral seria a da responsabilidade do locador por dolo, o que se reflectiria na solução apresentada para a locação de pastos. Portanto, o critério de mera culpa apresentado por Ulpianus quanto aos potes seria excepcional¹¹.

No século xvi, o humanista francês Hugo Donelo¹² ensaiou uma explicação inédita para a responsabilidade por potes defeituosos: a regra geral seria a responsabilidade do locador por culpa (o que abrangeria a solução apresentada para pastos), mas, quanto aos potes, o locador estava obrigado a indemnizar os danos causados pelo derramamento do vinho, ainda que desconhecesse os vícios dos recipientes, pois quem concedeu em locação dizendo «pote» estava a referir-se a um recipiente adequado. Se permitisse vazamento de líquido, nem sequer se tratava de um pote¹³.

Assim, Donelo não enquadrava no critério da culpa a responsabilidade do locador de potes que ignorava os seus defeitos. Aos seus olhos, tratava-se de uma responsabilidade objectiva e assentava no não cumprimento do compromisso de locar «potes», entendidos estes como recipientes sem defeitos — o que configurava uma garantia tácita de não existência de vícios da *res*¹⁴.

¹⁰ Mais desenvolvimentos em MAGALHÃES, D., *A Disciplina da Responsabilidade do Locador pelos Vícios da Coisa*, cit., págs. 5-12.

¹¹ MAGALHÃES, D., *A Disciplina da Responsabilidade do Locador pelos Vícios da Coisa*, cit., págs. 12-16.

¹² Sobre Hugo Donelo e o seu decisivo papel como sistematizador do *ius civile*, cf. STEIN, Peter, *Donellus and the Origins of the Modern Civil Law*, in «Mélanges Felix Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixantedixième anniversaire», Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1993, págs. 439 e ss., e MOHINO MANRIQUE, Ana, «Donello Ugo (1527-1591) Doneau Hugues», in *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 19, 2002, págs. 401 e ss.

¹³ DONELO, Hugo, *Commentariorum de Jure Civili*, in «Opera Omnia», Tomus Tertius, cum notis HILLIGUERI, Osualdi, Ad Signum Clivus, Florentiae, 1841, Lib. XIII, Cap. VII, nº XVI, cols. 853-854.

¹⁴ MAGALHÃES, D., *A Disciplina da Responsabilidade do Locador pelos Vícios da Coisa*, cit., págs. 16-18.

*Esta visão não obteve sucesso imediato. Até ao século XIX foi seguida esparsamente pela doutrina do *ius commune* — o seu afloramento nas obras do belga Arnold Baert e de Wissenbach constitui uma excepção. É na Alemanha de oitocentos que o texto de Ulpianus vai ser recorrentemente interpretado segundo a perspectiva de Donelo. Na verdade, até se foi até mais longe, com a extensão dessa solução aos vícios contemporâneos da entrega de *res* diferentes de potes, através da generalização da garantia tácita de inexistência de vícios — o que se verifica, nomeadamente, no «Lehrbuch des Pandektenrechts» de Windscheid¹⁵.*

Ora, ao participar nos trabalhos preparatórios do BGB, Windscheid propôs a indemnização dos danos causados ao locatário por vício que já existisse ao tempo da conclusão do contrato; a ocorrência de danos por vício posterior só geraria direito a indemnização mediante culpa do locador¹⁶. O § 506 do projecto da primeira Comissão acolheu a proposta de Windscheid, o que, segundo os *Motive*, radicava numa equiparação entre a falta de determinadas características da *res* cuja existência o locador garantira e os vícios originários imputáveis ao locador¹⁷. Como expõe Klaus Luig, tal paralelismo trazia ínsito o entendimento de que a garantia do bom estado da coisa fazia parte da natureza do contrato de locação; a estatuição de uma responsabilidade objectiva foi disso uma decorrência¹⁸.

A solução foi acolhida no § 538,1 BGB (hoje § 536 a,1), e, como vimos, significa que os danos causados por vícios não supervenientes geram uma responsabilidade objectiva do locador.

Independentemente do acerto da interpretação e da bondade da solução, este percurso permite compreender como, da reflexão jurisprudencial romana até Windscheid e ao BGB, surgiu um regime de responsabilidade objectiva por vícios da *res* contemporâneos da sua entrega. Estudaremos, no ponto seguinte, o caminho seguido pelo *Scots Law* e que chegou a um resultado semelhante.

¹⁵ MAGALHÃES, D., ob. cit., págs. 18-19.

¹⁶ MAGALHÃES, D., *A Disciplina da Responsabilidade do Locador pelos Vícios da Coisa*, cit., pág. 35.

¹⁷ MAGALHÃES, D., *A Disciplina da Responsabilidade do Locador pelos Vícios da Coisa*, cit., pág. 36.

¹⁸ LUIG, Klaus, «Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB», in *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag*, De Gruyter Berlin/New York, 1984, págs. 124-125 (republicado in *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Keip, Goldbach, 1998).

II.B. O Scots Law em especial

II.B.1. A recepção da locatio conductio rei no Scots Law desde a Idade Média

A recepção da figura da *locatio conductio rei* no direito escocês remonta à Idade Média¹⁹. O célebre repositório do Scots Law com o título *Regiam Majestatem*, de cerca de 1320, já lhe faz menção, no Livro III (*De debitis laicorum*), Capítulo XIV (*De locato & conducto*)²⁰. É apontada a inspiração de boa parte da *Regiam Majestatem* no *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* (1088)²¹ e tal asserção confirma-se aqui totalmente, pois é seguido de muito perto o Capítulo 18 do Livro X do célebre *Glanvill* (como a obra é vulgarmente conhecida, devido à autoria de Ranulf de Glanvill)²². Vejamos, então, o tratamento da locação por essas fontes medievais.

¹⁹ Para uma perspectiva histórica do arrendamento na Escócia, HOGG, Martin, «Leases: Four Historical Portraits», in REID, Kenneth / ZIMMERMANN, Reinhard, *A History of Private Law in Scotland*, vol. 1 — Introduction and Property, Oxford University Press, New York, 2000, págs. 363 ss.

²⁰ A *Regiam Majestatem* pode encontrar-se, por exemplo, em HOÛARD, David, *Traité sur les Coutumes Anglo-Normandes*, vol. II, Rouen, Chez Le Boucher le Jeune, 1776. Na parte que nos interessa, veja-se a pág. 195:

«Ex locato quidem & conducto, solet Res quandoque deberi, utpote, cum quis locat rem suam aliis, vel ad certum terminum, certa interveniente mercede.

² Tenetur Locator rem suam locatam ad usum dare, conductor vero mercedem solvere.

³ Sciendum autem est, quod elapso termino, potest Locator licite suam rem locatam, etiam sua propria auctoritate recipere.

⁴ Sed quid si Conductor censum suum statuto tempore non solverit: numquid in hoc casu licet Locatori, ipsum sua auctoritate expellere vel non?

⁵ Tu dic: quod Emphyteota Ecclesiae, si cessaverit per Biennium in solutione pensionis suae cadit à Jure Tuo & potest expelli, per Praelatum Ecclesiae.

⁶ Praedictus vero Contractus, qui ex privatorum consensu, factus fuerit: & habere privatas conventiones consueverit: non solet in Curia Domini Regis tueri, & quidem in talibus Contractibus, qui quasi quaedam privatae conventiones censi possunt, Curia Domini Regis intromittere se non solet».

²¹ Por todos, ROBINSON, O.F. / FERGUS, T.D. / GORDON, W. M., *European Legal History*, cit., pág. 163.

²² GLANVILL, Ranulf de, *Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Anglie*, John White & E. Brooke, Londres, 1780, págs. 175-176: «Ex locato quoque et ex conducto solet res quandoque deberi; ut cum quis locat rem suam alii usque ad certum terminum, certa interveniente mercede. Hic enim tenetur locator rem locatam ad usum dare; conductor quoque, solvere mercedem. Sciendum autem quod, elapso termino, potest locator se licite in re sua locata etiam sua auctoritate recipere. Sed quid si conductor censum suum statuto termino non solverit, nunquid et in h c casu licet locatori ipsum sua auctoritate expellere? Praedictos vero contractus, qui ex privatorum consensu - fiunt breviter transegimus; quia, ut praedictum est, privatas conventiones non solet Curia domini Regis tueri; et quidem de talibus contractibus, qui

Em ambos os trabalhos se apresenta um contrato baseado no consenso das partes, pelo qual o *locator* concedia («dava») o uso de uma coisa sua ao *conductor*, mediante o pagamento de uma retribuição, a *merces*. Salientava-se o carácter temporário da concessão do uso, que permitia ao locador recuperar o objecto quando o período contratual tivesse decorrido, sendo lícito fazê-lo pelos próprios meios. Mas colocava-se uma questão: perante a falta de pagamento tempestivo da *merces*, poderia o locador por si mesmo proceder ao despejo? A *Regiam Majestatem* chama, então, à colação a enfiteuse de bens da Igreja, na qual a falta de pagamento da *pensio* durante um biénio permitia ao prelado o despejo, num claro endosso da possibilidade de a expulsão do locatário poder ocorrer ao fim de dois anos de inadimplemento, executada pelo próprio *locator*. Os dois textos terminam com uma nota semelhante: os contratos fundados no mero consenso de particulares, como a locação, não eram conhecidos pelo Tribunal Régio²³.

É notório que se tratava da *locatio conductio* romana, não só pela terminologia usada (*locator*, *conductor*, *merces*, *pensio*, etc.), como pelo regime jurídico indicado:

- Está presente o carácter contratual do instituto e a sua consensualidade, isto é, tratava-se de um contrato que produzia os efeitos apenas por força do acordo de vontade das partes²⁴.

quasi privae quaedam conventiones censeri possunt, se non in tromittit Curia domini Regis».

²³ Explica esta questão, de índole processual, AMES, J. B., «Parol Contracts Prior to Assumpsit», in *Harvard Law Review*, vol. 8, n.º 5 (Dec. 26, 1894), págs. 252-264.

²⁴ Recordem-se os seguintes textos do *Corpus Iuris Civilis*.

· D.44,7,1,1 (*Gaius libro secundo aureorum*): «Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu» («As obrigações provenientes de contrato são contraídas através de coisa, palavras ou consenso»).

· D.44,7,2 pr. (*Gaius libro tertio institutionum*): «Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis» («Fazem-se pelo consenso as obrigações nas compras e vendas, locações, conduções, sociedades e mandatos»).

· D.44,7,52,9 (*Modestinus libro secundo regularum*): «Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit» («Também o mero consentimento basta para a obrigação, ainda que se possa exprimir por palavras»).

· D.19,2,1 (*Paulus libro 34 ad edictum*): «Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio» («Por ser natural e do direito das gentes, a locação e condução não se contrai com palavras, mas pelo consenso, como a compra e venda»).

^{sobre a locatio conductio romana como contrato consensual, vd. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema Contractual Romano*, 3ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 294-295, ou PLESSIS, Paul J. du, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE — 284 CE*, Brill, Leiden/Boston, 2012, pág. 17.}

- É descrito o esquema obrigacional básico que deriva das fontes romanas, com as obrigações de o locador proporcionar o gozo da *res* e de o *conductor*, em contrapartida, pagar uma *merces*²⁵.
- Revelava-se um perfeito conhecimento do direito de o locador despejar o locatário quando terminasse o prazo contratual estabelecido pelas partes (algo que até devia fazer se quisesse impedir a *relocatio* tácita)²⁶.

²⁵ São compulsáveis nesse sentido:

- D.19,2,15 pr.-1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*): «pr. Ex conducto actio conductori datur. 1. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat...» (pr. É dada ao locatário a acção de condução. 1. E compete comumente por estas causas como, por exemplo, se não se lhe permitiu fruir a coisa que tomou em locação...»).
- D.19,2,2 pr. (*Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*): «Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.» («A locação e condução é semelhante à compra e venda e rege-se pelas mesmas regras jurídicas. Tal como a compra e venda se contrai se houver acordo sobre o preço, também se considera contraída a locação e condução se se tiver acordado sobre a renda»).
- D.19,2,20 pr.-1 (*Paulus libro 34 ad edictum*): «pr. Sicut emptio ita et locatio sub condicione fieri potest: 1. Sed donationis causa contrahi non potest» («pr. Tal como a compra, também a locação pode ser feita sob condição. 1. Mas não pode ser contraída por causa de doação»).
- D.19,2,25 pr. (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*) it.: «Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur: sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac condicione stare locationem (...) sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta» («Se a renda tiver sido prometida a arbítrio de outra pessoa em geral, não se considera que tenha sido contraída locação e condução; mas se foi prometida por quanto Titius estimar, há locação sob essa condição (...) mas se ele não tiver querido ou podido definir a renda, a condução não tem valor, como se não tivesse sido estabelecida renda»).

Cf. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, cit., págs. 288-289, 296, 300-301; PLESSIS, P. J. du, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE — 284 CE*, cit., págs. 20, 180-181.

²⁶ Tal decorre dos textos que se seguem.

- D.19,2,13,11 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*): «Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione (...) reconduxisse videbitur» («Aquele que se mantém na locação depois de decorrido o prazo (...) considera-se que voltou a tomar em locação»).
- D.19,2,14 (*Ulpianus libro 71 ad edictum*): «Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intellegitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare...» («Quem tomou em locação por prazo determinado é arrendatário depois de terminado esse prazo: entende-se que o proprietário concede novamente em locação quando permite que o arrendatário permaneça no terreno...»).

- Colocava-se a questão da possibilidade de o locador despejar o locatário pelos seus próprios meios quando a *merces* não fosse paga e, na *Regiam Majestatem*, obtinha-se a resposta afirmativa com recurso à disciplina da locação e da enfiteuse de bens eclesiásticos, o que corresponde ao determinado por Justiniano em duas constituições, contidas em N.7,3,2 (de 535)²⁷ e N.120,8 (de 544)^{28 29}.

Não deixa dúvidas, pois, uma cabal recepção da *locatio* romana, tal como era transmitida pela compilação justinianeia. Mesmo não havendo aceitação unânime de que tenha sido ela a raiz da locação

Acerca da *relocatio* tácita, v.g.. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, cit., págs. 313-314, e a monografia de MARTÍNEZ VELA, José Antonio, *Régimen Jurídico de la Tácita Reconducción en Derecho Romano y su Proyección en el Derecho Actual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, especialmente págs. 141-222.

²⁷ N.7,3,2: «Scire autem emphyteotas convenit quia, si in biennio continuo non exolverint emphyteoticum canonem (hoc enim tempus pro triennio aliorum hominum sufficere ad casum ecclesiasticarum aut ptochicarum emphyteosium pro non soluto canone ponimus), fient omnino extranei emphyteomatis, et volentibus praepositis sacrarum domuum licebit praedia aut domos defendere, nullam metuentibus meliorationum redditionem» («Convém aos enfiteutas saber que, se durante dois anos contínuos não pagarem o cânone enfiteutico (porque estabelecemos que, em vez dos três anos das outras pessoas, é suficiente este tempo no caso da enfiteuse eclesiástica ou de hospícios de pobres, não tendo sido pago o cânon), se farão de toda a maneira estranhos à enfiteuse e, se os encarregados das casas sagradas quiserem, ser-lhes-á permitido retirar os prédios ou as casas, sem reccar a restituição de benfeitorias»).

²⁸ N. 120,8: «Si vero quis aut locator aut emphyteosa alicuius rei competentis aut sanctissimae maiori ecclesiae aut alteri venerabili domui in quolibet loco nostrae reipublicae constitutae (...) per biennium non intulerit quod ab eo promissum est emphyteoticum aut locationis canonem (...) damus licentiam venerabili domui, ex qua locatio aut emphyteosis facta () eici de emphyteosi sive locatione ...» («Se, na verdade, o locador ou enfiteuta de alguma coisa pertencente à Santíssima Igreja maior ou a outra venerável casa situada em qualquer local da nossa república (...) não tiver pagado durante um biénio o cânon locatício ou enfiteutico, autorizamos a venerável casa pela qual se fez a enfiteuse (...) a expulsá-lo da enfiteuse ou locação...»).

²⁹ Cremos que o recurso à disciplina da enfiteuse eclesiástica advém de as fontes justinianeias não conterem, quanto aos arrendamentos habitacionais, textos que previssem expressamente o despejo por falta de pagamento da *merces*. Recorde-se, a propósito, que D.19,2,54,1 (*Paulus libro quinto responsorum*) se refere exclusivamente ao despejo no contexto de arrendamentos rurais. Para encontrar um arrimo sólido, que permitisse responder à questão que já se formulava no *Glanvil* (poderia o locador proceder à expulsão do locatário que não pagou a *pensio*?), lançou-se mão do estatuído por Justiniano para a locação e a enfiteuse das *res ecclesiasticae*, nas quais o senhorio podia por si mesmo despejar o locatário/enfiteuta, quando ocorresse falta de pagamento do cânon durante dois anos.

Sobre as novelas 7 e 120 como parte do estatuto jurídico justinianeu das *res ecclesiasticae*, CUENA BOY, Francisco, «Para una Comparación Histórico-Jurídica de las *Piae Causae* del Derecho Romano Justiniano con el *Waqf* del Derecho Islámico», in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002, pág. 290.

escocesa³⁰, a sua presença na Escócia desde tempos remotos é absolutamente inquestionável.

II.B.2. O papel do direito romano no desenvolvimento do Scots Law

Obviamente que o valor do direito romano no âmbito do *Scots Law* não foi absoluto, mas teve um papel prático inestimável no preenchimento das muitas lacunas do *ius proprium* e, com isso, foi parte importantíssima do *corpus iuris* vigente na Escócia.

No seu *Jus Feudale*, de 1603, Sir Thomas Craig (1538/1608) indicava que as «Regno romanorum legibus» apenas tinham carácter vinculativo se respeitassem as leis naturais e a *recta ratio*, mas reconhecendo que muito a elas se necessitava de recorrer, face à escassez de leis escritas nacionais³¹.

As *Institutions* do Visconde de Stair (1619/1695) apontam o grande peso do *Civil Law* (bem como do direito canónico e do direito feudal) enquanto os costumes ainda não estivessem formados, embora não tivesse autoridade legal, pois apenas era recebido pela sua equidade e conveniência, acabando por ser um exemplo argumentativo a usar por similitude³². O que — diga-se — confirma o carácter de repositório subsidiário. A própria obra de Stair é, em várias partes, um exemplo de utilização massiva das fontes romanas³³.

Outra coisa não dimanava das Instituições da autoria de Sir George Mackenzie (1636/1691), de acordo com as quais a grande influên-

³⁰ Para o panorama dos pontos de vista em presença, HOGG, M., *Leases*, cit., 371-377.

³¹ CRAIG, Thomas, *Jus Feudale*, Gleditsch et filium, Leipzig, 1716, I, 2, §8, pág. 18: «Nos tamen in hoc qualicumque regno Romanorum legibus ita obligamur, quatenus legibus naturae & recte rationi congruunt (...) apud nos scriptarum legum maxima inopia, & naturaliter in plerisque negotiis jus Civile sequimur...».

³² STAIR, *The Institutions of the Law of Scotland, Deduced from Its Originals, and Collated with the Civil, Canon, and Feudal Laws, and with the Customs of Neighboring Nations*, Heir of Andrew Anderson, Edinburgh, 1693, I,1,16, pág. 10: «Our Customs as they have arisen mainly from Equity, so they are also from the Civil, Canon and Feudal Laws, from which the Terms, Tenors and Forms of them are much borrowed, and therefore, these, especially the Civil Law) have great weight with us: namely in cases where a Custom is not yet formed; but none of these have with us the Authority of Law, and therefore are only received according to their Equity and Expediency, *Secundum bonum & equum* (...) these Laws are an example, after the similitude whereof the Parliament proceeded».

³³ ROBINSON, O.F. / FERGUS, T.D. / GORDON, W. M., *European Legal History*, cit., pág. 228.

cia do direito romano cessava apenas quando as leis ou os costumes da Escócia o afastassem³⁴.

Tal relação do *Scots Law* com o direito romano espelha o que em geral se cristalizou na Europa do *ius commune*: este era fonte subsidiária dos *iura propria*, dada a incompletude dos últimos³⁵.

II.B.3. A responsabilidade do senhorio por vícios do prédio: dos institutional writers à decisão Todd v. Clapperton

Pressupondo estas considerações, passemos a uma análise de alguma da literatura institucional escocesa acerca da responsabilidade do locador por vícios da *res*³⁶. Começamos com *Stair*, que descreve as obrigações de o locador entregar a *res* e permitir o seu gozo durante o tempo contratual, de reembolsar as «despesas necessárias» feitas pelo locatário (ressalvando-se usos locais opostos) e de fazer as reparações de que os prédios urbanos carecessem³⁷, não se apontando qualquer critério de responsabilidade — o que contrasta com a minuciosa aná-

³⁴ MACKENZIE, George, *The Institutions of the Law of Scotland*, William Brown, Edinburg, 1730, I,1,7, págs. 2-3: «The Romans having studied with great Exactness the Principles of Equity and Justice, their Emperor Justinian did cause digest all their Laws into one Body, which is now called by most polite Nations (for its Excellency) the Civil Law; and as this Civil Law is much respected, generally, so it has great Influence in Scotland except where our own express Laws or Customs have receded from it».

³⁵ Sobre o ponto, em geral e por todos, CAVANNA, Adriano, *Storia del Diritto Moderno in Europa. Le Fonti e il Pensiero Giuridico*, vol. I, Giuffrè Editore, Milão, 1982, págs. 59 e ss., GROSSI, Paolo, *L'Ordine Giuridico Medievale*, 5ª edição, Editori Laterza, 2010, págs. 229 e ss., e SANTARELLI, Umberto, «*Ius Commune*» e «*Iura Propria*»: *Strumenti Teorici per l'Analisi di un Sistema*, in «*Rivista di Storia del Diritto Italiano*», n° 62, 1989, págs. 417 e ss. Especificamente quanto ao *Scots Law*, v.g., ROBINSON, O.F. / FERGUS, T.D. / GORDON, W. M., *European Legal History*, cit., págs. 231-232; DOLEZALEK, Gero, *Scotland under Jus Commune*, vol. I, The Stair Society, Edinburg, 2010, págs. 3 e ss.; DU PLESSIS, Paul J., «A Dialogue between Legal Theory and Legal Practice — Thoughts from the *Ius Commune*», in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, ano 77, 2013, n° 2 (Abril), pág. 381.

³⁶ Os *institutional writers* são o pequeno grupo de juristas cujas obras (ou algumas delas) são consideradas fontes formais do *Scots Law* — cf. ROBINSON, O.F. / FERGUS, T.D. / GORDON, W. M., *European Legal History*, cit., pág. 234.

³⁷ STAIR, *Institutions*, cit., I,15,6 pág. 130: «The obligation on the part of the locator, is to deliver the thing located, and to continue it during the time of the location, and to refund to the conductor his necessary expenses employed upon the thing hired, unless the custom of the place be otherwise; and so the reparation and upholding of houses set in *praediis urbanis* lieth upon the setter, if it be not otherwise agreed».

lise que a esse propósito se apresenta em relação ao locatário³⁸. Nenhuma menção há a qualquer garantia do estado inicial da *res*.

Lorde Bankton (1685/1760) referia expressamente a acção concedida ao locatário contra o locador para lhe exigir indemnização pelos danos que culposamente causasse ou se conhecesse um defeito da *res* e não lho revelasse. Surge notório, pois, um critério de responsabilidade por culpa que, quanto aos vícios materiais, exigia o dolo do locador. Com base em D.19,2,19,1, Bankton apontava que danos acidentais ou causados por terceiros apenas permitiam ao locatário uma remissão ou redução da renda³⁹.

O principal tratamento dado por John Erskine (1695/1768) à locação, nos seus *Principles of the Law of Scotland*⁴⁰, surge a propósito dos direitos adquiridos pelo vassalo ao obter o feu (concessão fundiária de natureza hereditária)⁴¹. Expõe-se a obrigação de o locador de prédios rústicos entregar em bom estado os edifícios ligados à terra, o que para o locador de prédios urbanos se estenderia a todo o tempo de duração de contrato, e, quanto aos vícios supervenientes, remete-se para um aresto do *Court of Sessions*⁴², no qual se reconheceu ao arrendatário o direito de remitir ou reduzir proporcionalmente a renda se o uso da casa fosse prejudicado por ocorrência não imputável a culpa do senhorio (decisão Francis Hamilton, 2 de Janeiro de 1667)⁴³. Ou seja,

³⁸ STAIR, *Institutions*, cit., I,15,5, pág. 130.

³⁹ BANKTON, *An Institute of the Laws of Scotland in Civil Rights, With Observations Upon the Agreement or Diversity Between Them and the Laws of England*, vol. I, Fleming, 1751, I, 20, 9, págs. 431-432: «The Conductor or Hirer has action against the Letter, to oblige him (...) for all damages sustained thro' the fault of the letter or defect of the thing known to the letter, and concealed from the taker (...) and where the loss or damage happens by accidental occasions, or the deeds of third parties, the damage is restricted to a diminution of the hire, or loss of the rent».

⁴⁰ Primeira edição de 1754.

⁴¹ Sobre esta figura, HOGG, M., *Leases*, cit., págs. 369-371.

⁴² ERSKINE, John, *The Principles of the Law of Scotland*, Bell & Bradufte, London, 1809, II, 6, 17, págs. 189-190: «In tacks of land, the setter is commonly bound to put all the houses and office-houses, necessary for the farm, in good condition at the tenant's entry (...) But in tacks of houses, the setter must not only deliver to the tenant the subject set, in tenantable repair, at his entry, but uphold it in that repair during the whole years of the tack; and if it should become insufficient before the ish, though without the setter's fault, the tack-duty must either be entirely remitted, or suffer an abatement, in proportion to the damage sustained by the tenant, 2. Jan. 1667, Hamilton».

Tack é a palavra escocesa para locação, sendo frequente o seu uso até aos inícios do século XIX: HOGG, M., *Leases*, cit., pág. 364.

⁴³ Francis Hamilton, 2 de Janeiro de 1667: «the house became insufficient in the roof, and the defender, before the term, required the pursuer to repair the same, which he did not; and the neighbouring house, called, The Tower of Babel, falling upon the roof, made it ruinous. It was answered, That was an accident without the

em lado algum da exposição de Erskine surge qualquer garantia ou responsabilidade objectiva do senhorio.

Mas, em 1776, o *Court of Sessions* decidiu (*Buchanan against Stark*, de 23 de Julho) que sobre o senhorio recaía uma obrigação implícita de entregar o imóvel em estado adequado, o que não era prejudicado por uma cláusula aposta ao contrato, através da qual se assacassem ao arrendatário o dever de manter a casa em condições de ser arrendada⁴⁴. Ora, ao tratar da questão das reparações da *res* locada, George Bell (1770/1843) — o último dos *institutional writers*⁴⁵ — invocou expressamente esta jurisprudência quando expôs uma garantia implícita do estado adequado da *res*⁴⁶.

No seu tratado sobre arrendamentos, Robert Hunter (1791/1871) apresenta a mesma solução para os arrendamentos agrícolas, citan-

pursuer's fault, and the tenant ought to pursue those whose tenement it was that fell». The Lords found the reason was not relevant to liberate from the mail, unless the suspender had abstained to possess; but found it relevant to abate the duties in so far as he was damnified». Cf. MORISON, William Maxwell, *The Decisions of the Court of Session, From Its Institution Until the Separation of the Court Into Two Divisions in the Year 1808*, Archibald Constable, Edinburgh, 1811, volumes XXIII-XXIV, pág. 10121, Disponível *online* em <https://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/1667/Mor2410121-056.pdf>.

A situação *sub iudice* teve contornos peculiares. Perante a derrocada de uma casa vizinha, sugestivamente denominada «Torre de Babel», o telhado do imóvel arrendado pelo réu sofreu danos. Face a essa ocorrência, o réu deixou de pagar a renda devida. Decidiu-se que, como o vício surgira sem culpa do senhorio, o arrendatário não lhe deveria ter pedido responsabilidades, mas sim ao vizinho. Também não se lhe reconheceu o direito de não pagar a renda, uma vez que continuara a possuir, mas considerando-se ser-lhe lícita uma diminuição da prestação, na medida em que tivesse sofrido dano.

⁴⁴ *Buchanan against Stark*, 23 de Julho de 1776: «In a lease set by Buchanan to Stark, Stark became bound «to keep and maintain the whole housing on the said lands in a sufficient tenable condition.» The Lord Pitfour, Ordinary, found that this clause did not liberate the master from the obligation, incumbent upon him, to put the houses in repair at the tenant's entry; that this obligation was implied». Cf. BROWN, M. P., *Supplement to the Dictionary of the Decisions of the Court of Session*, volume V, W. & C. Tait, Edinburgh, 1826, pág. 515. Disponível *online* em <https://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/1600/Brn050515-0550.pdf>.

⁴⁵ ROBINSON, O.F. / FERGUS, T.D. / GORDON, W. M., *European Legal History*, cit., pág. 236.

⁴⁶ BELL, George, *Principles of the Law of Scotland*, 3rd ed., Oliver & Boyd, 1833, § 1253, pág. 338: «From the nature of the contract warrandice is implied on the landlord's part to make the subject effectual to the tenant or fit for its purpose (...) and so to put houses and fences in due repair». Sobre a importância dos *Principles* de Bell, cuja primeira edição é de 1829, cf. REID, Kenneth G. C., «From Text-Book to Book of Authority: The Principles of George Joseph Bell», in *The Edinburgh Law Review*, vol. 15, n.º 1, 2011, págs. 6-32.

do, nomeadamente, Bell e a decisão de 1776⁴⁷. E também Sir John Rankine (1846/1922) reconhecia existir no *common law* escocês uma «condição implícita» de os imóveis arrendados serem adequados, o que fora repetido pelo *statutory law*, em 1885, quanto aos arrendamentos habitacionais^{48 49}.

A já mencionada decisão *Todd v. Clapperton* utilizou a garantia assim construída para alicerçar uma responsabilidade objectiva do locador por vícios da coisa já existentes no momento da entrega. O percurso argumentativo usado no aresto é significativo e, por isso, vamos dedicar-nos a ele.

Os factos *sub iudice* reconduziam-se a uma lesão corporal do arrendatário: ao entrar na sala de estar, a respectiva porta de madeira com quinze vidraças foi-se fechando lentamente na sua direcção, o que o levou a tentar impedir o fecho, colocando a mão direita numa das vidraças; em resultado, o vidro partiu, ferindo-lhe a mão. Os danos foram avaliados em 25 mil libras esterlinas.

A decisão enquadrou a situação no *Housing (Scotland) Act 1987* (lei do arrendamento habitacional de 1987), secção 113 e parágrafo

⁴⁷ HUNTER, Robert, *A Treatise on the Law of Landlord and Tenant*, II, 4th ed., Bell & Bradfute, Edinburgh, 1876, V, 7, 1, 3, pág. 219: «The lessor is under an implied obligation to put the houses, offices, and fences, into sufficient condition, at the lessee's entry, which is ordinarily called «tenantable repair»...».

⁴⁸ RANKINE, John, *A treatise on the law of leases in Scotland*, Bell & Bradfute, Edinburgh, 1887, XI, págs. 219: «The rule, as applied to urban tenements, is that they shall be Subjects to be put into habitable and tenantable condition by the landlord. This common law obligation is not confined as in English common law to furnished houses. So that the 12th section of the Housing of the Working Classes Act, 1885, was not needed in Scotland, however salutary a reform it may have operated in England. It enacts that — In any contract made after the passing of this Act for letting for habitation by persons of the working classes a house, or part of a house, there shall be implied a condition that the house is, at the commencement of the holding, in all respects reasonably fit for human habitation». Para os arrendamentos rurais, pág. 222 («The lessor is under an implied obligation to put the houses, offices, and fences on a farm at the lessee's entry into the condition which is known as 'tenantable repair', that is, such a condition as will render them (or at least the houses and offices, for fences may require renewal before the close of an ordinary agricultural lease) capable of lasting, with ordinary care, to the ish; and also to furnish such buildings as will enable the tenant to cultivate the land according to the mode contemplated in the lease»).

⁴⁹ O *common law* escocês é formado pelos costumes que se cristalizaram através de decisões judiciais e, por isso, foi sendo constituído por precedentes. Na sua formação participaram os direitos romano e canónico, bem como a doutrina (não só escocesa, mas outrossim de outras nações, nomeadamente Itália, França e Alemanha), alguma da qual — como se viu — veio a ser considerada *institutional*. Já o *statutory law* tem natureza legislativa e foi reforçando ou modificando o *common law*. Vide DÉWART, M. H., *The Scottish Legal System*, cit., págs. 306-307.

fo 1(2) do Anexo (*Schedule*) 10⁵⁰: «em qualquer contrato a que este parágrafo se aplique haverá, não obstante estipulação em contrário, uma condição implícita de que a casa no início do arrendamento está adequada em todos aspectos à habitação humana, bem como um compromisso de que assim será mantida pelo senhorio durante o contrato»⁵¹.

Esta norma mais não seria do que uma consagração legislativa do *common law* escocês e teria a intenção de os arrendatários não serem privados dos direitos que aquele já lhes reconhecia⁵². Ora, à luz do *common law*, o senhorio garantiria implicitamente que, no início do contrato, o imóvel estaria em estado adequado⁵³, como decorreria dos *Principles* de Bell e de várias obras posteriores, nomeadamente o tratado de Rankine⁵⁴.

Tratando-se de uma garantia, continua o aresto, existiria uma «obrigação absoluta» e não seria relevante saber se o vício contemporâneo da entrega era oculto e não poderia ser descoberto por uma «inspeção razoável»⁵⁵. Até à entrega, o senhorio teria um controlo

⁵⁰ *Todd v. Clapperton*, 27.

⁵¹ «In any contract to which this paragraph applies there shall, notwithstanding any stipulation to the contrary, be implied a condition that the house is at the commencement of the tenancy, and an undertaking that the house will be kept by the landlord during the tenancy, in all respects reasonably fit for human habitation». Para os arrendamentos actuais é aplicável a secção 13 do *Housing (Scotland) Act 2006*.

⁵² *Todd v. Clapperton*, 108 e 119.

⁵³ *Todd v. Clapperton*, 109.

⁵⁴ *Todd v. Clapperton*, 110-115: «[110] Bells Principles says: «Warrantice is implied on the landlord's part to make the subject effectual to the tenant or fit for its purpose, and so put the houses and fences in due repair.» See paragraph 1253. [111] *The Laws of Scotland, Stair Memorial Encyclopaedia*, volume 13, at paragraph 254 says: «there is an implied warranty that the subject are reasonably fit for the purpose of the lease. This applies at the date of entry» [112] *Paton and Cameron - Landlord & Tenant* at page 130 refers to this obligation as an «implied warrantice». [113] *Gloag and Henderson's Introduction to the Law of Scotland* at page 768 contrasts the continuing obligation with the initial implied obligation and states in relation to the obligation to keep that it is not a warranty that no disrepair will occur, nor is there an absolute duty to keep the subjects free from defects, it amounts to an undertaking to put matters right on being given notice. [114] *Rankine on Leases* at page 242 also contrasts the continuing obligation to keep reasonably fit for human habitation and the initial obligation to put in a condition which is reasonably fit for human habitation by saying that the continuing obligation is not a warranty and is not an absolute duty. [115] It appears that both in *Gloag and Henderson* and in *Rankine* it is considered that the initial obligation is a warranty».

⁵⁵ *Todd v. Clapperton*, 116-118: «[116] A warranty in my view is a guarantee, or, put another way is an absolute obligation. [117] Accordingly in my view there is a clear and unwavering acceptance that at common law the initial obligation is different from the continuing obligation and that the initial obligation is in the nature of a

absoluto do imóvel, pelo que se justificaria a sua responsabilidade objectiva pelos danos causados por vícios originários; só a indemnização dos danos provenientes de vícios posteriores dependeria de culpa do locador, que já não teria o controlo sobre o prédio e apenas poderia eliminar os defeitos após ser notificado da existência deles⁵⁶.

Impõe-se uma apreciação da decisão. Como é evidente, as maiores dificuldades nesta matéria surgem perante danos causados por vícios ocultos existentes à data da entrega, como, por exemplo, defeitos de concepção ou de construção, que razoavelmente não possam ser conhecidos pelo locador. Se o vício só se manifesta após a entrega, é evidente que o locador tem a obrigação de o eliminar e, se não o fizer num período cóngruo após ter sido avisado da situação, terá de indemnizar o locatário pelos danos causados por essa mora. Mas é problemático assacar ao locador, que não tivesse podido conhecer o vício, um dever de indemnizar pelos danos logo ocorridos quando o defeito se torna aparente — *v.g.*, um tecto desaba sem que nada o fizesse esperar⁵⁷.

Com efeito, diversos espécimes jurisprudenciais escoceses dos finais do século xix e inícios do século xx recusaram uma responsabilidade objectiva do locador⁵⁸. Cita-se, a título de exemplo, a decisão *Harbison v. Robb*, proferida em 9 de Maio de 1878 pelo *Ordinary Court of Lanarkshire*⁵⁹, relativo ao caso de um arrendatário que, enquanto estava sentado frente à lareira, ficou ferido na cabeça devido à queda inopinada de gesso do tecto.

O aresto considerou que: o vício era oculto; não havia nas circunstâncias concretas qualquer prova de culpa do senhorio; não havendo também qualquer garantia por vícios ocultos, o arrendatário não tinha o direito de exigir indemnização pelos danos, dada a ausência

warranty or guarantee. Thus in my view in construing the implied condition in terms of the statute at the outset of the tenancy it should be construed as an absolute obligation, that is as a warranty. [118] Accordingly in that I have held that the obligation at the outset is a warranty then it is no answer to say that the defect was latent at that time and was not discoverable by a reasonable inspection».

⁵⁶ *Todd v. Clapperton*, 119-120. Note-se que, apesar deste entendimento sobre o direito aplicável, o senhorio foi absolvido, pois não se considerou provado que a lesão sofrida pelo arrendatário tivesse sido causada por um uso normal do imóvel, tudo indicando que fora empregada força excessiva para impedir que a porta se fechasse.

⁵⁷ Neste sentido, RICHARDSON, Lorna / ANDERSON, Craig, *McAllister's Scottish Law of Leases*, 5ª ed., Bloomsbury Professional, Edinburgh/London/New York/Dublin, 2021, pág. 82.

⁵⁸ RICHARDSON, L. / ANDERSON, C., *McAllister's Scottish Law of Leases*, cit., pág. 83.

⁵⁹ GUTHRIE, William, *Select Cases Decided in the Sheriff Courts of Scotland*, T. & T. Clark, 1879, págs. 287 ss.

de *culpa locatoris*. Reconheceu-se que, segundo os *Principles* de Bell, existe uma garantia implícita do adequado estado da *res*. Contudo, a sanção para o não cumprimento não seria a indemnização dos danos causados pelos vícios não aparentes, mas a remissão ou redução da renda, proporcional à diminuição do gozo da coisa. Para se chegar a essa conclusão, além de se invocarem fontes romanas onde — por oposição à indemnização de danos — surgia a remissão ou redução da renda quando o gozo do prédio fosse afectado sem culpa do senhorio (D.19,2,33⁶⁰; D.19,2,15,7⁶¹), alegava-se a falta de autoridades no sentido de uma responsabilidade objectiva por defeitos ocultos, dado que a solução estava ausente dos *Principles* e das *Institutions* de Erskine, dos *Principles* de Bell, bem como das autoridades por eles citadas⁶².

⁶⁰ D.19,2,33 (*Africanus libro octavo quaestionum*): «(...) Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.» Na parte do fragmento que interessa à nossa questão, Africanus arrazoava que, se o locador, ou alguém que ele pudesse impedir, proibissem o arrendatário de desfrutar o prédio rústico, o senhorio deveria prestar-lhe aquilo que o *colonus* receberia se tivesse ocorrido a fruição, abrangendo o lucro que não deixaria de obter; mas se o gozo fosse impedido por alguém que o senhorio não podia proibir, devido à sua maior força ou poder, o locador apenas ficava obrigado a aceitar a remissão futura da renda e a restituir as rendas que já lhe tivessem sido antecipadamente pagas. Sobre a passagem, vd., por exemplo, WACKE, Andreas, *Dig. 19,2,33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in «Aufstieg und Niedergang der römischen Welt», Teil II, Band 15, 1976, págs. 455-496, ou LAZO, Patrizio, «“Publicatio” Y “Periculum Rei Venditae»». Contribución a la Exégesis de D. 19.2.33», in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29, 2007, págs. 245-268.

⁶¹ D. 19,2,15,7 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*): «Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata: supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur» («Quando o valor da remissão seja calculado devido às causas anteriormente expostas, o arrendatário não está a exigir uma indemnização por danos, mas uma redução proporcional da renda; no restante, arrendatário arca com o dano sofrido pelas sementes»). O texto vem no seguimento da questão da *vis cui resisti non potest*, que levava à perda das colheitas (D.19,2,15,2). Cf., a propósito, DU PLESSIS, Paul J., *A History of Remissio Mercedis and Related Legal Institutions*, Sanders Instituut, Kluwer, Roterdão/Deventer, 2003, pág. 38.

⁶² «A tenant who had occupied a house for two years, was hurt while sitting at his fireside by the fall of part of the ceiling without warning or any apparent cause. Held, that in the circumstances there was no proof of fault on the part of the landlord, and no warrantice against latent defects such as to entitle the tenant to damages» (*Harbison v. Robb*, sumário da decisão, pág. 287). «A house is let for the purpose of habitation, and it may be said cannot be fit for that unless it is safe from such accidents as the fall of a ceiling; and accordingly it is said, «From the nature of the contract, warrantice is implied on the landlord's part to make the subject effectual to the tenant, or fit for its purpose, « and so to put the house in due repair (Bell's Pr.

Para o *Ordinary Court*, a responsabilidade do locador por vícios ocultos apenas podia ser analisada casuisticamente, atendendo à boa fé contratual e às consequências do defeito⁶³. Como apoio, lançava-se mão do nosso já conhecido texto contido em D.19,2,19,1 e da interpretação que lhe fora dada por jurisconsultos como Gerhard Noodt, Pothier e Voet: o locador de potes responderia quando conhecia o vício ou mesmo se não o conhecesse, porque à luz da boa fé o deveria conhecer; já que se tratava de um defeito que tornava a *res* completamente inútil para o fim de conter vinho; na locação de pastos, a boa fé admitia que o locador desconhecesse a existência de plantas nocivas, até porque a presença destas podia não retirar completa e necessariamente ao terreno a aptidão para os fins pretendidos⁶⁴.

1223). But the result of his failure to do so is not, so far as our books show, that he is liable for all damages ensuing, but only that the rent must be remitted or abated in proportion to the period for which the lessee is deprived of the enjoyment of the subject let (Dig. xix. 2, 33. 15, 7 et al; Ersk. Pr. ii. 6, 15; Inst. ii. 6, 39, 43; Bell's Pr. 1.c., and authorities there cited). Out of the many cases in which this principle has been appealed to, I am not able to find one in which it has been held to give rise to a claim for damages for a latent defect such as this. The absence of such authority is in itself a consideration of some weight against the pursuer» (*Harbison v. Robb*, pág. 290).

⁶³ "I should hesitate, however, to affirm that no case can occur in which a landlord will be liable for the damage naturally resulting from a latent defect in a house let to a tenant. But whether he is so or not, appears to be a question of circumstances. It depends on the nature of the subject let, and the character of the defect; for the warrandice which his contract infers against him is not an absolute warrandice against latent defects, but only (apart from questions of good faith) against such defects as destroy or materially impair the tenant's use and possession» (*Harbison v. Robb*, pág. 290).

⁶⁴ «The matter is illustrated by Ulpian in two cases which he puts (Dig. xix. 2, 19, sec. 1 loc. cond.): «Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenabitur in id quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata, et ita Ccassius [sic] scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest præstabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.» The reason of the distinction is explained by Noodt (Op. t. ii. p. 426, ed. 1724; comp. Pothier, Tr. de Bail a Rente, sec. 32; Tr. de Louage, sec. 12) to be that the locator hires out the cask for a special purpose, i.e. for holding wine; and if it turns out to be unfit for that purpose, he is liable in full damages if he knew of its unfitness, *quia dolus est*; if he did not know, because he is to blame for hiring out as sufficient a cask which could not serve the purpose intended, and he must in good faith make good the damage arising from its not being what he represented. On the other hand, the lessor of a grazing farm does not affirm that it is free from deleterious plants; he may in good faith be ignorant of their existence. Moreover, their growth does not necessarily and entirely destroy the fitness of the farm for its intended use. Reference may also be made to Voet's explanation of this much controverted passage, Com. xix. 2, 14 fin., and to the copious commentary of the greatest of the modern civilians, Donellus, Com. xiii. cap. vii. secs. 15—18, 23; Warnkönig, Com. vol. ii. p. 261» (*Harbison v. Robb*, págs. 290-291).

Ante este critério de culpa, que exigia ao locador de potes o conhecimento do carácter defeituoso das vasilhas, mas desculpava ao locador de pastos o desconhecimento da toxicidade da erva, considerou-se em *Harbison v. Robb* que o vício do imóvel cujo tecto desabara na cabeça do inquilino se aproximava da segunda situação. O senhorio apenas pode conhecer o que vê e, no caso, nada vira, nem o arrendatário lhe comunicara qualquer problema — a derrocada até fora repentina. À luz da boa fé, nenhuma censura lhe poderia ser feita. Acresce que o apartamento não ficara completamente inapto para a finalidade a que se destinava. Assim, o senhorio foi absolvido do pedido indemnizatório⁶⁵.

A decisão *Harbison v. Robb* traz à colação importantes elementos contrários a uma responsabilidade objectiva do locador no *common law* escocês. Efectivamente, Bell não liga a implícita «contract warranty» a uma obrigação de indemnização independente de culpa⁶⁶, o que em rigor a seminal decisão *Buchanan against Stark* e Erskine

⁶⁵ «Now this case seems to have more analogy to the letting of the grazing farm where there are some noxious weeds, than to the hiring out of the rotten vats. The latter were totally unfit for their purpose, and naturally are applied to the intended use in reliance on the representations of the lender, who, as Voet suggests, was probably in the case put the artisan who made them. But in the letting of a farm or a house, the lessee relies on his own examination. His eye is his merchant, as it were, even more than in the ordinary case of the sale of goods. In this case the house has been inhabited by the pursuer for years without any objection or loss except that arising from this unexpected and probably unavoidable accident. It has not been found unfit for its purpose, in consequence of the latent fault which has had the unfortunate result of injuring the pursuer. The flaw is not one which either infers bad faith on the part of the lessor, or a radical and total unfitness of the subject for the purpose for which it was let» (*Harbison v. Robb*, pág. 291).

⁶⁶ Como se observou, Bell liga a garantia implícita de bom estado à obrigação de reparação da *res* («to put houses and fences in due repair»), o que é muito diferente de assacar ao senhorio qualquer indemnização por danos. O direito ao cumprimento não se confunde com a responsabilidade contratual e Bell apenas refere o primeiro, não chamando à colação qualquer responsabilidade objectiva do locador.

No seu tratado sobre arrendamentos, aliás, Bell identificava a obrigação de entregar um imóvel adequado às finalidades do arrendamento, observando que a deterioração devida à passagem do tempo (mas não à negligência do arrendatário) o obrigava a reparar o prédio. **Nunca se faz qualquer referência a questões indemnizatórias.** Vd. BELL, Robert, *A Treatise on Leases. Explaining the Nature, Form, and Effect of the Contract of Lease, and the Legal Rights of the Parties*, vol. I, Archibald Constable, Edinburgh, 1825, pág. 321: «The landlord is also bound to deliver the houses on the farm to the tenant in a proper state of repair, and suitable for the purposes for which they are intended. The dwelling house fit for the accommodation of the tenant and his family; the stable and byres fit for the reception of the cattle; and the barns for preserving the grain. It follows, that if through decay occasioned by the lapse of time, and from no undue negligence on the part of the tenant, the houses become ruinous during the currency of the lease, they must be rebuilt by the landlord».

também não haviam feito. Nem Rankine o fez, nomeadamente a propósito dos vícios ocultos, bem pelo contrário⁶⁷.

Destarte, ao organizar posteriores edições dos *Principles* de Erskine, Rankine interpola nos seguintes termos uma passagem relativa à locação de coisa: «Locatio Rei. — In the location of things the lessor, [while retaining the ownership,] is obliged to deliver the subject fitted to the use it was let for, [but is not responsible for latent defects. If, being a specific thing it perishes by accident, he is not liable in damages. If it is thereby diminished in value, he must allow an abatement of the hire.]»⁶⁸. Afigura-se evidente, desta maneira, a recusa por Rankine de uma responsabilidade do locador por vícios contemporâneos ocultos, o que torna a sua obra absolutamente não convocável na construção de uma obrigação de indemnização sem culpa.

A própria doutrina do *ius commune* nunca seguira semelhante caminho, em momento algum se encontrando nela uma *interpretatio* dos textos romanos com tal sentido, pois mesmo Donelo e os seus seguidores até ao século XIX jamais defenderam a existência de uma genérica garantia tácita de bom estado das coisas locadas, limitando-se a vislumbrá-la quanto à locação de potes. O que permitiu ao *Ordinary Court of Lanarkshire*, na sua recusa de uma responsabilidade objectiva, a invocação do humanista francês, que qualifica como «the greatest of the modern civilians»⁶⁹.

O que fica exposto permite compreender as reservas dirigidas à decisão *Todd v. Clapperton*, nomeadamente porque, ao contrário do aí invocado, as «earlier authorities» não dão consistência à construção a que se procedeu⁷⁰.

⁶⁷ Como apontam, com razão, RICHARDSON, L. / ANDERSON, C., *McAllister's Scottish Law of Leases*, cit., págs. 82-83.

⁶⁸ ERSKINE, J., *Principles of the Law of Scotland*, 19^a ed. por RANKINE, John, Bell & Bradfute, Edinburgh, 1895, III, 3,5, pág. 344.

⁶⁹ É certo que a interpretação de Donelo quanto à locação de potes não se move no critério da culpa, ao contrário do que faz a decisão *Harbison v. Robb*. Mas, a respeito da locação de outras *res*, o humanista francês segue precisamente esse critério (assim, LUIG, K., *Zur Vorgeschichte*, cit., pág. 135, e RHODE, A. *Die Garantiehaftung des Vermieters*, cit., p 54), o que foi aproveitado pelo Tribunal de Lanarkshire para invocar a sua autoridade na identificação de uma regra geral de responsabilidade fundada na culpa do locador por vícios materiais.

⁷⁰ Neste preciso sentido, RICHARDSON, L. / ANDERSON, C., *McAllister's Scottish Law of Leases*, cit., pág. 84.

III. CONCLUSÕES

O paralelismo da evolução dos direitos alemão e escocês é inegável e intelectualmente fascinante. Quanto aos vícios supervenientes, ambos os ordenamentos consagram a responsabilidade do locador apenas se agir culposamente, o que não surpreende, pois é uma mera decorrência do já citado texto de Alfenus presente em D.19,2,30 pr.

No que diz respeito aos vícios contemporâneos, partiu-se da elaboração não legislativa de uma garantia tácita de bom estado inicial da *res*, avançando-se no sentido da responsabilidade objectiva do locador. De novo se chegou a soluções idênticas nos dois ordenamentos, embora neste caso através de caminhos distintos: na Alemanha, um sector da Pandectística desenvolveu o que Hugo Donelo defendera a propósito da locação de potes, estendendo-o aos vícios de qualquer *res*, o que passou para o BGB por intermédio de Windscheid; no *Scots Law*, a obrigação implícita de entregar ao arrendatário um imóvel em bom estado, definida na decisão *Buchanan against Stark*, de 23 de Julho de 1776, foi paulatinamente entendida pela doutrina como uma garantia, da qual *Todd v. Clapperton* desentranhou (embora de modo muito discutível) um dever de indemnizar o arrendatário pelos danos sofridos devido ao vício, ainda que sem culpa do senhorio.

Esta coincidência de resultados não deve constituir causa de admiração. É bem conhecida a presença do ideário humanista na Escócia, em boa parte por mediação da Jurisprudência Elegante neerlandesa⁷¹. A obra de Donelo estava, pois, amplamente divulgada, o que até se demonstra pela respectiva citação numa decisão judicial do último quartel de oitocentos, como *Harbison v. Robb*. Os escritos dos seguidores da sua interpretação sobre a locação de potes — como, por exemplo, Wissenbach, importante juriconsulto elegante — seguramente também não eram ignorados. Nenhum motivo há, portanto, para se estranhar que a *interpretatio* de D.19,2,19,1 no sentido de uma garantia de bom estado da coisa locada tenha influenciado o *Scots Law*. Este estava imerso no mundo do *ius commune*⁷² e natural se

⁷¹ Cf. CAIRNS, John W., *Importing Our Lawyers from Holland: Netherlands Influences on Scots Law and Lawyers in the Eighteenth Century*, in «Law, Lawyers, and Humanism. Selected Essays on the History of Scots Law», vol. 1, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, págs. 223 ss; BASTON, Karen G., *Humanist Books and Lawyers' Libraries in Early Eighteenth-Century Scotland: Charles Areskine of Alva's Library*, in DU PLESSIS, P. J. / CAIRNS, J. W. (eds.), «Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?», Edinburgh University Press, Edinburgh, 2016, págs. 348 ss.

⁷² CAIRNS, John W., *Ius Civile in Scotland, c. 1600*, in «Law, Lawyers, and Humanism. Selected Essays on the History of Scots Law», vol. 1, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2015, págs. 34 ss.

afigura que recebesse os mais diversos contributos da tradição romanista desenvolvida desde a Idade Média. Foi assim, aliás, que se construíram as bases do direito privado da Europa. Tratava-se de um direito e de uma ciência jurídica comuns.

Está, pois, muito longe de ser descabida a conclusão de que, tal como aconteceu na Alemanha, *Buchanan against Stark* e, na sua esteira, Bell, Hunter e Rankine, tenham estendido à locação de quaisquer *res* a teoria de Donelo sobre a presença, em D.19,2,19,1, de uma garantia tácita do bom estado dos potes de vinho. É certo que, ao contrário do pressuposto por *Todd v. Clapperton*, em nenhum desses elementos do *Scots Law* se defendeu uma responsabilidade objectiva por danos causados pela violação da garantia. Mas a decisão de 2009 deu o passo que faltava para reconhecer semelhante responsabilidade do senhorio independente de culpa, considerando-a conatural à garantia — entendimento que, como se observou, também prevaleceu nos trabalhos preparatórios do BGB⁷³. Mais uma vez se entrevê a chegada a uma solução idêntica porque o ponto de partida foi, certamente, o mesmo.

⁷³ Recorde-se LUIG, K., *Zur Vorgeschichte*, cit., págs. 124-125.