

VIR BONUS E BONA FIDES

GOOD MAN AND GOOD FAITH

RICCARDO CARDILLI

Doutor em Direito Romano pela Universidade de Roma – La Sapienza. Professor Catedrático de Direito Romano e Direito da Antiguidade da Faculdade de Direito da Universidade de Roma II – Tor Vergata.

cardilli@uniroma2.it

Recebido em: 18.02.2015

Aprovado em: 03.03.2015

ÁREA DO DIREITO: Civil; Fundamentos do Direito

RESUMO: O autor pretende elucidar o papel da boa-fé no direito romano, através da perspectiva do modelo da Lei no sentido de 'arte do bom e equidade'. Ele se concentra na relação entre dois conceitos da tradição civilista do Sistema de *Civil Law*. O modelo do 'bom homem' (cidadão) no sentido de 'homem honesto e o princípio da boa-fé' no direito contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito romano – Sistema de *Civil Law* – Princípio da boa-fé.

ABSTRACT: The Author wishes to elucidate the role of Good Faith in the Roman law, through the perspective of the model of Law in a sense of 'art of the good and equitable'. He focuses the relation between two concepts of the civilian tradition from the Private Law. The model of the 'good man' in a sense of the 'honest man and the principle of good faith' in the context of the law of contract.

KEYWORDS: Roman law – Civil Law System – Principle of good faith.

SUMÁRIO: 1. Direitos e valores – 2. O "*bonum*" no "*ius*" – 3. "*Vir bonus*" e "*agere*" em Catão o Censor – 4. "*Vir bonus*", "*bene agere*" e "*bona fides*" na perspectiva de Quinto Mucio Scevola.

1. DIREITOS E VALORES

As inquietudes* de *Jellinek* concernentes à problemática dos “conceitos jurídicos indeterminados”, presentes no Estado burguês de direito,¹ ou aquelas de *Luh-*

* A tradução do presente artigo foi realizada pela doutoranda Solange Guida e a Mestranda Luciana Maria Tavares Rodrigues – Università di Roma 'Tor Vergata'.

1. Veja-se, com relação ao tema, um acurado exame do problema em D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, *Arch. des öff. Rechts*, 82, 1957, 163 ss.

mann, no tocante ao nexo entre valores, princípios e conceitos² – no direito contemporâneo –, não são consideradas como *ex se* empregadas em um direito, como aquele romano que, por sua vez, foi capaz de implementar uma relação monolítica entre o seu conteúdo e a estrutura social, os modelos éticos e o momento religioso. Isto comporta, para o estudioso do direito romano, uma abordagem necessariamente desconstrutiva das áreas em que tal implementação esteja no cerne da reflexão jurisprudencial romana.

Em particular, seria tido como equivocado partir da *Isolierung* – separação conjecturada por Fritz Schulz – do momento jurídico, das reflexões (historicamente contextualizáveis) éticas ou da complexa trama social,³ sendo, por outro lado, necessário partir daquela contundente introdução do jurídico na cultura romana supramencionada, como dado caracterizante da problemática analisada no presente estudo.

2. O “*BONUM*” NO “*IUS*”

A definição do jurista Celso, de um *ius* como *ars boni et aequi*, consubstancia-se na imagem de uma realidade dinâmica que não capta a característica fundamental do direito, nem no âmbito da estrutura formal da “norma”, como o é na concepção kelseniana,⁴ nem, tampouco, no seio de uma atividade sapiente.⁵ Esta, contrariamente, realiza uma incomparável consolidação na noção de *ius*, entre momento de estrutura (*ars-techné* e não *scientia-episteme*) e o seu conteúdo valorativo (*bonum et aequum*). Não é casual que a maior dificuldade para compreender-se o real e profundo sentido da definição romana contida em Ulp. *1 inst.* D.1, 1, 1 pr., como definição de ‘direito’ – e não de ciência jurídica – tenha ocorrido a partir nos anos de 1900, no contexto de interpretações vigorosamente influenciadas pela concepção positivista do direito. Ao contrário, porém, como evidenciado pela mais atenta

2. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974 [= trad. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978].

3. F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, p. 13 e ss. [= trad. it. *I principii del diritto romano*, Firenze, 1946, p. 16 e ss.]. Contra a *Isolierung*, e, para o necessário saneamento conceitual no estudo do direito romano, vd. P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine ed attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p.VII-XV.

4. Fundamental F. GALLO, Celso e Kelsen. *Per una rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010.

5. Em particular, uma parte da doutrina insistiu na ideia de que, o fundamento jurídico-religioso da jurisprudência romana na ordem sacerdotal tenha culminado, com a laicização, em um estatuto sapiente do conhecimento jurídico que, por sua vez, repercutiria na definição celsina de *ius* e na exortação de Ulpiano, relativa à *vera philosophia*; vd., por exemplo, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto*, Torino, 2005, p. 57 e ss.; 361 e ss.; cf., outrossim, os autores citados *infra*, na nota n. 6.

doutrina, no mesmo contexto no qual *Ulpiano* resgata a definição *Celsina* de *ius*, ele relaciona à esta, uma acepção diferente da *iurisprudentia* (D. 1, 1, 1, 1: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniqui separantes, licitum ab illicito discernentes...*). Assim sendo, para além de sua colocação histórica e das suas raízes no pensamento antigo, essa definição evoca uma contextualização problemática e uma valorização dos níveis da cognição humana, compreendidas nas atividades de réplica dos juristas romanos. De outro modo, em outros textos de *Ulpiano*, tais como *notitia* (*rerum divinarum et humanarum*) e *scientia* (*iusti atque iniusti*), estes exprimem uma concepção da *iuris prudentia*, dileta pela corrente “Justinianeia” (D. 1, 1, 10, 2; I. 1, 1, 1), com uma polaridade dogmática que impõe um confronto com a distinção de *Crisipo* entre *σοφία*, como *ἡπιστήμη οὐσα θεῶν καὶ τε καὶ ἀνθρωπείων πραγμάτων* (Sext. Emp. *adv. math.* IX, 123 = SVF II, 304, 25) e *φρόνησις* como *ἐπιστήμη ποιητέων τε καὶ οὐ ποιητέων* (Alexander Aphrod. *de fato* 37, 210 = SVF II, 297, 12-13).⁶ Esta, por sua vez, expressa uma concepção diferente da *iurisprudentia*, em relação àquela presente nas *Institutiones* do mesmo jurista (D. 1, 1, 1pr.).

A imagem de *ius* concebida pelo jurista *Celso*, onde o mesmo o qualifica como *ars boni et aequi*, é fruto de uma estreita confluência entre direito, sociedade e moral, na qual o momento do conteúdo do direito expressa conceitos de valor, que assumem, por sua vez, em um dado momento histórico, uma veste difusa e compartilhada (por toda a sociedade ou por uma parte elitizada da mesma, na qual todos os membros identificam-se entre si) de uma estrutura dinâmica, com vistas a atingir um objetivo comum. Trata-se de uma noção que permeia uma total reinterpretação jurisprudencial, das finalidades de aprimoramento reconhecidas à jurisprudência (Pomp. *Ench.* D. 1, 2, 2,... *in melius produci*) e ao *Edito* do Pretor Romano, onde *bonum et aequum* são expressivamente recorrentes nas *laudationes edicti* dos juristas. Parece, portanto, ser uma caracterização que centraliza e evidencia o pensamento dos juristas romanos, não sobre a ‘forma’ como veículo de espe-

6. Sobre *Ulp. 1 reg.* D. 1, 1, 10, 2 e a sua relação/confronto com a diferente concepção da jurisprudência em *Ulp.*, 1 *inst.* D. 1. 1. 1. 1, o debate é ainda fortemente vivo; Cf., M. J. SCHERMAIER, *Ulpian als ‘wahrer Philosoph’*. Notizien zum Selbstverständnis eines römischen Juristen, *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein*, Stuttgart, 1993, p. 303 e ss., em particular, 317 e ss.; D. DALLA, ‘Scientia’ e ‘notitia’ nella definizione di ‘iuris prudentia’ (D. 1, 1, 10, 2), *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo*, Napoli, 1997, I, p. 157 e ss.; G. FALCONE, *La ‘vera philosophia’ dei ‘sacerdotes iuris’*. Sulla raffigurazione *ulpiana* dei giuristi (D. 1. 1. 1. 1), *Aupa*. XLIX, 2004 [citado de um excerto com numeração autônoma], p. 78 e ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente* cit., p. 369-370; F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica, Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli, 2006, p. 1949 e ss., em particular p. 1954 e ss. Acerca da diferença entre *sapientia* e *prudentia* no *de officiis* de *Cícero*, vd. R. FIORI, *Bonus vir. Política filosofia retorica nel ‘de officiis’ di Cicerone*, Napoli, 2011, p. 221.

cificação daquilo que é jurídico, mas sim, acerca do ‘conteúdo substancial’ como elemento qualificante do *ius*.

Tal situação verifica-se, igualmente, em relação a outros veículos linguísticos de conteúdo, tal como a *fides*, a qual não parecia acarretar, no seio da sociedade romana arcaica, dúvidas acerca de seu significado, sendo este bem reconhecido e delineado pelos seus membros (seja porque era realmente comungado de forma coletiva, seja porque, mesmo sendo expresso pelo patriciado, era, outrossim, aceito pela plebe), e à sua difusão, primeiramente à *nobilitas* patricio-plebeia, e, consecutivamente, aos não romanos, com a necessária e fundamental qualificação de *bona*.⁷

Assim, tem-se que a contextualização dos valores expressos por uma sociedade faz-se necessária sempre que se depare com categorias de conteúdo variável – não se confundindo com aquelas de conteúdo indeterminado – as quais, sob um prisma histórico, necessitam de uma adequada verificação, assentada na sociedade e no quadro de valores expresso pela mesma. Trata-se, portanto, de uma temática que, desde sempre, ocupa a romanística com debates de alto nível.

Desta feita, neste cenário da problemática posta, cumpre ressaltar que se incluem, ainda, os modelos do *vir bonus* e da *bona fides*, categorias cuja definição de conteúdo não podem ater-se a uma verificação histórica concreta, não só de suas funções e das consequências que a estes conectam-se no âmbito jurídico, mas, também, do encargo-social, evocado através destes, no plano dos institutos jurídicos, nos quais assumem relevante posição.

3. “*VIR BONUS*” E “*AGERE*” EM CATÃO O CENSOR

No contexto das fontes, emerge uma antiga linha de aprofundamento do modelo do *vir bonus*, no âmbito do processo civil, no contexto probatório conexo à avaliação judicial. A mais antiga atestação é a de Catão, o Censor, que na sua *oratio pro L. Turio*, recorda uma antiga regra.⁸

7. Cf. a análise deste tema em R. FIORI, ‘*Fides*’ e ‘*bona fides*’. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, p. 237 e ss.

8. Acerca do testemunho, veja-se P. DE FRANCISCI, La prova giudiziale (a proposito di Gellio, N.A. 14,2), *Helikon* 1, 1961, p. 591 e ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. 1. Le ‘legis actiones’*, Roma, 1962, p. 411 e ss.; P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, p. 210 e s.; V. SCARANO USSANI, Caratteristiche delle persone e criteri giurisdizionali nell’età di Antonino Pio, *Ostraka* 1, 1992, p. 241-248; B. ALBANESE, La ‘sponsio’ processuale sulla qualifica di ‘*vir bonus*’, *SDHI LX*, 1994, p. 135 e ss.; G. FALCONE, L’attribuzione della qualifica di ‘*vir bonus*’ nella prassi giuridica d’età repubblicana (a proposito di Cato, or.frg. 186 Sblend. = 206 Malc.), *Aupa LIV*, p. 55 e ss.; R. FIORI, La gerarchia come criterio di verità : ‘boni’ e ‘mali’ nel processo romano arcaico, *Quid est veritas*, a cura

“Cato orat. fr. 206 [Malcovati] = Gell. noct. Att. XIV, 2, 26: atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur”.

No que concerne o assunto, não faz o menor sentido partir de uma perspectiva racionalista, direcionada a projetar os conceitos do modelo probatório atual.⁹ É, ao contrário, de grande utilidade evidenciar a ‘residualidade’ da regra em relação ao papel dos *testes* – testemunhas –, bem como, a sua estreita compenetração com um modelo de valor conexo à estrutura da sociedade, fundada sob uma visão ético-hierárquica.

A regra *tradita observataque dos maiores*, conforme assevera Catão, a diferença de como Favorino a enuncia ao próprio Gélcio (tratando, igualmente, da temática acerca da prova escrita [*tabulae*]),¹⁰ pressupõe um reconhecimento primário da validade do *petere*, exclusivamente através de *testes*, o que é um indício do enraizamento da própria regra nas *lege agere*,¹¹ sem que isto impeça, como demonstra o episódio relativo a Aulo Gélcio na qualidade de *iudex unus*, uma sua conservação no *agere per concepta verba*.

De outra parte, Catão *a fortiori* demonstra como o valor subsidiário da proibição do autor tivesse adquirido uma sua específica tecnicidade no âmbito do *agere per sponsionem*, onde a *sponsio* ‘*ni vir melior esset*’ podia condicionar, na falta de testemunhas, a vitória da pretensão de uma das partes. A regra recordada por

di C. MASI DORIA – C. CASCIONE, Napoli, 2013, p. 1-71 (cito da cópia da contribuição com numeração progressiva).

9. Sobre a ‘concretude’ de perspectiva da matéria das provas, em Roma, precisas e lúcidas as observações de E. LEVY, *Beweislast im klassischen Recht*, *Iura* 3, 1952, p. 155 e ss., em particular 155-156; M. KASER, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess*, *ZSS. R.A.*, LXXI, 1954, p. 221 e ss. Para uma ‘identificação’ entre prova e decisão no processo arcaico, importante G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, *Jus* 11, 1960, p. 348 e ss. [cito da IDEM, ‘*Coniectanea*’. *Studi di diritto romano*, Milano, 1966, p. 133 e ss., para a conclusão referida, vd. p.180-181].
10. Aul. Gell. noct. Att. XIV, 2, 21: *Suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui in oratione quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esset, quaereretur et, si pares essent seuboni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur*.
11. E. LEVY, *Beweislast* cit., p. 156; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle ‘legis actiones’*, Palermo, 1987, p. 135-136.

CARDILLI, Riccardo. Vir bonus e bona fides. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 267-288. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

Catão, de fato, tornava oportuno para o autor da ação um *agere per sponsionem* de tal conteúdo, toda vez que ele não pudesse demonstrar através de testemunhas o *dare oportere*. Isto induz a acreditar que a problemática fosse posta principalmente nos casos em que o *dare oportere* não fosse originado da *sponsio* formal (com consequente *iudicis postulatio*), mas fosse fundado sob uma *datio* informalizada (com consequente *condictio*). A *oratio* de Catão compreende como enraizado o uso da *sponsio* processual nos *mores maiorum*, tanto que utiliza a *fortiori* – vigorosamente – as consequências para o momento decisório, na causa por ele defendida, a favor do tal Túrio, causa esta que, em verdade, não havia sido concluída a *sponsio* ‘*ni vir melior esset*’.¹² Assim, caso não fosse possível produzir *testes* como fundamento da pretensão, a avaliação do *vir melior* assumia caráter de fundamentação do juízo a favor do autor, determinando-se, ao contrário, na hipótese na qual *ambo pares essent*, a absolvição do acusado (*illi, unde petitor, ei potius credendum esse*). Dessa forma, há, somente em via subsidiária, uma concepção de *favor rei*.

Assim, colocar-se sob uma ótica dogmática de *probationes* – e de avaliação probatória de uma realidade processual – pode alterar o significado profundo da regra. Essa, de fato, parece ser prodrômica à sua específica aplicação na *sponsio* processual, e aperfeiçoada, consequentemente, nas *lege agere*, onde, ao revés do mais recente *agere per sponsionem*, ela, mais do que ser expressão dos *certa verba* enunciados pelo autor da *condictio*, deveria ser aprimorada na *interpretatio* pontifícia, como fundamento idôneo das alegações do autor, incapaz de aportar testemunhas como sustentação da sua intimação *aio te mihi X milia dare oportere: id postulo aies aut neges* (Gai. IV, 17a). Um tal confronto pressupunha, precisamente, a oportunidade de uma sua utilização específica no *agere per sponsionem* toda vez que o autor não pudesse valer-se de outra coisa que não a sua palavra, de ter entregue a soma de dinheiro ao devedor. Assim, a avaliação prejudicial conduzida pela *sponsio* processual, acerca de uma maior credibilidade do autor, teria eliminado toda a questão acerca da existência do *dare oportere* anunciado.

Resta complicado estabelecer, portanto, em um contexto de tal ordem, uma distinta demarcação entre prova de direito e prova de fato. Dedicando um pouco de atenção à *conceptio verborum* da *sponsio* ‘processual’, não será custoso perceber que a mesma condiciona desfavoravelmente a pretensão, *si ambo pares essent*, vale dizer, se nenhuma das partes resultassem *vir melior* do que a outra, e, assim, a *aio* (afirmação) do primeiro equivalia ao *nego* do outro. Se, todavia, o autor perfizesse-se, consequentemente, ‘melhor’ do que o acusado, com base no modelo do *vir bonus*, prevaleceria a sua palavra contra aquela do acusado, o que seria suficiente para justificar uma decisão a seu favor. Nas testemunhas dos *mores*, prevalece, assim, em via residual, aquele cuja palavra induz maior confiança em consequência da sua maior credibilidade ético-social.

12. Exatamente B. ALBANESE, *La ‘sponsio’ processuale* cit., p. 138.

CARDILLI, Riccardo. *Vir bonus e bona fides*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 267-288. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

Os modelos valorativos (*vir bonus – vir malus*) evocados no momento da verificação judicial são estreitamente conexos, a meu ver, à estrutura da sociedade, esta, por sua vez, alicerçada sob uma visão ético-hierárquica. Em um recente debate acerca da temática *in quaestio*, entre Giuseppe Falcone¹³ que, a sua volta, propõe uma leitura ético-individual do modelo, e, Roberto Fiori¹⁴ que, por sua vez, os interpreta, ao invés, como um modelo hierárquico ético-social, parece-me de nobre utilidade evidenciar como é espinhoso imaginar a Roma dei *maiores* (em relação ao próprio Catão o Censor) sob uma perspectiva de uma ética individual desconectada da posição social do cidadão. Isto não quer dizer que, por exemplo, um *vir malus* pertencente à *nobilitas* fosse, por tal razão, preferido diante de um *vir bonus* do séquito dos *equites*, mas sim, que o modelo de comparação para decidir se o autor (nobre, cavaleiro ou proletário) era *vir melior* perante ao acusado, era aquele do *vir bonus*, como expressão de valores da *nobilitas*.¹⁵ Isto comporta problemas históricos complexos relativos à compreensão dos valores ético-jurídicos da *nobilitas* e, consequentemente, que espécie de legados possam ter sido efetivamente ramificados nas outras classes da sociedade romana. Por sua vez, é laborioso imaginar que os modelos valorativos expressos pelo *ius* desta época (III-II séc. a.C.) pudessem distanciar-se daqueles da classe da nobreza patrício-plebeia, da qual a *iurisprudentia*, à época vigente, era sólida expressão.

Isto posto, parece-me que as fontes em exame corroborem esta conclusão. Na causa em que o próprio Aulo Gélcio é *iudex* – provavelmente uma *condictio* formular em face de mútuo pecuniário (*petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque*; Aul. Gell. XIV, 2, 4) – os *multi patroni* do acusado (de que se diz que *hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convitumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum*; Aul. Gell. XIV, 2, 6) não contestam o conteúdo do modelo valorativo evocado, mas contestam a sua relevância no processo em curso, uma vez que se tratava de um *de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus* (Aul. Gell. XIV, 2, 8). E, além do mais, o próprio Gélcio, resolvendo não aplicar a regra dos *maiores*, o que teria comportado uma *condemnatio de moribus, non de probationibus rei gestae*, decide de jurar o *non liquet* (Aul. Gell. XIV, 2, 25). Há, portanto, à época de Aulo Gélcio, o enfraquecimento da difusão de uma regra embasada nos modelos ético-sociais, sólida resistente, ainda, nos *mores* dos *maiores*, e, disseminada plenamente à época de Catão o Censor, a favor de uma apreciação focalizada, exclusivamente, no âmbito da *probatio rei gestae*.

13. G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus'* cit., p. 91-92.

14. R. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali'* cit., p. 1 e ss.

15. Fala de “qualificação relativa” R. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali'* cit., p. 8. Para G. BROGGINI, *La prova nel processo romano* cit., p. 182, o testemunho de Catão demonstraria uma avaliação da “personalidade moral” e da “posição social de quantos intervenham no processo”.

CARDILLI, Riccardo. *Vir bonus e bona fides*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 267-288. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

Por outro lado, a escolha análoga de Flávio Fímbria (cônsul em 104 a.C.), *nec rudis in iure civili* (Cic. Brut. 129) que, na qualidade de *iudex*, provavelmente em um *agere per sponsionem* ‘*ni vir bonus esset*’, recusou-se a julgar o cavaleiro Lutazio Pinzia (*sanus honestus*) de modo a não prejudicar a sua fama de homem probo, nem, tampouco, reconheceu-lhe uma qualificação que lhe imputasse *innumerabilia officia et laudes*,¹⁶ evidencia a solidez e impenetrabilidade do modelo ético-social aristocrático do *vir bonus* que, não vem a ser, por assim dizer, relativizado *in peius*, mesmo perante uma pessoa efetivamente boa. Isto é tão verdadeiro que Flavio Fimbria decide de retirar-se do *munus iudicandi*, em razão da sua dificuldade em reconhecer “qual” *vir bonus*, igualmente “quem”, mesmo sendo uma pessoa virtuosa, tal fato por si só não satisfaz o excepcional encargo ético-social que lhes é reconhecido pela *nobilitas*.

Diante disso, duas considerações parecem-me relevantes. O *vir bonus*, que terá uma distinta incumbência ético-filosófica no momento da reflexão estoica, a qual penetrou em Roma por meio do helenismo, tem profundas raízes na sociedade romana pré-helenística, segundo uma área de significados jurídicos ancorados nos *mores maiorum*; e, uma específica consideração de âmbito processual, como critério residual de juízo da credibilidade do *agere*. Poder-se-ia dizer, então, que a apreciação pontifícia, segundo rituais jurídicos-sacrais, em que *testemunhas* são os deuses, dos quais o *sacramentum* é *iustum*,¹⁷

16. Cic. de off. III, 19, 77: <C.> *Fimbriam consularem aiebam de patre nostro puer iudicem M. Lutatio Pinthiae fuisse, equiti Romano sane honesto, cum is sponsionem fecisset ‘ni vir bonus esset’. Itaque ei dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum, ne aut spoliaret fama probatum hominem, si contra iudicavisset, aut statuisse videretur virum bonum esse aliquem, cum ea innumerabilibus officiis et laudibus contineretur*. A notícia é recordada também em Val. Max. VII, 2, 4. Sobre o caso emblemático de Fimbria, B. SCHMIDLIN, *La fonction de la ‘demonstratio’ dans les actions de bonne foi*, in *Studi Sanfilippo*, 1984, V, p. 718 e ss., em particular 722, o considera um sintoma da dificuldade de concretizar o critério do *vir bonus* quando ele esteja desconectado de uma função negocial típica. A perspectiva das razões indicadas por Cícero, com base nas quais Fímbria teria recusado a julgar Pinzia, evidenciam, sobretudo, uma ruptura entre o modelo ético-social de *vir bonus* como compreendido pela *nobilitas*, e o modelo ético-individual que Pinzia satisfazia. Para G. FALCONE, *L’attribuzione della qualifica di ‘vir bonus’* cit., p. 89, contrariamente, o testemunho confirmaria a “conotação ético-comportamental da noção de *vir bonus* (a menos que não se queira imaginar uma mudança ocorrida, antes dos anos de Fímbria, em relação a uma mais antiga, diferente perspectiva social da qualificação: o que, no entanto, constituiria a priori uma leitura, não justificada de confrontos textuais e, pelo contrário, em contraste com todos os cotejos textuais que dispomos e que foram até aqui compilados)”. R. FIORI, *Vir bonus*, cit., p. 343 e ss., evidencia, que a decisão de Fímbria de não julgar, fosse compreendida como expressão de ‘*prudentia*’. Posteriormente, este último estudioso aprofundou exaustivamente “o cotejo dos textos” nessa matéria, contrapondo-se à construção de Giuseppe Falcone, a presença de uma forte concessão ético-hierárquica em matéria, *La gerarchia come criterio di verità: ‘boni’ e ‘mali’* cit.
17. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le ‘legis actiones’*, Corso 1961-1962, Roma, p. 57-59; G. NICOSIA, *Il processo privato romano I. Le origini*, Torino, 1980, p. 127 e ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., p. 61-62.

matura no *agere* pós-decênviro, por sua vez desconsagrado, uma importância subsidiária (na ausência de *testes* humanos) do *vir bonus*, como modelo aristocrático de ‘credibilidade’ com o qual se pondera as contrapostas afirmações (*aio – nego*) das partes, no *agere in personam*.

A segunda consideração é aquela relativa ao papel de tal ponderação no plano do juízo, onde esta não deve ser mitigada a uma apreciação meramente probatória, mas sim, deve-se nela reconhecer a consubstancialidade – em ausência de atestações externas – do relevante *oportere* que fundamenta a condenação do acusado, não menos de quanto, no âmbito do *agere sacramento*, a dicotomia *iustum-iniustum* resolvia definitivamente a disputa. Essencialmente, o juiz confirmava o *centum dari oportere aio* do autor da *legis actio* quando, na ausência de *testes*, este findasse *vir melior* do que o acusado, e, assim, deveria prevalecer a insuspeição da sua afirmação, diante da negação do acusado. Do contrário, quando autor e acusado fossem ambos *virī boni* (*ambo pares essent*), este último não seria condenado.

Essencialmente, o *oportere* existe porque é afirmado pelo *vir bonus* (o qual, jamais levantaria um falso), co-determinando com a *datio*, a razão fundamentadora.¹⁸ Dessa feita, cria-se, por assim dizer, um mecanismo de interpenetração entre a existência do *oportere* e as *verba*, afirmadas no momento do *agere*, a partir do *vir bonus*, que encontra uma explicação apropriada mais no âmbito do *oportere* destacado da *sponsio*, e, tutelado ela *condictio*, do que no *oportere ex sponsione* da *iudicis postulatio*. Em essência, a *fides* a qual a *sponsio* concede forma e veste sacro-jurídico, produzindo, assim, o *oportere*, expande a sua força cogente na relação entre ‘credor’ e ‘devedor’, mesmo na ausência de uma formalização na *sponsio*, por meio da confiança das partes, quando trata-se de uma *datio*. E, assim, resta claro que tal credibilidade vem inserida no contexto dos valores ético-sociais, dos quais a *fides* reflete sua máxima representação, determinando, pois, uma excepcional relevância do modelo ético-jurídico do *vir bonus* para decidir se na disputa em curso existe, efetivamente, um *oportere* entre as partes. Trata-se, portanto, de um importante salto nas formas jurídicas relacionais, que não rompe, mas sim, expande o modelo inicial da *fides*. Pode-se dizer que é, provavelmente, o indício do caminho percorrido (primeiramente em contiguidade e, posteriormente, interagindo) para a construção dogmática mais refinada do *oportere ex fide bona*, construção já adquirida no sistema civilista de Quinto Mucio Scevola.

A *sponsio* processual (*‘ni vir melior esset’*), provavelmente, assinala um modelo de formulação intermediária, uma vez que insere um mecanismo prejudicial acerca

18. Poder-se-ia aqui abrir um rico discurso a R. Santoro, sobre a natureza ‘performativa’ do *agere* em relação às estruturas jurídicas nele materializadas. Acerca do assunto, indico o meu trabalho, com publicação próxima, *‘Damnatio’ e ‘oportere’ nell’obbligazione* (*Curso de direito romano*). Sobre a importância da *datio* e sobre a elaboração jurisprudencial das *causae* da *condictio* vd. A. SACCOCCIO, *‘Si certum petetur’*. *Dalla ‘condictio’ dei ‘veteres’ alle ‘condictiones’ giustinianee*, Milano, 2002, p. 51 e ss.

CARDILLI, Riccardo. *Vir bonus e bona fides*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 267-288. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

do reconhecimento do *oportere*, com base na credibilidade da alegação processual do autor. Cumpre evidenciar que a análise ‘inicial’, induzida do modelo do *vir bonus*, não penetra na estrutura do *oportere* (como ocorre no *oportere ex fide bona*), nem, tampouco, define em modo mais preciso, a área relacional assim regulada, como no *ut inter bonos bene agier oportet* da formula da *actio fiduciae*, mas sim, condiciona a sua tutela, ou algo essencialmente análogo, porém, em perspectiva de ação e não de exceção, à *exceptio extra quam si* do edito asiático de Quinto Mucio Scevola (Cic. *ad Att.* VI, 1, 15: <*ea res agatur*> *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*), com a qual a acionabilidade concedida *in iure*, era condicionada negativamente *apud iudicem* à verificação prejudicial da retidão.¹⁹

Trata-se, portanto, de um rico arcabouço de perspectivas e de caminhos experimentados pela jurisprudência, que não devem, necessariamente, ser acorrentados em dimensão evolucionista, mas que, ao contrário, representam esquemas que se colocam lado a lado no tempo, e, que, indicam a exigência de incluir a análise do *bonum in ius*.

4. “VIR BONUS”, “BENE AGIER” E “BONA FIDES” NA PERSPECTIVA DE QUINTO MUCIO SCEVOLA

Vir bonus, *bene agier* e *bona fides*, mesmo havendo nas fontes literárias, em particular nas filosóficas, contextos de significados autônomos, estes conectam-se em dois relevantes textos de Cícero, em estreita ligação com o direito.

“Cic. *De off.* III,17,70: *Nam quanti verba illa “Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim” quam illa aurea “Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione”. Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur ‘ex fide bona’. fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret”.*²⁰

19. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 320, fala de forma eficaz de “*denegatio actionis differita nel tempo*”.

20. Leia-se juntamente com Cic. *Top.* p. 65-66: *Toto igitur loco causarum explicato, ex earum differentia in magnis quidem causis vel oratorum vel philosophorum magna argumentorum suppetit copia; in vestris autem si non uberior, at fortasse subtilior. Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. / in omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi [vero] etiam ‘ut inter bonos bene agier’, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent: illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium*

Cícero, no terceiro livro do *De officiis*, no contexto de um aprofundamento da relação entre o útil e o honesto, questão fundamental para a escola estoica, porém, desconsiderada, por exemplo, pelos peripatéticos (Cic. *De off.* III, 3, 11), contrapõe à discussão filosófica indicada, exemplarmente, nas posturas de Diógenes da Babilônia (embaixador em Roma, em 156 a.C.), e de Antípatro de Tarso (seu aluno e mestre de Panécio), o surgimento de uma regra jurídica na experiência judiciária romana, em base a qual *tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium* (Cic. *De off.* III, 15, 62). Neste contexto, os exemplos de burla do banqueiro siciliano, Pythius, causando dano a Cânio, do *ordo equester* (III, 14, 58-60), ou do astuto, Cláudio Centômalos, em dano a Calpúrnio Lanário (III, 16, 66), ou a causa entre Gratidiano e Orata (III, 16, 67), evidenciam uma coerente representação do ‘modelo’ ético-jurídico que Cícero contrapõe àquele estritamente conexo à discussão filosófica, mas desta última, substancialmente reconduzido para o âmbito do dolo. Tem-se, portanto, uma certa exaltação de um ‘modelo’ romano, no qual se consubstanciam direito, ética e sociedade, que aflorou-se na prática jurídica, dando vida a um dever juridicamente sancionado, vinha para enriquecer as perspectivas filosóficas gregas. Deste modo, provavelmente, o *quid novi* do discurso ‘oficial’ de Cícero é, realmente, aquele de metabolizar, no conjunto filosófico de origem helenística, concepções romanas tradicionais.²¹

Em relação a este contexto, Cícero recorda a importância dos *verba* das *formulae* processuais, através dos quais teria encontrado expressão, bem como elevado a critério-modelo, a figura do *vir bonus*: como a cláusula *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*, ou os *concepta verba* da *actio fidei* *Ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*.

A construção da primeira ‘formulação’ em primeira pessoa, a torna inidônea para representar *concepta verba* de uma *formula*. Daí, o debate acerca da sua interpretação.

Otto Lenel considerava-os *verba solemnia*, relativos a uma antiga *legis actio fidei*.²²

Uma parte da doutrina considerou, elaborando a hipótese Leneliana, que a primeira formulação mencionada por Cícero seja uma particular “Spruchformel”, que representaria um precursor dos *iudicia bonae fidei*, em termos de *actio*, não fundada

socio, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognititis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.

21. Sobre a complexidade de leitura que o *de officiis* de Cícero impõe, vd. R. FIORI, ‘*Bonus vir*’. *Política filosofia retórica e diritto nel ‘de officiis’ di Cicerone* cit., as conclusões p. 351 e ss.

22. O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum’* cit., p. 293-294.

em uma lei (*sine lege*), mas sim, exclusivamente, sob o *imperium* da magistratura, que não encontraria uma sua modulação como as *formulae* escritas sucessivas, mas tipificar-se-ia, ainda, em *certa verba* para se pronunciar.²³

A respeito disso, outros autores a entendem como formulário não referente ao processo, mas a uma *nuncupatio* incluída no *gestum per aes et libram fiduciae causa*,²⁴ e, sucessivamente integrada em uma *legis actio*.²⁵ Para outros, por fim, seria impossível contextualizar convincentemente a sua proveniência.²⁶

A construção sintática em negativo poderia fazer pensar a uma condição prejudicial da ação. Em realidade, porém, o seu significado demonstra como a finalidade não seja aquela de condicionar o *agere*, quanto aquela de condicionar a *condemnatio*. Essencialmente, o *mancipio dans*, não tendo recuperado a restituição da *res Mancipi*, conforme estabelecido na *nuncupatio fiduciae causa*, o mesmo teria agido contra o *mancipio accipiens* não somente com o pressuposto de que *Tu* não tenha restituído a *res*, consoante o estabelecido no *gestum per aes et libram*, mas, outrossim, com o fim de evitar: *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*.

Cumprе ressaltar que, a partir de tal cláusula não era possível determinar uma análise prejudicial para a acionabilidade, mas sim, uma ampliação da apreciação das condições da condenação. Esta, por sua vez, seria possível, não somente quando o *mancipio accipiens*, havendo recebido de volta a soma que havia emprestado ao *mancipio dans*, não restituísse voluntariamente o bem, objeto da *mancipatio fiduciae causa*, mas, também, quando tal êxito adviesse impossível em razão de uma causa imputável a uma sua conduta (*propter te*), e a confiança nele depositada (*propter...fidem tuam*), tornando-se, assim, o *mancipio dans* em um *captus fraudatusve*. Trata-se, portanto, de um âmbito de relevância específica do ‘dolo’, mais circunscrito do que aquele que, posteriormente, será levado em consideração nos *iudicia bonae fidei*, ou emergirá nas sucessivas *formulae de dolo*, enquanto voltada a criar uma situação relevante em torno do sujeito lesado, qualificado como *captus fraudatusve*.²⁷

23. M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, p. 291 e ss.; Idem, *Studien zum römischen Pfandrecht II. Actio pignoratitia und actio fiduciae*, T. 47, 1979, p. 321, n. 237 [= in *Antiqua* 16, Napoli, 1979, p. 101, n. 237]; a tese foi criticada por A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 29 e ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln – Graz, 1957, p. 232 n. 41; P. FUENTESECA, *Líneas generales de la fiducia cum creditore*, AA.VV., *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 397.

24. A. HÄGERSTRÖM, *Der römischen Obligationbegriff*, Uppsala –Leipzig, 1927, I, p. 395-396 em nota.

25. H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, ZSS. LXII, 1942, p. 196-197; e ora J.PH. DUNAND, *Le Transfert fiduciaire: ‘donner pour reprendre’*, Bâle- Genève- Munich, 2000, p. 155.

26. N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, Napoli, 1983, II, p. 172-176.

27. Recentemente, se acentuou a natureza de “cláusula de abstenção do dolo”, que recorre a uma *fides* não como “parâmetro de referência objetiva do *arbitr*”, mas como “valor

Dando prosseguimento, insta salientar como a formulação arcaica, em primeira pessoa, parece envidar esforços para destacar o momento inicial da criteriosa observação *fides*, não sob um prisma danoso do vínculo, mas sim, dispondo a hipótese ao lado do conteúdo típico dos comportamentos, objeto da obrigação fiduciária, portanto, sob um plano, digamos, mais sensível a uma ampliação dos conteúdos da obrigação fiduciária, do que evidenciar um fundamento diverso da mesma. Tal enriquecimento do conteúdo da obrigação fiduciária, no entanto, não assume a veste típica que, posteriormente, assumirá na *intentio* dos *bonae fidei iudicia* (*quidquid dare fare oportet ex fide bona*), contudo, aparenta ter sido construída como expansão da análise das condições da condenação, evidenciando as condutas do *mancipium accipiens* que podem ser reconduzidas no alveio de significados que na época sucessiva será ocupado pelo ‘dolo’.

Dessa forma, não é casual, no meu entendimento, que tal cláusula encontre-se em alguns textos do Digesto para indicar um dolo ‘específico’, também no âmbito da mais madura fórmula da *actio fiduciae de peculio*, onde, em substância, o conteúdo da relação entre as partes (*uti inter bonus bene agier et sine fraudatione*) era, em abstrato, idôneo para incluir condutas impróprias. A sua necessária introdução no momento da *condemnatio*, tem uma razão específica e significativa a propósito do discurso apenas feito. Em relação a isso, são fundamentais dois textos de Ulpiano, transmitidos através Digesto de Justiniano.

“Ulp. l. 2 disp. D. 15,1,36: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, [an] de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actio <rei uxoriae> [de dote] agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res <fiduciae> [pignori] data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si servo res <fiduciae> [pignori] data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem ‘et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est’.*”

Ulp. l.28 ad ed. D. 13,6,3,5: *sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnatur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit, ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit*”.

No comentário do edital de Ulpiano, evidencia-se como Juliano, na *actio pigneraticia*, condiciona a condenação do titular da potestade, não somente pelo dolo daqueles subordinados ao poder, mas, também, considera uma análise específica da *fraus* do *pater vel dominus* (em função delimitadora em relação ao *dolus*), con-

semântico ambivalente”, de uma “*fides* entendida como confiança, que também pode ser *mala*”, B. BISCOTTI, *Dal ‘pacere’ ai ‘pacta conventa’*, Milano, 2002, p. 310, n. 212.

sequência esta que resulta incluída diretamente na ação, sem necessidade, porém, de uma particular *adiectio* na fórmula. Assim, tem-se que a perspectiva do jurista em questão – jurisconsulto do período do Imperador Adriano –, rememorada por Ulpiano, é embasada sob uma *distinctio* (*distinguit*). No meu entendimento, esta encontra-se vinculada ao distinto significado que tal ampliamiento das condições da condenação comporta. As condutas incorretas do *pater vel dominus* assumem uma relevância mais circunscrita (*fraus dumtaxat venit*) em relação ao *dolus* daqueles submetidos ao poder, distinção que deve explicar-se por uma resistência de regime substancial que tem origem na cláusula recordada pela *actio fiduciae*.

De maneira oposta, no primeiro texto, D.15.1.36, atinente na formulação atual, em igual modo a *actio pigneraticia*, tal expansão de regime é fundada necessariamente sob a *adiectio* da cláusula na fórmula, a diferença dos outros *iudicia bonae fidei*. A contradição abriu justamente um espaço para suposições de que o testemunho de Pompônio, em D. 15, 1, 36, não fosse originariamente referente a *actio pigneraticia*, mas sim, a *actio fiduciae*.²⁸

Mais uma vez, ao meu ver, faz-se necessário acentuar por um lado, que o fragmento em D. 15,1,36 é, segundo Ulpiano, uma *disputatio* (*arbitror*),²⁹ que evidencia uma séria de dificuldades formais e substanciais, com uma estratificação conceitual significativa. O cerne da *quaestio* seria *de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur*. Já, uma tal proposição pareceu falsa para a doutrina, enquanto que, posteriormente discute-se no fragmento textual, não a respeito de uma responsabilidade solidária do *pater vel dominus*, mas, somente, de uma expansão da responsabilidade de *pecúlio*.³⁰ Tal disfunção pode ser explicada levando-se em consideração uma propositura geral da *quaestio*, a qual corresponde, no presente escrito e na solução

28. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927³, p. 293-294, seguido por A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Aalen, 1963, C [rist. ed. 1895, II,1], 174-176; G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, *Annali Camerino*, III, 1929, p. 81 e ss [= in *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, p. 275 e ss., em particular 296-298].

29. Sobre o gênero literário, por último, A. LOVATO, Quando la 'disputatio' si fa genere letterario: la testimonianza di Ulpiano, '*Ius controversum*' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi, com a supervisão de V. MAROTTA – E. STOLFI, Roma, 2012, p. e 253 ss.

30. Para M. TALAMANCA, La 'bona fides' nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti in onore A. Burdese*, com a supervisão de L. GAROFALO, IV, Padova, 2003, p. 228, n. 629, "Se l'alternativa fosse stata seriamente prospettata, si sarebbe aperto il problema della forma della responsabilità *in solidum*: essa non poteva essere raggiunta utilizzando contro il *pater vel dominus* l'azione edittale, la quale non spettava *iure civili* contro lo stesso, né impiegando una delle *actiones adiecticiae qualitatibus* che comportavano una responsabilità *in solidum*, perché di esse non ricorrevano i presupposti. Si sarebbe, quindi, dovuto far ricorso ad un'azione decretale, ciò che nel passo non avrebbe però lasciato

da *disputatio* por Ulpiano, onde não recorre mais o sintagma *in solidum teneri*, uma abordagem rigorosa do problema da solidariedade,³¹ ressaltando como na hipótese examinada, não se tratasse de verdadeiro *in solidum teneri* do *pater vel dominus*, mas somente de uma extensão do seu *de peculio teneri*.

Nesse contexto, a hipótese de partida é aquela de uma conduta dolosa por parte do *pater*, que se considera razão para a extensão da sua responsabilidade, de regras nos limites do *peculium*, em relação a obrigação de restituição da *res uxoria*, assumida pelo *filius*, *dotis causa*. Tal extensão, por seu turno, fundamenta-se, segundo a posição assumida por Ulpiano, na definição de um *quid praeterea dolo patris capta fraudataque est mulier*. Quando se defina um dolo do *pater* com o fim de burlar e fraudar a mulher do filho, seria ‘*equo*’ condená-lo ao *quanti ea res est*. A menção ao *aequum* é perfeitamente adequada à fórmula da *actio rei uxoriae*.³²

A conclusão à qual chega Ulpiano estaria alicerçada sob uma generalização operada por Pompônio, o qual teria estendido uma regra expressa pelo regime da *fiducia cum servo*, à todos os *iudicia bonae fidei*. Com a diferença, ressalte-se, que no caso de *res fiduciae causa data* ao escravo, a relevância da específica conduta dolosa do *dominus* seria ligada a uma expressa *adiectio* formular *et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est* (*expressum est*), enquanto que nos outros *iudicia bonae fidei*, ela seria fruto da interpretação dos juristas (*accipiendum esse*).³³ Assim, a afir-

traccia, dato che in esso si ricordava soltanto l'estensione della portata edittale dell'*actio de peculio et de in rem verso*".

31. Fala de regime rigoroso da solidariedade em Ulpiano, L. PARENTI, ‘*In solidum teneri*’. *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012, p. 506 e ss.
32. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano* cit., [§ 48] 60.
33. Deve-se a O. LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit., p. 294 e nota 3. 3, haver evidenciado o diferente significado para atribuir no texto a *expressum est* e a *accipiendum esse*, considerando-o uma contraposição formal relativa à inserção expressa da cláusula na fórmula. Esta hipótese foi submetida a uma profunda análise por G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei 'bonae fidei iudicia'* em *RISG* 3.1, 1948, p. 47 e ss., [=Scritti storico-giuridici, III cit., p. 124 e ss., em particular p. 168 e ss.] o qual considera difícil pressupor que, igualmente, nos *iudicia bonae fidei* com a fórmula normal da *actio de peculio et de in rem verso* “o juiz pudesse levar em consideração o *dolus* do *pater* ou *dominus*; o *peculio* e o *id quod in rem versum erat* constituíam um limite absoluto da *condemnatio*, e, a cláusula *ex fide bona* (que, por sua vez, deveria incidir somente sobre a apreciação da relação entre o *filius* ou *servus* e um terceiro) não poderia ir além deste limite, a condenação” (p. 49). Assim, a contraposição entre *expressum esse* e *accipiendum esse*, seria compreendida no sentido de que, “a adição da cláusula especial, pela *fiducia*, tivesse sido estabelecida expressamente pelo Edito: através de uma interpretação extensiva, a jurisprudência teria afirmado que esta deveria ser concedida em todos os *bonae fidei iudicia*; a equidade, a *bona fides*, que constituíam o substrato das relações das quais nasciam, exigia que a condenação não se limitasse ao *peculium*” (p. 49-50). Esta solução, preferida, igualmente, por M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der 'actio rei uxoriae'*, *RIDA* 2, 1949, p. 511 ss. em particular p. 528 ss.,

mação e o reconhecimento da parte de Pompônio, acerca da origem da regra, em que a possibilidade de reconhecer-se uma expansão do *de peculio teneri* no caso de *dolus domini* era condicionada a uma expressa *adiectio*, e a sucessiva expansão da regra aos outros *iudicia bonae fidei* sem a previsão edital da própria *adiectio*, permite um aprofundamento significativo neste trabalho.

É preciso, de fato, buscar compreender por qual motivo, ainda, na época de Ulpiano, por meio de uma linha interpretativa que remonta a Juliano e a Pompônio, a *intentio* da *formula fiduciae* necessitasse no âmbito edital, de uma específico *adiectio* para avaliar *apud iudicem* o dolo do *dominus servi*, incidente sobre o autor, para poder qualificá-lo como *captus fraudatusve*. Tratar-se-ia, de fato, de uma resistência de método que se confrontaria, igualmente, na *actio rei uxoriae*, enquanto que, para os outros *iudicia bonae fidei* não pareceria necessária.

Cumpra evidenciar que, ao meu ver, aparenta-me que uma possível explicação esteja representada pela particular natureza da *formula fiduciae*.

A segunda formulação, de fato, recordada por Cícero é, seguramente, aquela da *formula fiduciae* (Cic. *ad fam.* VII,12,2: ... *illa erit formula fiduciae Ut inter bonos bene agier oportet*). Em relação a colocação e a natureza da *formula* na qual tais *verba* eram incluídos, o debate no âmbito doutrinário ressaltou duas linhas contrapostas. A primeira, embasada sob a reconstrução de Otto Lenel opta por uma única *formula in factum* (contra a sua precedente hipótese de duas *formulae*), na qual as palavras acima mencionadas haviam a seguinte colocação *Si negotium ita <actum> non est, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*. Max Kaser, por outro lado, conjectura no edito de Juliano, uma substituição da mais antiga formulação com um *Si negotium ita actum non est, ut bona fide agi oportet*, em base a Iul. l. 13 dig. D. 18,2,10 (*non potest videri bona fide negotium agi*). De outra forma, o fundamento da descrição na mais antiga fórmula do ato negocial, em termos de *negotium agere* era, para Lenel, mais que o citado em Cic. *ad Att.* VI,1,15, próprio Iul. D. 18,2,10 (*negotium agi*), tornando possível, talvez, uma originária construção em termos de *Si negotium ita gestum non est, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, modulação verbal que se coloca em termos invertidos em relação a *exceptio* ‘extra quam si’ (*Si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*) – coerentemente, diverso do instrumento formular predisposto (*actio* e *exceptio-praescriptio*) – e com uma formulação mais arcaica do critério-modelo.

Acerca do assunto, pressupunham uma *formula in ius concepta*, Alfred Pernice (S.p. (...), *quam ob rem uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res est*

seria integrada individuando a posição da cláusula especial, não como acrescida à *intentio*, mas sim à *condemnatio*, posterior à cláusula de *peculio et de in rem verso* “*um den Herrn aus seinem eigenen dolus nicht bloss duntaxat de peculio inve rem verso, sondern in voller Höhe haften zu lassen*” (p. 529).

(...),³⁴ Vincenzo Arangio-Ruiz³⁵ e Giuseppe Grosso.³⁶ Em particular, considera-se poder traçar uma analogia entre o *quidquid dare facere oportet ex fide bona* e o *oportere ut inter bonos bene agier*, constatando a não determinação da construção negativa da segunda formulação (*ita negotium actum non est, ut...*), que lhe impediria a colocação ao interno de uma fórmula *in ius*. O ponto crucial é dado, segundo quanto já havia evidenciado Lenel, da indicação em termos de *agi oportere* do conteúdo da pretensão do autor,³⁷ conteúdo que, segundo Max Kaser, imporria uma “conduta abstrata”, sem, no entanto, incluir o anel de ligação entre obrigação de prestação e consequências da condenação, isto é, a falta de adimplemento da obrigação assumida, como ao invés, ocorre nas *formulae in ius conceptae* dos *iudicia bonae fidei*.³⁸ Nestes últimos, de fato, o problema seria evitado enquanto com o *Quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet ex fide bona* „die unterstellte Verletzung in den Gegenstand der Verurteilung einbeziehen, also in das, was als Folge der Treulosigkeit zu leisten ist”.³⁹ Deve ser dito, por outro lado, que as razões das dúvidas de Arangio-Ruiz e de G. Grosso, acerca da reconstrução Leneliana, parecem conexas à necessidade de traçar uma analogia estrutural do papel do *Ut inter bonos (...)* na *formula* da *actio fiduciae*, e, do *Ex fide bona*, no âmbito das *formulae* dos *iudicia bonae fidei*, analogia que, isolada, poderia explicar a inclusão da *actio fiduciae* entre o elenco dos *iudicia bonae fidei*.⁴⁰

Adiante, com a hipótese de Nicla Bellocci (*Quidquid [dare facere] <praestare> oportet ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*) que, de um lado poderia opor-se às críticas de Kaser a Pernice, de um outro, compeliaria em considerar o inciso final de Cic. *de off.* III,17,70 *concepta verba* (*quid quemque cuique praestare oporteret*), o que é contrário ao sentido do discurso muciano, e, é desmentido, expressamente, por um *arbitrium*, no qual sabemos por certo que recorria à cláusula *ex fide bona* (v. Cic. *De off.* III,16,65-66). De outro modo, a hipótese da estudiosa *supra* pressupõe (único caso) a repetição do *oportere* em uma *intentio*.⁴¹ Outrossim, a

34. A. PERNICE, *Labeo* cit. E [=III], 124, hipótese seguida por G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, cit., p. 116-117 [= 310-311].

35. V. ARANGIO-RUIZ, Le formule con ‘demonstratio’ e la loro origine, *Studi economico-giuridici Università di Cagliari*, 4, 1912, p. 75 e ss. cito da Idem, *Rariora*, Camerino, 1970, p. 25 e ss., em particular p. 56-59, n.1.

36. G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell' actio fiduciae*, *AUCamerino* (sez. giur.) 3, 1929, p. 81 e ss.

37. O. LENEL, *Der Prator in der legis actio*, cit., p. 348.

38. M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht II*, cit., p. 321 [= 101].

39. M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht II*, cit., p. 321 [= 101].

40. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con ‘demonstratio’* cit., p. 57-58, n.1; G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae* cit., p. 292 e ss.

41. Para a crítica pontual, vd. A. BURDESE, *Rec. A N. Bellocci*, *La struttura della fiducia*, *Iura* 34, 1983, p. 179; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*² cit., p. 66-67, n. 233.

hipótese de Noordraven deixa dúvidas, enquanto, além de não eliminar a repetição do *oportere*, o estudioso holandês pensa a uma *intentio* direta ao *Quidquid dare facere praestare oportet*,⁴² dificilmente conciliável com o fundamento da obrigação civil, tanto mais em época muciana.⁴³ Parece-me, assim, que a discussão acerca dessa temática seja ainda viva, resultando imotivada a diversa conclusão de J.Ph. Dunand, que dá a natureza *in ius* da *actio fiduciae* como um “ponto ... adquirido”.⁴⁴

Ademais, permaneço convicto que a reconstrução da *formula*, como conjecturada por O. Lenel e M. Kaser, conserve-se no estado das coisas, a mais rigorosa.⁴⁵ No entanto, ao buscar a explicação da característica da *actio fiduciae*, induzida pela menção do *vir bonus* e do *bene agier*, que lhe impusesse ainda na época de Ulpiano, um regime particular no caso da *taxatio de peculio* em relação aos outros *iudicia bonae fidei*, tentarei não levar em consideração a possível diversidade da natureza dos *concepta verba* da *formula fiduciae*, com vista a delimitar *in factum*, quanto seja ocorrido entre autor e acusado para os fins da condenação, ou, a exprimir *in ius* o conteúdo da pretensão, aprofundando a razão do regime diferenciado, em matéria de *adiectio*, da cláusula sobre *fraus* do *dominus*, para expandir o limite de *peculio* da responsabilidade, no significado dos *verba*.

Acredito que uma possível explicação esteja ligada à diversa modulação – e a prescindir da natureza *in ius* o *in factum* – da *formula fiduciae* em relação as *formulae ex empto, ex vendito, locati, conducti, pro socio e mandati*. Nestas últimas, de fato, os *concepta verba* não se amoldam em torno do *vir bonus*, mas sim, diretamente sobre a *fides bona*. O modelo, isto é, apoiado sob a menção explícita ao *vir bonus*, não parece ter capacidade expansiva além da *persona* cuja conduta é avaliada para os fins da condenação, diferentemente da *bona fides*. No caso do dolo do *dominus*, acusado com a *actio fiduciae* pelo inadimplemento do *servus*, a quem havia sido dado com *mancipatio* (ou com *in iure cessio*) a *res fiduciae causa*, a limitação de *peculio* da sua responsabilidade é superável somente inserindo a cláusula específica, do mesmo modo, no caso em que à um *filius familias* tenha sido dado em dote uma coisa, deseje-se superar o limite da condenação de *peculio iure rem verso* da responsabilidade do seu *pater familias*, no caso em que *si quid dolo malo domini captus fraudatusque A. Agerius est*. Isto significa, essencialmente, que ao avaliar *si negotium ita actum non est ut inter bonos bene agier et sine fraudatione*, o *bene agier* dos *viri boni* é avaliado em modo restrito, somente às partes da relação (*servus/filius* e *mancipio dans*) e não parece ter uma força de abstração

42. Die ‘fiducia’ im römischen Recht, *Index* 18, 1990, p. 249-250.

43. Assim, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*² cit., p. 66-67, n. 233.

44. J. PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 159.

45. Era esta a minha posição em ‘Bona fides’ *tra storia e sistema*, Torino, 2010², p. 32-33, n. 61.

ampla do conteúdo da relação em base ao princípio de retidão. Ao contrário, a expansão da responsabilidade de *peculio* do *pater dominusve*, incorrido em dolo nos outros *iudicia bonae fidei*, não necessita do acréscimo edital de tal cláusula, mas *ex fide bona*, os juristas consideram que, mesmo se não prevista no edito, a cláusula especial deve ser automaticamente incluída na fórmula, para expandir *apud iudicem* a condenação, superando a *taxatio de peculio*. Isto explica, também, porque a cláusula arcaica recordada por Cícero resista, mesmo uma vez criada a *formula fiduciae*, e, não venha metabolizada na ampla consideração da retidão evocada do modelo do *vir bonus*.⁴⁶

Quando Quinto Mucio Scevola (segundo quanto rememora Cic. *De off.* III, 17, 70), inclui a *actio fiduciae* em uma série de ações nas quais seria individualizada a expansão do *bonae fidei nomen*, não está cancelando as diferenças de regime, e sim, captando a difusão do conceito de retidão para além das suas modulações verbais.⁴⁷

Entendo que se devam acentuar duas ordens de consideração: de um lado, o significado e o papel da *fides bona*, quer como cláusula formular (“*ex fide bona*”), quer como conceito (*fidei bonae nomen*); de outro lado, a concretização dela dentro do processo civil romano, e, em particular, naquele processo formular, em relação a atividade judicial e a sua ligação com a *iurisprudentia*.

De acordo com a primeira diretiva de consideração, a cláusula *ex fide bona* vem, em um certo momento, acrescida (*adderetur*: cf. Também Cic. *Top.* 66 ... *est additum*) e incluída nos *concepta verba* da *intentio* das *formula* de uma série de *actiones*. A diferença da *Aequius Melius* da *actio rei uxoriae*, e talvez da *Uti inter bonos bene agier et sine fraudatione* da *actio fiduciae*, a cláusula *Ex fide bona* não plasma o poder do juiz de condenar ou absolver o acusado (*condemnatio*), ampliando-lhe a discricionariedade conforme a diretriz do *bonum et aequum*, mas, vem a fixar-se como princípio de integração dos deveres contratuais no âmbito da pretensão (*intentio*).

A escolha que sustenta a *formula* da *actio fiduciae* parece seguir um modelo diverso, ou seja, aquele de condicionar o acolhimento da pretensão do autor, à ve-

46. Se superaria neste modo as dúvidas de M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der ‘actio rei uxoriae’* cit., p. 529. Não leva em consideração esta eventualidade e faz uma releitura das duas cláusulas como expressões (a primeira mais circunscrita, a segunda mais ampla), estratificadas da mesma ideia, O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle c.d. ‘formulae in factum conceptae’*, *Diritto e giustizia nel processo*, com a supervisão de C. CASCIONE – C. MASI DORIA, Napoli, 2002, p. 197 e ss., em particular p. 259 e ss.

47. A poderosa releitura do *bonae fidei nomen* feita por Q. Mucio, essencialmente, não seria condicionada tanto do momento formal da construção formular, quanto da difusão de um conceito de correção encontrado além da presença expressa ou menos, da cláusula ‘*ex fide bona*’; sobre o ponto me permito de reenviar ao quanto sustentei em ‘*Bona fides*’ *tra storia e sistema* cit., p. 37.

rificação de uma gestão do negócio fiduciário, não conforme (*Negotium ita gestum non esse*) ao *Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*. A diferença, em um primeiro momento, seria assim decisiva, no sentido de não tornar o conceito-valor, em relação ao qual se quer verificar a relação jurídica interessada, um elemento estrutural da pretensão, quanto um requisito que condiciona a condenação do acusado. Estamos, porém, dentro de um movimento de técnica cautelar que aprimora a modulação das palavras para a *formula* e propõe caminhos alternativos que, no caso da *actio fiduciae*, podem considerar-se, provavelmente, específicas de uma *formula in factum concepta*, com o modelo-valor do *vir bonus*, voltado a qualificar o *negotium gerere* elevado a condição da condenação.⁴⁸

Como *nomem*, a *fides bona* encontra no pensamento de Q. Mucio uma sua exaltação, enquanto o Pontífice capta a sua presença nas relações da vida em comum, além dos encontros de natureza literal, nas várias *formulae* das ações. Mesmo se não demonstrável historicamente, de fato, a ligação acima instaurada entre o <*Ita negotium gestum non esse*>, *Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* da fórmula (*in factum*) da *actio fiduciae* e o *Quidquid dare facere oportet ex fide bona* da *formula in ius* das *actiones tutelae*, *pro socio*, *mandati*, *ex empto*, *ex vendito*, *ex conducto*, *ex locato*, torna-se ele justificado em uma perspectiva conceitual, pelo menos por Q. Mucio Scevola.

Existe, essencialmente, uma modulação estratificada dos *concepta verba* que evocam uma noção de retidão, primeiro por meio da menção explícita do *vir bonus* como condição da condenação, e, posteriormente, da *fides bona*, como princípio que funda e alimenta o conteúdo da obrigação surgida entre as partes. A segunda modulação tem uma capacidade expansiva que a primeira não dispõe, seja sob um plano, por assim dizer, ‘subjetivo’, que sob aquele ‘objetivo’.⁴⁹

48. Exatamente D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*² cit., p. 66-67.

49. Confrontamos as diversas *formulae*:

Actio fiduciae cum creditore:

C. Aquilius iudex esto. Si paret A. agerium N. negidio fundum quo de agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eumque fundum redditum non esse *negotiumve ita gestum non esse ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* quanti ea res erit tantam pecuniam C. aquilius iudex N. negidium A. agerio condemnato; si non paret absolvo.

Actio fiduciae cum creditore de peculio et in rem verso:

C. aquilius iudex esto. Si paret A. agerium sticho, cum is in potestate N. negidii esset, fundum quo de agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eumque fundum redditum non esse *negotiumve ita gestum non esse ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* quanti ea res erit tantam pecuniam C. aquilius iudex N. negidium A. agerio dumtaxat de peculio *et si quid dolo malo N. negidii captus fraudatusque A. agerius est* vel si quid in rem N. negidii inde versum est condemnato; si non paret absolvo.

CARDILLI, Riccardo. *Vir bonus e bona fides*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 267-288. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

A diferença de fundo entre as duas séries de *formulae* é dada pelo fato de que o princípio-valor da retidão é colocado em chave relacional, limitado às partes na *conceptio* da *actio fiduciae* (*Negotiumve ita gestum non esse ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*) como parâmetro de avaliação do *negotium gestum* e condição da condenação quando desatendido, limite que impõe a previsão edital da *adiectio de qua*. Ao contrário, na *conceptio in ius* da *actio venditi*, onde a *bona fides* é fundamento e parâmetro de avaliação da própria existência e dos conteúdos do *oportere* (*Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio Dare Facere Oportet Ex Fide Bona*), a expansão subjetiva de avaliação da iniquidade do *pater vel dominus*, em relação ao negócio concluído pelo *filius vel servus*, não impõe uma previsão edital da *adiectio*. Não é casual que Juliano, Pompônio e Ulpiano (Ulp. l. 2 disp. D. 15,1,36; Ulp. l.28 ad ed. D. 13,6,3,5) reconduzam a distinção de método da necessária previsão edital da *adiectio* para a expansão do *de peculio teneri*, somente no caso da primeira modelação da *formula*. Isto significa que os juristas compreendem com nitidez – e o evidenciam – uma capacidade expansiva da segunda formulação, que permite uma avaliação da integridade do negócio feito, e, causa de lide entre as partes, incluindo cada perfil subjetivo e objetivo do mesmo, enquanto sentem uma viscosidade da mais antiga formulação sob o plano da avaliação subjetiva da lisura, necessitando a previsão edital da *adiectio de qua*.

Na minha opinião, concluo afirmando que se está diante de um indício de relevante significado para a história do nascimento dos *iudicia bonae fidei*, o qual demonstra que, além da maior ou menor antiguidade da formulação ao *vir bonus*, em vez daquela à *bona fides*, esta última era destinada a prevalecer sobre a primeira, com uma força expressiva e mais intensa do princípio de retidão, enquanto inclui o fundamento do reconhecimento jurídico da existência de um *oportere*, que vinculava as partes a conteúdos não delimitados ao mero desejo destas.

Actio venditi

C. Aquilius iudex esto. Quod A. agerius de N. negidio hominem quo de agitur emit, qua de re agitur, *Quidquid ob eam rem N. negidium A. agerio dare facere oportet ex fide bona eius*
C. aquilius iudex N. negidium A. agerio condemnato; si non paret absolvido.

Actio venditi de peculio et de in rem verso

C. aquilius iudex esto. Quod A. agerius de N. negidio hominem quo de agitur emit, qua de re agitur, *quidquid ob eam rem N. negidium A. agerio dare facere oportet ex fide bona eius*
C. aquilius iudex N. negidium A. agerio dumtaxat de peculio vel si quid in rem N. negidii inde versum est condemnato; si non paret absolvido.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A boa-fé na formação dos contratos (direito romano), de Ignacio M. Poveda Velasco, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 3/755 (DTR\2012\1977);
- Breves apontamentos acerca da evolução histórica do contrato: do direito romano à crise da modernidade, de Yuri Restano Machado – *RT* 864/86 (DTR\2007\664); e
- Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea, de Daniela Vasconcellos Gomes – *RDPriv* 26/77 (DTR\2006\842).