

# A *BONA FIDES* COMO ORIGEM DA BOA-FÉ OBJETIVA DO DIREITO BRASILEIRO<sup>♦</sup>

*Flávio Rubinstein*

Mestrando em Direito Econômico-Financeiro pela  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## Resumo:

O presente trabalho analisa a teoria romana da bona fides, com o objetivo de fundamentar a tese de que haveria verdadeiro princípio de boa-fé objetiva no Direito Romano, que pode ser considerado como origem da boa-fé objetiva do Direito brasileiro.

## Abstract:

This essay attempts to provide a comprehensive analysis of the roman theory of bona fides, in order to demonstrate that Roman Law had already foreseen a contractual good faith principle, which shall be regarded as the source of the Brazilian Law contractual good faith.

**Unitermos:** boa-fé objetiva; princípio jurídico; fides; bona fides; bonae fidei iudicia; Direito Romano.

**Keywords:** good faith; fides; bona fides; bonae fidei iudicia; Roman Law.

## I. Introdução.

A compreensão da boa-fé objetiva no Direito brasileiro encontra relevância acentuada nos dias atuais, em face da recente reestruturação do Direito privado pátrio, decorrente das implicações, ainda incipientes, do início da vigência do CC 2002.

Ademais, a proliferação no país de decisões judiciais que se valem do princípio da boa-fé objetiva, para fundamentar as soluções conferidas aos litígios.

---

♦ Monografia premiada como a melhor “Tese de Láurea”, de 2004, do Departamento de Direito Civil da FDUSP. Este trabalho foi recomendado a ser publicado nesta Revista pelo Professor Titular e Diretor desta Faculdade, Doutor Eduardo César Silveira Vitta Marchi.

coloca-se ao lado das alterações legislativas como fundamento para impulsionar o estudo do tema ora proposto.<sup>1</sup>

O exame do princípio da boa-fé objetiva no Dircito privado desperta no espírito do estudioso, desde logo, três grandes preocupações: (i) a precisa delimitação de seu conteúdo; (ii) a determinação de sua operatividade, com a compreensão do papel do juiz na sua aplicação; e (iii) a sua dimensão principiológica.

Propomo-nos, no presente estudo, a proceder a uma revisão histórico-dogmática da teoria romana da *bona fides*,<sup>2</sup> princípio jurídico de criação romana que regia determinadas relações obrigacionais, tuteladas por juízos de boa-fé (*bonae fidei iudicia*).

Tal revisão visa a fundamentar a tese que defenderemos, qual seja a de que haveria verdadeiro princípio de boa-fé objetiva no Direito romano, em muitos aspectos semelhante ao princípio do Direito contemporâneo brasileiro, e que poderia ser considerado como *fons et origo* deste.

A compreensão da boa-fé objetiva romana, bem como de sua relação com a boa-fé objetiva pátria, poderá iluminar a discussão das quatro grandes preocupações acima referidas.

Importa observar que não se procederá à análise das questões práticas acerca do princípio da boa-fé objetiva no Direito pátrio, senão de maneira incidental e com o intuito de trazer luz à compreensão da dimensão romana da boa-fé objetiva.

Após a presente introdução (capítulo I), iniciaremos o estudo examinando a norma de boa-fé objetiva (capítulo II), passando à análise do princípio da

---

1. Dentre outras, podem ser citadas a título ilustrativo as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: ERESP nº168207/SP, 24/04/2003, Rel. Fernando Gonçalves, DJ de 05/05/2003, p. 214; RESP n. 356821/RJ, 23/04/2002, Rel. Nancy Andrighi, DJ de 05/08/2002, p. 334; RESP n. 417927/SP, 21/05/2002, Rel. Nancy Andrighi, DJ de 01/07/2002, p. 339; RESP n. 272739/MG, 01/03/2001, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, RSTJ 150/398; ROMS n. 6183/MG, 14/11/1995, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, LEXSTJ 82/90; AGA 47901/SP, 12/09/1994, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, RSTJ 66/20; e RESP n. 32890/SP, 14/11/1994, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, RSTJ 73/227.

2. Consoante será demonstrado no cap. IV *infra*, a boa-fé objetiva romana encontra-se designada nas fontes tanto como *bona fides* quanto como *fides bona*, conforme se fizesse referência, respectivamente, a uma noção jurídica substancial ou a uma cláusula do processo formular. Tendo em vista que em ambos os casos parece-se estar diante de uma mesma significação, apenas verificada em contextos distintos, o uso de um ou outro termo seria equivalente. Optamos pela adoção uniforme de *bona fides*, porquanto esta denominação aproxima-se mais daquelas modernamente utilizadas nos países de idiomas latinos: *boa-fé*, *bonne foi*, *buona fede* e *buena fe*.

boa-fé objetiva no Direito brasileiro (capítulo III) e da boa-fé no Direito romano (capítulo IV), de modo a fornecer subsídios para a conclusão (capítulo V).

## II. Norma de boa-fé objetiva.

### 1. Contornos gerais.

Para que se proceda ao exame de a hipótese da origem da boa-fé objetiva moderna residir no Direito romano, é mister que se façam algumas considerações de cunho propedêutico acerca da concepção da noção<sup>3</sup> de boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva caracteriza-se como produto do Direito, porquanto traduz um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica.<sup>4</sup> Entretanto, a referida noção deve ser compreendida como um dado da realidade valorado pelo Direito, e não meramente como criação arbitrária e puramente técnica deste.

Trata-se de algo presente também no tecido das relações sociais e apreciado pelo Direito para atribuir-lhe certos efeitos jurídicos, por meio de matizes técnico-jurídicas mais precisas, as quais implicam determinadas limitações.<sup>5</sup>

Dessa forma, não haveria que se falar em uma criação original do legislador, tampouco em uma absorção automática de dada realidade fática, mas em uma profunda conexão entre o Direito e a realidade orgânica na qual este se aplica, de modo a produzir uma noção jurídica com substrato real. A boa-fé objetiva coloca-se como elemento das relações humanas, o qual, ao incorporar-se ao Direito, recebe uma carga adicional que resulta das precisões técnicas necessárias.<sup>6</sup>

---

3. Parece ser apropriada a designação “noção”, e não “conceito”, uma vez que, conforme observa EROS R. GRAU. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 195-205, os conceitos são idéias universais e atemporais. enquanto as noções são idéias temporais e históricas, homogêneas ao desenvolvimento das coisas e. portanto, passíveis de interpretação.

4. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2001., p. 18.

5. Cf. P. BONFANTE, *Essenza della “bona fides” e suo rapporto colla teoria dell’errore in Scritti Giuridici Varii*, vol. II, Torino, Unione Tipografico, 1916, p. 708 ss; J. DE LOS MOZOS, *El principio general de la buena fe – Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 15.

6. Cf. D. M. FERREIRA RUBIO, *La Buena Fe El principio general en el derecho civil*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 80. Dessa forma, a norma de boa-fé objetiva assemelhar-se-ia a outras incorporações da realidade pelo Direito que recebem matizes técnico-jurídicas, tal qual sucede com a “morte cerebral”, marco jurídico que confere à noção de “morte” um diferente significado, matizado para permitir a prática de transplantes de órgãos.

Assim, não obstante seja a boa-fé objetiva dotada de natureza jurídica, ela apresenta uma profunda vinculação com fatores éticos, morais e axiológicos, campos nos quais há uma marcada disparidade de critérios<sup>7</sup>

Nesse contexto, evitam-se, em geral, tentativas de apresentar uma definição lapidar da noção de boa-fé objetiva, conduta justificada em face da riqueza e do alcance que apresenta.<sup>8</sup>

Com efeito, a boa-fé objetiva não é definida de modo preciso pelo ordenamento jurídico, sendo encontrada quando a lei remete para os “princípios” “ditames” ou “limites” da boa-fé ou, simplesmente, determina que o indivíduo proceda “de boa-fé”

Em que pese a complexidade da noção de boa-fé objetiva, podem ser apontadas na doutrina manifestações que buscam descrever seu conteúdo, notadamente no âmbito do Direito das obrigações.

De modo geral, parece correto afirmar que a norma de boa-fé objetiva compreende um conjunto de prestações, direitos e deveres que, nos planos do conteúdo do contrato e da execução da obrigação, incumbe às partes, com base na exigência genérica de comportamento segundo um critério de retidão.<sup>9</sup>

Dessa forma, a atuação conforme à boa-fé objetiva pressupõe que a parte de uma relação contratual observe comportamento que corresponda à legítima expectativa do outro contratante.<sup>10</sup>

---

7. Cf. D. M. FERREIRA RUBIO, *La Buena Fe cit. (nota 7 supra)*, p. 77; Cf. P. BONFANTIL, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 718;

8. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 18; D. M. FERREIRA RUBIO, *La Buena Fe cit. (nota 7 supra)*, p. 77. No mesmo sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Boa-fé - I in ESD 11 (1977)*, p. 487, afirma sobre a boa-fé que “se ninguém lhe contesta a existência na quase-totalidade dos atos da vida civil, se ninguém lhe nega os efeitos – ao apurá-la e defini-la, vinga certa inconsistência”

9. Cf. M. TALAMANCA, *La ‘bona fides’ nei giuristi romani: «Leerformel» e valori dell’ordenamento in Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Luigi Garofalo (org.), Padova, CEDAM, 2003, p. 17-19; ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 12. ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 89-90. Parte da doutrina costuma apontar no conteúdo desse princípio a presença de dois deveres, um positivo e um negativo. O primeiro seria um dever de lealdade (sentido negativo), que impediria comportamentos desleais das partes, e o segundo um dever de cooperação entre os contraentes (sentido positivo). Nesse sentido, FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé no Processo Romano in Revista de Direito Civil 78 (1996)*, p. 196.

10. Cf. ORLANDO GOMES, *Obrigações cit. (nota 10 supra)*, p. 90.

O princípio da boa-fé objetiva teria uma função de auxílio à prática judicial, traduzindo-se como critério de orientação para a interpretação e integração dos contratos. Teria, ainda, o papel de limitar o exercício dos direitos subjetivos, em contraposição ao princípio da autonomia das partes.<sup>11</sup>

Com base nessas linhas iniciais já é possível constatar que a boa-fé objetiva distingue-se da chamada “boa-fé subjetiva”, presente, sobretudo nas relações de direitos reais.<sup>12</sup>

Nesse sentido, M. Talamanca afirma que não parece ser atualmente discutível – nem no plano da lógica do sistema do Direito e das categorias que o compõem, nem sob o ponto de vista da aplicação concreta – que a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva sejam dois esquemas operativos diversos. A primeira poderia ser caracterizada como o estado psicológico de um sujeito que age (por meio de um comportamento), ou encontra-se em uma determinada posição jurídica, ignorando lesão (efetiva ou potencial) a um interesse alheio juridicamente protegido; seria, em essência, o contraposto da má-fé.<sup>13</sup>

A boa-fé objetiva, por seu turno, caracteriza-se como regra de conduta cujo estado psicológico é irrelevante. Esta boa-fé desenvolve-se de modo dinâmico, podendo ser compreendida como “norma de correção”, não guardando relação alguma, portanto, com o modelo da boa-fé subjetiva, o qual se coloca de modo estático no plano da consciência do sujeito.<sup>14</sup> Trata-se de algo exterior ao sujeito, que se lhe impõe, nada tendo a ver, assim, com estados relativos ao sujeito de direitos.<sup>15</sup>

Por fim, cumpre observar que a contraposição entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva não se confunde com uma outra, entre boa-fé psicológica e ética, uma

---

11. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 10 supra)*, p. 196.

12. Cf. ORLANDO GOMES, *Obrigações cit. (nota 10 supra)*, p. 90; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 9 ss; e A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 24.

13. Cf. *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 9-10. No mesmo sentido posiciona-se A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 24.

14. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 14-15.

15. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 24. Em relação ao fato de os ordenamentos jurídicos comumente se valerem de remissões genéricas à boa-fé objetiva, cf. tb. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 12.

vez que ambos estes vetores estão presentes na boa-fé subjetiva.<sup>16</sup> O primeiro traduz um estado fático de mera ignorância, e o segundo um estado de ignorância valorado pelo Direito, com reflexos práticos em que releva, apenas, se for desculpável.<sup>17</sup>

## 2. Dimensão principiológica.

Com base nas considerações acerca da boa-fé objetiva acima apresentadas, proceder-se-á ao exame do enquadramento da referida noção como princípio jurídico. Para tanto, faz-se mister expor breves considerações propedêuticas relativas ao papel dos princípios no sistema do Direito.

Inicialmente, cumpre apontar que, consoante demonstra G. CARRIÓ, a expressão “princípio jurídico” é polissêmica, podendo-se apresentar nada menos do que 11 distintas significações para tal expressão.<sup>18</sup> A doutrina, nesse cenário, tem demonstrado intensas preocupações com a conceituação e aplicação dos princípios, apontando a relevância desta categoria normativa para o ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

Para os fins deste estudo, é despicienda a análise das diversas significações de “princípio” bastando reconhecer a importância dos princípios como “*fins imanes da ordem jurídica e social, reguladores teleológicos da atividade interpretativa*”<sup>20</sup> e identificá-los como espécie do gênero “norma jurídica”<sup>21</sup>

Resulta claro o papel fundamental exercido pelos princípios no sistema do Direito, uma vez que são eles elementos inerentes à coerência e racionalidade deste

---

16. A inclusão dos prismas psicológico e ético na boa-fé subjetiva é defendida, dentre outros, por OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, *A Boa Fé no Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, RT, 1938, p. 25-28. Em sentido contrário: NELSON NERY JÚNIOR, *Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais in O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale*. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (orgs.), São Paulo, LTr, 2003.

17. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 24.

18. Cf. *Notas sobre derecho y language*, 4. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 210-12.

19. Cf. HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Principios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2003; e EROS R. GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2003.

20. Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, p. 292.

21. Cf. EROS R. GRAU, *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2003 p. 45. O autor apresenta extensas considerações acerca das diferenças entre regras e princípios.

sistema, bem como vetores de direcionamento da interpretação das demais normas que o constituem.

Todavia, o reconhecimento da importância e do papel dos princípios no ordenamento não basta para diferenciá-los das regras jurídicas. Para proceder a esta distinção, a doutrina costuma apontar que o princípio jurídico é dotado, dentre outras, das seguintes particularidades: (i) generalidade própria, porquanto comporta uma série indefinida de aplicações; (ii) aplicação dependente da ponderação do conteúdo que apresenta; (iii) convivência conflitual, e não antinômica; (iv) permissão do balanceamento de valores e interesses; e (v) conteúdo composto por *standards* (parâmetros).<sup>22</sup>

Parece correto afirmar que a boa-fé objetiva apresenta as particularidades caracterizadoras dos princípios. De fato, tal noção jurídica é estabelecida para regular situações indetermináveis, e não apenas determinados atos ou fatos previstos na norma. Seu conteúdo, ademais, é composto por *standards* que remetem a padrões de comportamento segundo critérios de retidão e lisura, de modo que no caso concreto deve ser considerado e sopesado o conjunto de interesses e valores presentes. Como resultado, a norma de boa-fé objetiva deve ser aplicada com base na ponderação do referido conteúdo, devendo-se em cada caso concreto examinar se é ou não justificada tal aplicação e, em caso afirmativo, de que modo isso deve ser feito.<sup>23</sup>

Essa dimensão principiológica traz como relevante implicação a inviabilidade de falar-se em uma boa-fé objetiva em sentido absoluto<sup>24</sup> compreendida

---

22. Cf. EROS R. GRAU, *Ensaio cit. (nota 22 supra)*, p. 163ss.

23. Com efeito, a boa-fé objetiva tem sido amplamente reconhecida como princípio jurídico pela doutrina. Nesse sentido posicionam-se R. CARDILLI, *La buona fede come principio di diritto dei contratti in Roma e America – Diritto romano comune* 13 (2002), p. 185; D. M. FERREIRA RUBIO, *La buena fe cit. (nota 7 supra)*, p. 147; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. III, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 39; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199; e ORLANDO GOMES, *Obrigações cit. (nota 10 supra)*, p. 90. Em sentido contrário posiciona-se NELSON NERY JÚNIOR, *Contratos cit. (nota 17 supra)*, p. 430, para quem a boa-fé objetiva caracteriza-se como regra jurídica.

24. Nesse sentido, M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 18; J. DELOS MOZOS, *El principio cit. (nota 6 supra)*, p. 16 ss; LUIZ OLAVO BAPTISTA, *A Boa-fé nos Contratos Internacionais in Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 20 (2003), p. 28; Em sentido contrário posiciona-se D. M. FERREIRA RUBIO, *La Buena Fe cit. (nota 7 supra)*, p. 137 ss.

como um princípio geral e universal, tendo em vista que os princípios jurídicos de cada ordenamento jurídico são próprios de tal ordenamento.<sup>25</sup>

De fato, conforme observa M. Talamanca, a boa-fé objetiva compreende valores que não são fixados *ab aeterno e in aeternum*, o que comprovaria se tratar de princípio resultante de determinada experiência histórica e, sobretudo, do trabalho dos cultores do Direito.<sup>26</sup>

Estar-se-ia diante de critérios que são essencialmente variáveis, seja sobre a base das diferentes valorações subjetivas – presentes na sociedade – em relação à conduta de retidão, seja em função das mutações do caso concreto, quando um comportamento idêntico é colocado em cenários completamente diversos.<sup>27</sup>

Dessa forma, a norma de boa-fé objetiva prevê um modelo de comportamento esperado de um sujeito correto, leal e honesto (o *bonus et diligens paterfamilias* da tradição romanística).<sup>28</sup> consoante o entendimento de uma dada sociedade em certo momento histórico.<sup>29</sup>

Assim, há que se estudar cada ordenamento jurídico para determinar se consta a inclusão de princípio da boa-fé objetiva, razão pela qual se justifica um atento exame do Direito pátrio, o qual será realizado abaixo.<sup>30</sup>

### 3. Relevância do estudo da boa-fé do Direito romano.

A boa-fé objetiva está, atualmente, envolta em um quadro de mitificação. Não obstante seja objeto de utilização alargada, apresenta contornos pouco conhecidos,

---

25. Com efeito, conforme observa EROS R. GRAU, *Direito cit. (nota 4 supra)*, p. 71, não deve ser reconhecida a existência de princípios gerais de Direito, senão apenas de princípios gerais do Direito, pois eles são descobertos ou não no interior de cada ordenamento jurídico.

26. Cf. La 'bona fides' cit. (nota 10 supra), p. 19.

27. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 19.

28. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 13; e ORLANDO GOMES, *Obrigações cit. (nota 10 supra)*, p. 90.

29. Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *O Novo Código Civil Brasileiro e o Direito Romano – Seu Exame quanto às Principais Inovações no tocante ao Negócio Jurídico* in *O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale*, Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (orgs.), São Paulo, LTr, 2003, p. 121.

30. O referido exame será apresentado no cap. III infra.



caracterizando-se como noção vaga, carregada de história e rica em implicações emotivas.<sup>31</sup>

Esse vácuo tende a ser preenchido linguisticamente, com metáforas sucessivas destinadas a suplantar as carências substanciais que a noção de boa-fé objetiva apresenta. Nesse diapasão, não faltam tentativas de assimilá-la a inúmeras locuções jurídicas também dotadas de ampla abstração, como “justiça” “equidade” e “equilíbrio”. De outra parte, também por vezes procura-se ver na boa-fé objetiva uma remissão a complexos ordenadores metajurídicos, como a Ética, a Moral e o Direito Natural.<sup>32</sup>

Importa observar que a natureza juscultural da boa-fé objetiva traz a necessidade de assumi-la como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos.<sup>33</sup>

As investigações científicas realizadas a partir do início do século XX revelam uma cristalização do debate acerca da boa-fé em teorias que transpõem para a História, de modo significativo, muitas das questões ainda hoje acolhidas ao instituto. Dentre estas teorias, destacar-se-ia, precisamente, a que busca na *bona fides* os alicerces da boa-fé objetiva contemporânea.<sup>34</sup>

Esse quadro revela a necessidade de compreender, a partir da criação da *bona fides* como realidade jurídica no Direito Romano, os componentes históricos que a marcaram. O estudo da *bona fides* pode fornecer valiosos elementos necessários à correta delimitação do conteúdo, alcance e finalidade de tal instituto no sistema jurídico pátrio.

Nesse passo, cumpre reproduzir a sugestão de F. D. Busnelli, concernente a “*un saludable baño em las aguas incontaminadas del derecho romano para depurar el concepto de buena fe de todas las escorias que lo han hecho ambiguo y recuperar plena conciencia de los contenidos irrenunciables de su nucleo*”<sup>35</sup>

---

31. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 41.

32. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 45.

33. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 18.

34. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 54.

35. Cf. *Notas em tema de buena fe y equidad*, in *Roma e America - Direito romano comunc* 13 (2002), p. 120.

O recurso à disciplina da boa-fé no Direito Romano não visa à elaboração de um histórico exaustivo da boa-fé objetiva brasileira, mas apenas a identificar na tradição romanista uma dada configuração do instituto que se pretende demonstrar ser a origem deste.

### III. Princípio da boa-fé objetiva no Direito privado brasileiro.

#### 1. Breve histórico normativo.

A legislação de Direito privado do Império e do primeiro centenário da República foi marcada pela ausência de normatização explícita de uma cláusula geral de boa-fé objetiva aplicável em matéria contratual.

No curso desse longo período, merece destaque a tímida iniciativa intentada pelo legislador do Código Comercial, de 1850, que trouxe disposição acerca da boa-fé como princípio interpretativo dos contratos comerciais. Com efeito, dispunha o art. 131 deste diploma que “*sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditadas, será regida sobre as seguintes bases: I – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras (...)*” A amplitude deste dispositivo, todavia, jamais teria sido reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista que sua aplicação como critério de interpretação dos contratos comerciais foi demasiadamente escassa.<sup>36</sup>

Subseqüentemente, o CDC prestigiou a norma da boa-fé objetiva em diversos dispositivos.<sup>37</sup> transformando-a em norma de conduta apta a abandonar de vez

---

36. Cf. CIBELE PINHEIRO MARÇAL CRUZ E TUCCI, *Teoria Geral da Boa-Fé Objetiva* in *Revista do Advogado* 68 (2002), p. 107.

37. O art. 4º, III, do CDC incluiu expressamente a boa-fé objetiva entre os princípios básicos do Direito do consumidor. Ademais, pelo art. 51, incisos I a XVI, deste diploma, havendo relação de consumo serão nulas de pleno direito quaisquer cláusulas leoninas, abusivas ou desleais. Outrossim, podem ser consideradas referências implícitas à boa-fé objetiva os arts. 30 (dever de incluir na oferta toda informação ou publicidade suficientemente precisa), 46 (dever do fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato) e 48 (exigência da continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto).

o subjetivismo que representava um obstáculo insuperável à efetiva tutela dos direitos do consumidor.<sup>38</sup>

No campo da codificação do Direito Civil pátrio, é no *Esbôço* de Teixeira de Freitas (1855) que se percebe a presença do princípio da boa-fé objetiva pela primeira vez.<sup>39</sup> Apesar dos antecedentes históricos, o CC 1916 contemplou apenas a boa-fé em sua acepção subjetiva, não possuindo dispositivo expresso cuidando de norma geral de boa-fé objetiva, mencionada somente de forma incidental.

Com efeito, as numerosas remissões expressas à boa-fé existentes no CC 1916,<sup>40</sup> salvo algumas esparsas e casuísticas exceções,<sup>41</sup> importam uma apreciação subjetiva da conduta. Isto explica, aliás, o fato de a boa-fé ter sido, nas décadas que sucederam à promulgação de tal diploma, examinada preponderantemente em relação aos Direitos Reais.

A partir da década de 1940, os doutrinadores incumbidos de elaborar projetos de reformulação da legislação de Direito privado passaram a propor a adoção pelo Direito pátrio de expressa menção à boa-fé objetiva. Neste sentido, as iniciativas de resgate de referido princípio podem ser constatadas no Anteprojeto de Código das Obrigações de 1941, no Projeto de Código das Obrigações de 1965 e no Anteprojeto de Código Civil de 1972.<sup>42</sup>

---

38. Nesse sentido manifesta-se A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *A Boa Fé na Formação dos Contratos* in *Revista de Direito do Consumidor* 3 (1992), p. 79, para quem "(...) a recente lei de proteção ao consumidor, que, por sua amplitude é denominada 'Código de Proteção do Consumidor' (Lei nº 8.078/90) tem o princípio da boa fé refletido em inúmeros de seus artigos. Aqui, trata-se, na verdade, da boa fé objetiva que interessa à formulação do contrato, isto é, a boa fé como regra (objetiva) de conduta". Partilham da mesma opinião MARIA HELENA DINIZ, *Curso cit. (nota 24 supra)*, p. 39; e ORLANDO COMES, *Obrigações cit. (nota 10 supra)*, p. 90.

39. De fato, o art. 1.954 do *Esbôço* previa a exigência de boa-fé como regra de conduta.

40. Neste sentido, observem-se as disposições dos arts. 109, 112, 221, 255, 490, 491, 500, 510, 511, 514, 516, 549, 550, 551, 612, 619, 622, 933, 935, 968, 1.002, 1.072, 1.073, 1.045, 1.272, 1.318, 1.321, 1.382, 1.404, 1.443, 1.477 e 1.507.

41. O diploma de 1916 fazia menção à boa-fé objetiva no art. 1.404, o qual disciplinava o contrato de sociedade ("A renúncia de um dos sócios só dissolve a sociedade quando feita de boa-fé, em tempo oportuno e notificada aos sócios dois meses antes"), e no art. 1.443, que regulava o contrato de seguro ("O segurado e segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a eles concernentes). Ademais, como bem aponta A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *A Boa-fé cit. (nota 39 supra)*, p. 81, o art. 94 trazia, a *contrário sensu*, uma regra concernente ao dever de informar sobre fato ou qualidade essencial, norma esta que poderia ser vista como um desdobramento específico do princípio da boa-fé objetiva.

42. Cf. MIGUEL REALE, *A Boa-fé no Código Civil* in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 21 (2003), p. 11.

Foi a redação final do Projeto de Lei n. 634-B (“Projeto de Código Civil” o qual, após sucessivas revisões e décadas de tramitação no Congresso, foi promulgado em janeiro de 2002, por meio da Lei n. 10.406) que conferiu à boa-fé objetiva a amplitude expressiva de sua normatização sob a forma de um princípio geral.<sup>43</sup>

No CC 2002, o princípio é uma constante, observado com nitidez em três momentos distintos: no art. 113,<sup>44</sup> exercendo função interpretativa; no art. 187,<sup>45</sup> com função de controle dos limites do exercício de um direito; e no art. 422,<sup>46</sup> no qual consubstancia exigência genérica de retidão na relações obrigacionais. Há, ainda, outras menções incidentais ao princípio, como aquela feita pelo art. 765,<sup>47</sup> o qual acentua e qualifica a boa-fé objetiva na contratação do seguro.

Especial relevo merece o conteúdo do art. 422, o qual prevê a chamada “cláusula geral da boa-fé” admitindo o alcance do princípio aos comportamentos *in contraendo* (celebração contratual, abrangendo os comportamentos que a antecedem) e *post factum finitum* (execução do contrato, com todos os comportamentos resultantes da natureza deste).<sup>48</sup>

De qualquer forma, parece correto afirmar que os mencionados dispositivos do CDC e do CC 2002, não obstante as matizes que apresentam, fazem semelhante referência a uma exigência genérica de conduta de boa-fé objetiva pelas partes nas relações obrigacionais. Esta exigência deve tomar por parâmetros os usos e costumes da sociedade contemporânea brasileira, no que concerne à retidão esperada do homem médio em suas condutas.

---

43. Cf. TERESA P. DE A. T. NEGREIROS, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 74.

44. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”

45. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

46. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”

47. “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes” O conteúdo deste dispositivo é análogo ao do art. 1.443 do CC 1916.

48. Cf. PAULO LUIZ NETTO LOBO, *Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil* in *Revista de Direito do Consumidor* 42 (2002), p. 194.

## 2. Natureza e conteúdo.

Consoante se pode deprender do histórico normativo acima apresentado, encontra-se atualmente positivada no Direito privado brasileiro verdadeira norma de boa-fé objetiva, geradora de um dever de retidão do tráfego negocial.<sup>49</sup>

Essa normatização, parece assentado admitir, teria adotado a estrutura de princípio jurídico, tendo em vista que prescreve aplicações genéricas e dependentes da ponderação de valores e interesses, compondo-se por parâmetros interpretativos.<sup>50</sup>

A dimensão principiológica da boa-fé objetiva do Direito brasileiro confere-lhe a característica de consubstanciar verdadeira medida do conjunto de regras jurídicas aplicáveis às obrigações, existindo ao mesmo tempo como cânone hermenêutico e como norma criadora de deveres e limitações ao exercício de direitos subjetivos.<sup>51</sup>

Em sua função hermenêutica, a boa-fé objetiva atua como critério de interpretação de todos os momentos e fases do vínculo obrigacional, permitindo que as peculiaridades do caso concreto sejam consideradas, de modo a flexibilizar a vontade das partes.<sup>52</sup> Esta flexibilização implica a prevalência da intenção, inferida da declaração de vontade das partes, sobre o sentido literal da linguagem.<sup>53</sup>

Outrossim, o papel hermenêutico da boa-fé objetiva também apresenta um prisma integrativo, colocando-se como cânone hábil ao preenchimento de lacunas

---

49. Cf. JUDITH H. MARTINS-COSTA, *O Adimplemento e o Inadimplemento das Obrigações no Novo Código Civil e o seu Sentido Ético e Solidarista* in *O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale*, Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (orgs.), São Paulo, LTr, 2003, p. 351 ss.

50. Acerca da caracterização dos princípios jurídicos, cf. cap. 1.2 supra.

51. Cf. JUDITH H. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé no Direito Privado - Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo, RT, 1999, p. 427 ss. O referido papel ambivalente do princípio da boa-fé objetiva é ressaltado também por EROS R. GRAU no prefácio à obra da autora.

52. Cf. JUDITH H. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé cit. (nota 52 supra)*, p. 429.

53. Este papel da boa-fé objetiva encontra-se expressamente previsto no art. 113 do CC 2002, transcrito no cap. III.1 supra.

nas relações contratuais, tendo em vista que estas representam situações e eventos – jurídicos e fáticos – nem sempre previstos ou previsíveis pelas partes.<sup>54</sup>

Desse modo, nota-se que o princípio da boa-fé objetiva no Direito brasileiro está intimamente ligado à interpretação contratual e ao interesse social de segurança nas relações jurídicas.<sup>55</sup>

No que concerne à atuação da boa-fé objetiva voltada à criação de deveres jurídicos, observe-se que estes se referem à adoção de determinados comportamentos por ambas as partes, os quais são indispensáveis ao exato processamento da relação obrigacional. Estes comportamentos, variáveis em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, possibilitam a satisfação dos interesses globais de ambas as partes. Como exemplos, podem ser citados os seguintes deveres: (i) de aviso e esclarecimento; (ii) de cuidado, previdência e segurança; (iii) de informação; (iv) de omissão e segredo; e (v) de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte.<sup>56</sup>

Em relação ao papel de limite ao exercício de direitos subjetivos, deve-se notar que a boa-fé objetiva apresenta-se como norma que não admite condutas dotadas do condão de contrariar o mandamento de as partes agirem com retidão. A referida limitação ao exercício de direitos contrários à boa-fé objetiva mostra-se particularmente operante no campo da resolução contratual.<sup>57</sup>

Ambos esses papéis da boa-fé objetiva – de criação de deveres e de limitação de direitos – podem ser compreendidos como prismas de uma mesma exigência, qual seja a de as partes agirem com retidão. De fato, parece correto afirmar que a conduta esperada do *bonus pater familias* prevê deveres e limitações a direitos, porquanto se fundamenta em parâmetros comportamentais voltados ao êxito da relação obrigacional em benefício das duas partes.

---

54. Cf. JUDITH H. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé cit. (nota 52 supra)*, p. 428. Conforme observa a autora, a boa-fé objetiva permite qualificar comportamentos que não resultam nem das cláusulas pactuadas e nem de expressa e cogente disposição legal, comportamentos estes que são essenciais à própria salvaguarda do pressuposto fático do contrato e à plena produção dos efeitos que a este correspondem.

55. Cf. MARIA HELENA DINIZ, *Curso cit. (nota 24 supra)*, p. 39.

56. Cf. JUDITH H. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé cit. (nota 52 supra)*, p. 437 ss; e MARIA HELENA DINIZ, *Curso cit. (nota 24 supra)*, p. 39.

57. Cf. JUDITH H. MARTINS-COSTA, *A Boa-fé cit. (nota 52 supra)*, p. 455 ss.

Conforme inserida no ordenamento jurídico pátrio, a norma de boa-fé objetiva, para que seja fixado o conteúdo preciso da conduta esperada do *bonus paterfamilias*, pressupõe a atuação da atividade judicante no caso concreto.<sup>58</sup>

Com efeito, deve o juiz, ao examinar o caso concreto, estabelecer a conduta que seria adotada pelo homem médio brasileiro contemporâneo, tendo em vista as circunstâncias e nuances presentes no caso. Uma vez estabelecido esse modelo criado pelo magistrado para a situação sob análise, cumpre confrontá-lo com o comportamento efetivamente apresentado pelas partes: havendo contrariedade, estar-se-á diante de uma conduta ilícita, pois em desacordo com a boa-fé objetiva.<sup>59</sup>

Uma vez apresentado esse breve exame dos contornos do princípio da boa-fé objetiva do Direito pátrio, proceder-se-á ao estudo da *bona fides*, o qual terá como início a análise da noção de *fides*.

#### IV. Boa-fé do Direito romano.

##### 1. “*Fides*”

##### 1.1. Considerações iniciais.

A origem da noção da boa-fé romana está envolta em uma névoa de mistério até os dias de hoje. Em que pese a dificuldade de apontar uma teoria prevalecente em relação ao tema, parece correto afirmar que os especialistas, majoritariamente, concordam acerca do fato de ser a boa-fé romana herdeira – sob os pontos de vista lingüístico e conceitual – de uma noção mais vasta e antiga, porém menos precisa, qual seja a da *fides*.<sup>60</sup>

O exame da natureza primitiva e das linhas subseqüentes de evolução da *fides*, portanto, deve ser considerado como inerente ao estudo da boa-fé romana. Não

---

58. Cf. RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução*, 2. ed., Rio de Janeiro, Aide, 2003, p. 247-248.

59. Cf. RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR, *Extinção cit. (nota 59 supra)*, p. 247-248.

60. Cf. P. D. SENN, *Buona fede nel diritto romano* in *Civ. 2* (1998), p.130; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 196; e M. KASER, *Das römisches Privatrecht*, 1968, trad. Port. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 50 ss.

obstante, consoante observa A. M. C. Menezes Cordeiro, tal exame tem merecido um certo desinteresse científico, motivado pela escassa documentação histórica dos períodos romanos arcaico e pré-clássico.<sup>61</sup>

Cientes dos obstáculos que marcam o exame da *fides*, procuraremos traçar os principais contornos desta noção, notadamente no que concerne à sua significação, aplicação e natureza. Para tanto, tomaremos como ponto de partida a constatação da relevância da *fides* na cultura romana.

Sob a ótica de M. Bretone, a prática e o cultivo de todas as formas de virtude teriam permitido ao povo romano a evolução verificada entre uma modesta origem e a grandeza que acabou por marcá-lo. Neste cenário, destacar-se-ia, em comparação com qualquer outra virtude, a *fides*, cultivada maximamente e considerada sagrada, tanto nas relações privadas quanto nas públicas.<sup>62</sup>

Ademais, Francisco Amaral nota que as idéias morais e políticas do povo romano, em parte herdadas dos gregos, são a contribuição cultural mais significativa por ele legada. Para o romanista, poder-se-ia afirmar que o mundo contemporâneo define seus próprios padrões comportamentais por meio da adesão ou rejeição – tácitas ou implícitas – àqueles valores. Uma das principais idéias de tal natureza seria, precisamente, a *fides*.<sup>63</sup>

Nesse cenário, não causa surpresa o fato de a *fides* ter sido uma idéia central – com multiplicidade de matizes – do pensamento político, jurídico e social romano, constituindo um dos valores mais genuínos e operantes para o homem romano.<sup>64</sup>

---

61. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 53. O autor entende, inclusive, que o tema está condenado a palco de discussões herméticas e especulativas, reservadas a iniciados, crescentemente se distanciando da problemática atual da boa-fé.

62. Cf. *Storia del diritto romano*, 1987, trad. port. de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja, *História do Direito Romano*, Lisboa, Estampa, 1990, p. 104.

63. Cf. *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

64. Cf. J. PARICIO, *Historia y fuentes del derecho romano*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1988, p. 97.



## 1.2. Significação.

Consoante afirma A. Carcaterra, a análise etimológica do termo *fides* indica que este teria bases na língua grega, significando “liame” ou “vínculo”. Ao lado deste significado objetivo há um outro subjetivo, com referência seja a quem está vinculado, seja a quem espera o respeito ao vínculo.<sup>65</sup>

D. Nörr observa que a noção de *fides* é tradicionalmente traduzida por “confiança”, “honradez”, “lealdade”, “fidelidade”, “garantia”, “crédito”, “confiabilidade” etc. Para o autor, haveria dois motivos que fundamentariam ser “confiança” a tradução mais adequada. Primeiramente, esta seria a análise filológica mais convincente, consoante apontado por especialistas. Ademais, esta palavra evocaria aos juristas modernos o princípio da confiança (*Vertrauensgrundsatz*), de estrutura muito semelhante à *fides* romana.<sup>66</sup>

Este entendimento, contudo, é incompatível com o de P. Bonfante, para quem seria impossível defender que a *fides* apresentava, na linguagem verdadeiramente romana, o sentido do termo alemão *Glaube* (confiança), o qual somente surgiria com o advento do Cristianismo e do Direito Canônico. Para o romanista, não seria *Glaube* a significação fundamental da noção, mas sim *Treue* (lealdade), motivo pelo qual a primeira designação deve ser evitada, de modo a não provocar confusão conceitual.<sup>67</sup>

De outra parte, V. Arangio-Ruiz, ao verter a obra clássica de F. Schulz para o italiano, prefere usar a palavra *fedeltà*, considerando-a a mais apropriada para denotar os diversos significados da *fides*, como fidejussão, fé e a própria “fidelidade”.<sup>68</sup>

P. Bonfante critica também essa posição, afirmando que se deve rejeitar a conveniência de traduzir *fides* por “fé” ou outras noções similares, pois a palavra fé não teria conservado o significado pleno do termo *fides*. A expressão “prestar fé” não

---

65. Cf. *Intorno ai bonafidei iudicia*, Napoli, Jovene, 1964, p. 194-195.

66. Cf. *Die Fide im römischen Völkerrecht*, 1991, trad. esp. de R. Domingo, *La fides en el derecho internacional romano*, Madrid, Fundacion Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez, 1996, p. 16.

67. Cf. P. BONFANTE, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 719. No mesmo sentido, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, trad. it. de Vincenzo Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 193.

68. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 193.

corresponderia a *fidem preastare* e, tampouco, “perder fé” equivaleria a *fidem perdere*.<sup>69</sup>

Assim, observa-se na doutrina romanística clara discrepância provocada pelas diversas tentativas de tradução de *fides*. Tendo em vista essa realidade, preferimos usar a expressão original latina em lugar de procurar substituí-la por alguma palavra do léxico pátrio, a qual, ademais, dotar-se-ia de denotação apenas aproximada ao significado original da *fides*.

Em verdade, pensamos que buscar as possíveis interpretações para o alcance de *fides* importa mais do que almejar equipará-la a termos modernos. Nesse diapasão, intentaremos apresentar as diferentes interpretações que o termo romano comporta.

Antes que se proceda a tal exame, contudo, releva apresentar a advertência de D. Nörr acerca da interpretação da noção de *fides*. A correta determinação desta, de forma semelhante à que caracteriza as noções contemporâneas, requer a consideração de uma pluralidade de elementos.<sup>70</sup>

Assim, deve-se atentar para a extrema complexidade da *fides*, a qual, no atual estado das conhecimento científico, não pode ser reduzida a uma noção unitária<sup>71</sup> Qualquer definição da *fides* apenas plantaria uma significação elementar do termo, tendo em vista que haveria outras tantas, impossibilitando qualquer propósito de exaurir seu sentido.<sup>72</sup>

### 1.3 Prismas semânticos.

O problema da extrema complexidade da noção de *fides* encontra em diversos estudos romanísticos uma interessante solução voltada à compreensão de seu

---

69. Cf. P. BONFANTE, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 719.

70. Cf. *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 36.

71. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130; e J. GAUDEMET, ‘*Fides*’ e ‘*bona fides*’ in *Labeo* 9 (1963), p. 240.

72. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 193.

conteúdo: a idéia de que a *fides* apresenta diversos prismas semânticos, os quais devem ser analisados de forma complementar, uma vez que interagem entre si.<sup>73</sup>

Os diversos prismas semânticos da *fides* basear-se-iam em elementos históricos, a revelar distintos aspectos relacionados à vida romana. Estes aspectos referir-se-iam, nomeadamente: (i) à religião; (ii) ao poder; e (iii) à manutenção da palavra dada.<sup>74</sup>

A presente análise iniciar-se-á pelo estudo do prisma semântico relativo à religião.

De início, importa notar que a *fides*, como os demais institutos e idéias motrizes da época originária romana, é fortemente marcada por um elemento religioso.

Esse elemento, conforme observa A. M. C. Menezes Cordeiro, estaria documentado em latitudes diversas, quais sejam: (i) na XII Tab.,<sup>75</sup> ao cominar sanções de cunho religioso ao patrão que defraudasse a *fides* do cliente; (ii) no culto da deusa Fides; e (iii) na análise dos poderes extensos atribuídos ao *pater* e nas fórmulas iniciais da sua limitação.<sup>76</sup>

Dentre as latitudes apontadas, pode-se considerar como mais relevante e, portanto, merecedora de exame mais detido – aquela do culto à deusa Fides, a qual representava a *fides* e era reconhecida tanto pelos cidadãos romanos (*cives*), quanto pelos peregrinos (*non cives*).<sup>77</sup>

73. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 54 ss; J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97 ss; P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130 ss; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199 ss; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 50 ss; G. GROSSO, *Buona fede (premesse romanistiche)* in *ED 5 (1959)*, p. 661 ss; e J. GAUDEMET, *'Fides' cit. (nota 72 supra)*, p. 242-243.

74. Em que pese o fato – presumível em si – de as denominações dos prismas semânticos da *fides* diferirem de autor para autor, de modo geral revolvem em torno dos três aspectos apontados. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199 ss; A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 55 ss; P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130-131; e J. GAUDEMET, *'Fides' cit. (nota 72 supra)*, p. 241.

75. §.21.

76. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 55.

77. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 50.

Ainda que o fato de a primeira manifestação da *fides* remontar à origem de Roma seja consenso entre os estudiosos, certos autores, como é o caso de L. Lombardi Vallauri, recusam-se a reconhecer um nexó entre a *fides* e o antiquíssimo culto da deusa Fides, e por isso não concedem muito espaço ao elemento religioso da noção.<sup>78</sup> A *communis opinio*, entretanto, reconhece uma relação precisa entre o referido culto e a noção da *fides*.<sup>79</sup>

A deusa Fides, invocada na celebração de negócios entre cidadãos e entre cidadãos e peregrinos, velava pelo bom cumprimento de tais negócios, protegendo os cumpridores e castigando os faltosos.<sup>80</sup>

Conforme relata D. Nörr, o culto à deusa Fides era inicialmente celebrado como uma parte do culto a Júpiter, o deus dos juramentos. Mais tarde, já na fase de personificação dos deuses (em meados do séc. III a.C.), erigiu-se uma estátua da Fides, e a ela se dedicou um templo próprio no *Capitolium*,<sup>81</sup> em cujas paredes eram colocados tratados internacionais.<sup>82</sup> A cada ano, três sacerdotes, em um carro puxado

---

78. Cf. *Recensão a* Dieter Nörr, *Die Fides im römischen Volkerrecht* in *IURA* 62 (1991), p. 183.

79. Cf. A. CARCATERA, *Dea Fides e 'fides' – Storia d'una laicizzazione* in *SDHI* 50 (1984), pp. 199 ss; J. GAUDEMET, *'Fides' cit. (nota 72 supra)*, p. 241; A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 55; D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 61; G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661; J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97; e P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130.

80. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

81. Cf. Cic. *De off.* 3, 29, 104. No mesmo sentido posicionam-se G. GROSSO, *Buona fede (premesse romanistiche)* in *ED* 5 (1959), p. 661; e A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 54. De outra parte, A. CARCATERA, *Dea Fides cit. (nota 80 supra)*, p. 202-207, discorda desta alegada autonomia. Para o autor, o culto à deusa Fides fazia parte do mito de Numa Pompílio (antigo rei de Roma, cuja existência não pôde ainda ser verdadeiramente comprovada), o qual representava um arquétipo contraposto ao de Rômulo, conhecido por ser belicoso e fratricida – de um Estado construído sobre os fundamentos da *pax* (paz) e da *concordia* (harmonia).

82. A relação entre a *fides* e os tratados internacionais merecerá considerações mais aprofundadas no cap. IV.1.6 *infra*, quando se examinará o prisma funcional da *fides* relativo às relações externas de Roma

por dois cavalos, eram levados para realizar um sacrifício a Fides,<sup>83</sup> no qual se cobria a mão direita (*manus dextera*)<sup>84</sup> da estátua, símbolo máximo da lealdade à palavra dada.<sup>85</sup>

Nesse passo, resta claro que o *ius iurandum* (fórmula sacral) do ritual da Fides invocava a deusa para testemunhar em favor da veracidade dos vínculos assumidos pelo povo Romano, fossem estes próprios de tempos de guerra ou de paz, de modo a assegurar que as condutas dos indivíduos se adequassem à palavra por eles dada.<sup>86</sup>

Nessa referência estava implícita – na instauração de uma relação – uma discricionariedade e, juntamente, no ato de apertar a mão, um vínculo desta discricionariedade, a qual, segundo afirma G. GROSSO, apresenta vastas oscilações. Estas vão desde a discricionariedade pura, que é característica do *se dedere in fidem*, como rendição à discricção – e que, em certas interpretações, parece admitir e justificar até uma crueldade desumana – até uma garantia de benevolência generosa e o respeito a certos limites, que vinculavam precisamente à própria *fides*, ao antigo *fidei numen*, promessa e garantia.<sup>87</sup>

A concepção religiosa da *fides* teria se desenvolvido em duas linhas: nas relações internacionais entre Estados ou entre cidadãos de Estados distintos (*fides*

83. Cf. D. NORR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 61. Consoante relata A. CARCATERRA, *Dea Fides cit. (nota 80 supra)*, p. 208 ss, a carruagem, ao levar os três sacerdotes lado a lado, simbolizava a união destes em torno do ideal de respeito aos liames instaurados pelos romanos, ideal este tão bem divinizado na Fides. Cada sacerdote (*sacerdos*) representava um de três códigos rituais distintos: o *sacerdos martialis* era o emblema da guerra vitoriosa, mas não agressiva; o *sacerdos quirinalis* era o símbolo da riqueza econômica; e o *sacerdos dialis* caracterizava-se como uma figura representativa da imagem divina. A celebração conjunta dos três sacerdotes, e dos fins político-religiosos que eles simbolizavam, indicava que se tratava de um ritual marcado pela paz e harmonia. Quanto ao fato de serem dois os cavalos que puxavam a carruagem dos sacerdotes, estar-se-ia diante do emblema da convivência de valores opostos, como conquista bélica e paz.

84. Daí o hábito dos contratantes de dar um aperto das mãos direitas (*dextrarum porrectio*) para conferir solenidade à promessa, gesto que, mesmo após o desaparecimento do culto à deusa Fides, permaneceu como sinal de confiança mútua, origem remota e significado da forma de cumprimento comumente adotada pelos povos ocidentais. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

85. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661; e J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97. Já A. CARCATERRA, *Dea Fides cit. (nota 80 supra)*, p. 211-212, discorda dessa afirmação, observando que, nas cerimônias religiosas, eram os sacerdotes que tinham de estar com as mãos direitas cobertas com tecidos de lã branca, de forma a simbolizar idéias de paz (daí a coloração neutra dos tecidos e o material destes, proveniente de ovelhas) e evitar contatos impuros com a estátua. A mão direita da Fides, por seu turno, deveria estar descoberta, precisamente por ser o seu símbolo máximo.

86. Cf. A. CARCATERRA, *Dea Fides cit. (nota 80 supra)*, p. 214.

87. Cf. *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661.

*publica, fides populi Romani*) e nas relações privadas. Nas duas perspectivas, para F. Amaral, a *fides* atuava como poder.<sup>88</sup> Cumpre, nesse passo, examinar o prisma semântico da *fides* relacionado à noção de poder.

Esse aspecto da *fides* manifestava-se, sobretudo, na proteção ao mais fraco. Todavia, desenvolvia-se também em relações de igualdade, quando passava a exprimir o respeito ao cumprimento das promessas e à palavra dada, a fidelidade ao convencionado.<sup>89</sup>

Surge na *fides*, assim, a noção de poder, uma virtude própria do indivíduo mais forte em uma relação jurídica. A propósito, poderiam ser apontadas a *fides* do tutor, a *fides* do juiz e a *fides* do patrono; o pupilo, os litigantes e o cliente, respectivamente, estavam submetidos ao poder dos sujeitos precitados.<sup>90</sup>

A. M. C. Menezes Cordeiro, relativamente ao prisma semântico em tela (denominado “*fides-fato*” pelo autor), observa que seria ele despido de conotações religiosas ou morais, podendo ser identificado como uma noção de garantia, associada a alguns institutos (como o da clientela).<sup>91</sup>

J. Gaudemet traça interessante plano evolutivo do prisma semântico de poder da *fides*. A plebe, insatisfeita com a discricionariedade da *fides* dos patrícios, engajou-se em vitoriosa luta contra ela, levando-a ao declínio e à conseqüente substituição por uma “*fides* melhor”<sup>92</sup> Esta luta teria sido marcada pela XII Tab., que limitou os poderes do tutor e do patrão<sup>93</sup> e, posteriormente, pela lei *Poetelia-Papiria*

88. Cf. *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199. No mesmo sentido posiciona-se P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130.

89. Cf. Cic. *De off.* 1, 7, 23. No mesmo sentido, cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199-200.

90. Cf. J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97.

91. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 55.

92. Uma das causas das lutas internas presentes desde o início da história de Roma era, precisamente, o poder sobre o cidadão-cliente que o magistrado e o patrono recebem em virtude da *fides*. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130. A relação de clientela será melhor explorada no cap. IV.1.5 infra.

93. 8, 21.

(326 a.C.), a qual suprimiu os rigores do *nexum*.<sup>94</sup> De outra parte, a arbitrariedade da *fides* teria persistido por muito mais tempo nas relações entre povos.<sup>95</sup>

Dessa forma, do sentido original, o prisma do poder, no início caracterizado por ser teoricamente discricionário, brevemente passou a significar proteção, e logo fidelidade e lealdade (com especial referência ao “mais forte”).<sup>96</sup> Esta evolução, como já observado, teria primeiramente se processado no plano interno, mais tarde estendendo-se às relações internacionais.

De outra parte, a referência à noção de “poder” no conteúdo da *fides* é considerada inaceitável por A. Carcaterra. Os exemplos adotados pelos autores que defendem tal inclusão seriam, em sua opinião, interpretações equivocadas das fontes. Assim, a *fides* não poderia ser considerada uma noção que traduz uma situação de total dependência, de modo que poder e *fides* seriam elementos conceitualmente distintos.<sup>97</sup>

A *fides*, para o referido romanista, indicaria verdadeiro dever, até no caso da tutela. Neste sentido, várias fontes poderiam ser citadas, com destaque para a seguinte: “*fidei ac verecundiae curatorum convenit*”<sup>98</sup> Substancialmente, a *fides* (“*in fidem venire*” “*in fide esse*”), não significaria somente “estar em poder”. nem apenas “*potestas*”; significaria, antes, “estabelecer uma relação de confiança”<sup>99</sup>

Entendemos que os posicionamentos dos romanistas acima apontados não são incompatíveis entre si, podendo ser harmonizados. De fato, parece correto aceitar a referência à noção de poder na *fides* em algumas situações da vida dos

---

94. O *nexum* era um empréstimo, realizado por um ato formal *per aes et libram* (ato em que, na presença das partes, do objeto e de 5 testemunhas, bem como de uma balança e de seu portador, pronunciavam-se certas palavras solenes e praticavam-se outros atos simbólicos), no qual se transfere a propriedade do objeto – normalmente dinheiro emprestado – e cria-se para o devedor a obrigação de devolver outro tanto do mesmo gênero, qualidade e quantidade. O devedor passa a responder pessoalmente, inclusive com o próprio corpo, pelo débito. Cf. THOMAS MARKY, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 199-120.

95. Cf. J. GAUDEMET, ‘*Fides*’ cit. (nota 72 supra), p. 242.

96. Cf. J. PARICIO, *Historia* cit. (nota 65 supra), p. 97.

97. Cf. Paul. 38 *ad ed.*, D. 26, 1, 1, pr. Em relação ao tema, cf. A. CARCATERRA, *Intorno* cit. (nota 66 supra), p. 195. J. GAUDEMET, ‘*Fides*’ cit. (nota 72 supra), p. 243, por seu turno, admite a aplicabilidade do prisma semântico de poder referente à *fides*, mas reconhece que a diferença fundamental entre tal prisma e outras relações de poder não resta muito evidente.

98. Cf. Ulp. 35 *ad ed.*, D. 26, 7, 5, 6.

99. Cf. A. CARCATERRA, *Intorno* cit. (nota 66 supra), p. 196.

romanos, não como representação delimitada de seu conteúdo, mas como um dos prismas semânticos inerentes à *fides*.

Assim, tal referência à noção de poder, não obstante surgida com o sentido de submissão discricionária, teria evoluído para traduzir o estabelecimento de relações de proteção e fidelidade, entre o “mais forte” e o “mais fraco”, implicando verdadeira garantia. Estas considerações podem ser comprovadas por meio da análise dos prismas funcionais da *fides* nas relações internas e externas de Roma, a qual consta abaixo.<sup>100</sup>

Uma vez examinados os prismas semânticos da *fides* referentes à religião e ao poder, passaremos a estudar o terceiro e último prisma, talvez o mais significativo de todos em relação à formação da boa-fé objetiva romana. Trata-se da noção de manutenção da palavra dada.

Mais do que mero fato, a exigência de manutenção da palavra dada seria sintoma de um desenvolvimento conceitual incipiente, implicando o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito. Desde o momento em que a “garantia” expressa pela noção de poder passou a residir na qualidade de uma pessoa, a *fides* passou a ser dotada também de matizes morais.<sup>101</sup>

Diferentemente das relações de poder, passa-se a estar diante de um curso histórico particular nas relações privadas, no qual, ao contrário, acentuar-se-iam os limites que expressavam o respeito à *fides*. Nascia, assim, um princípio ético que se desenvolvia por meio de relações estabelecidas sob um plano de igualdade.<sup>102</sup>

Na base deste novo valor da *fides*, afirmava-se o prisma semântico da *fides* que, consoante observa Francisco Amaral, poderia ser compreendido como a lealdade à palavra dada, considerado a idéia central do pensamento político-jurídico das relações do Direito.<sup>103</sup> Assim, de acordo com M. Kaser, o fundamento da *fides* seria o dever de cumprir a palavra que vale para todos os homens, sem distinção de nacionalidade.<sup>104</sup>

100. Cf. caps. IV.1.4 a IV.1.5 infra.

101. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 56.

102. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661.

103. Cf. *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

104. Cf. *Das römisches cit. (nota 61 supra)*, p. 50.



Este fundamento, nas palavras de P. Bonfante, era para o romano aquilo que para nós são a honra e a virtude – valores diversos, pois mais extrínsecos e materiais, do que *honor* e *virtus* – e significava a mais austera observância do próprio dever na relação com os semelhantes.<sup>105</sup>

Analogamente, F. Schulz, ao afirmar que a *fides* era definida na Antigüidade como a existência de palavra dada (*fit quod dicitur*). coloca-a como uma das facetas da *constantia* (invariabilidade), que na visão dos romanos perfaria a virtude central do homem. Para ilustrar seu raciocínio, o romanista transcreve uma expressão do idioma inglês, a qual corresponderia ao referido sentido da *fides*: *take a course and stick to it!* (escolha um caminho e atenha-se a ele).<sup>106</sup>

As fontes literárias confirmam a relação, tão cara para os romanos, entre a *fides* e a manutenção da palavra dada.<sup>107</sup> De fato, Cícero afirma categoricamente que a fundação da *iustitia* é a *fides*, a qual são a verdade e a fidelidade a promessas e acordos, motivo pelo qual os romanos deveriam seguir o caminho dos estóicos – que diligentemente investigavam a etimologia das palavras – e aceitar sua declaração de que a *fides* assim se chama porque o que é prometido deve ser cumprido.<sup>108</sup> Assim, para Cícero, o fundamento da *fides* reside na atitude perseverante e veraz em relação a tudo quanto foi dito e convencionado.

A exigência de manutenção da palavra dada pode ser compreendida como a necessidade de respeitar vínculos ou promessas, tendo em vista que está na base dos juramentos e das estipulações da vida romana.<sup>109</sup>

Com efeito, P. D. Senn observa que o dever de ater-se à palavra dada pode ser considerado tanto como designação do liame instaurado por uma promessa (*in*

---

105. Cf. *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 719. Opinião semelhante é apresentada por A. MONTEL, *Buona fede* in *NND* 2 (1998), p. 602, o qual cita numerosas fontes literárias romanas.

106. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 193-194.

107. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 18; e A. CARCATERA, *Intorno cit. (nota 66 supra)*, p. 195.

108. Cf. *De off.* 1, 7, 23, “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est ditorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiuspiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiosè exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia Fiat, quod dictum est, appellatam fidem*”

109. Cf. J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97.

*fide stare, fidem frangere*) quanto como respeito pelo vínculo obrigacional instaurado (*dictorum conventorumque constantia et veritas*).<sup>110</sup>

De qualquer forma, o prisma semântico da *fides* de manutenção da palavra dada demonstra, conforme nota F. Schulz, a seríssima responsabilidade com a qual as promessas e vínculos eram ainda adotados em uma época histórica em que o sentimento religioso já havia perdido parte de seu peso originário. Mesmo quando o homem incauto não mais temia a pena divina, continuava ele a estar vinculado pela *fides*.<sup>111</sup>

Esta constatação encontra-se comprovada nos textos de Cícero, quando este afirma que a *fides*, inclusive a dos juramentos, deveria ser observada ainda quando extraída com uso de violência,<sup>112</sup> bem como mantida freqüentemente frente aos inimigos.<sup>113</sup>

Relevante notar que no mundo antigo o recurso à palavra era muito mais freqüente do que nós seríamos capazes de admitir. O texto escrito desempenhava um papel apenas secundário, realidade bem representada na metáfora – sugerida por M. Bretone – da partitura de uma sinfonia.<sup>114</sup>

Pode-se adotar como síntese do prisma semântico de manutenção da palavra dada da *fides* a afirmação de F. Schulz, para quem a *fides* implicaria o respeito ao vínculo assumido, tanto em relação à manutenção da palavra dada, quanto ao comportamento correspondente ao costume das pessoas de bem.<sup>115</sup>

#### 1.4. Prismas funcionais.

A partir da análise semântica da *fides*, com a apreciação conjunta de seus prismas diversos, seria possível inferir teorias bem fundamentadas sobre a gênese e o desenvolvimento do instituto.

110. Cf. *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131.

111. Cf. *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 198.

112. Cf. *De off.* 3, 30, 110, “*at non debuit ratum esse, quod erat actum per vim – Quasi vero forti viro vis posit adhiberi*”

113. Cf. *De off.* 3, 29, 107, “*fidesque iuris iurandi saepe cum hoste servanda*”

114. Cf. *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 107.

115. Cf. *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 198.

Tendo em vista a forte interação entre os prismas apresentados, parece inevitável deduzir-se que a *fides* deve ser vista como uma teia de conotações, a qual não poderia ser reduzida a uma noção precisa, confirmando sua já alegada complexidade conceitual.

Assim, parece assentado que a *fides* representava um vínculo de garantia, no qual se pressupunha a necessidade de manter a palavra dada, com níveis de representação sacros e, mais tarde, éticos e morais.<sup>116</sup> Constatar-se-ia, dessa forma, um processo de evolução paulatina da *fides*, ao final do qual esta não mais se caracterizava como idéia mística e religiosa, mas como uma noção laica dotada de conteúdo técnico.<sup>117</sup>

Essa gradual laicização levanta um importante questionamento, referente à natureza da *fides*, nomeadamente no que diz respeito à possibilidade de tratar-se de uma noção jurídica.

O exame filológico da *fides*, não obstante tenha apresentado extrema valia para a compreensão genérica do conteúdo da referida noção, é insuficiente para o estudo da mencionada questão. Desse modo, faz-se necessário recorrer ao estudo da *fides* pelos prismas funcionais das suas manifestações concretas.

De acordo com F. Schulz, são numerosas na vida romana as relações marcadas pela *fides*, vínculos pressupostos pelo Direito Romano e sem os quais se torna impossível avaliá-lo.<sup>118</sup>

Em virtude do fato de a *fides* ter apresentado diversos desenvolvimentos e direções, bem como diversas formações de significado, tem-se como resultado que suas interferências resultaram em complexo quadro histórico.<sup>119</sup>

O campo de aplicação da *fides* é subjetivo a gera controvérsias, uma vez que entra em conflito com outras noções como, por exemplo, a *potestas* e o

---

116. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 59.

117. Cf. A. CARCATERA, *Dea Fides cit. (nota 80 supra)*, p. 200-201; 234. Como observa o autor, ainda não está claro para os estudiosos o modo exato pelo qual se deu o processo de laicização da *fides*. Uma hipótese plausível, sugerida pelo próprio romanista italiano, seria a de que tal processo configuraria um desdobramento da própria laicização do Direito romano, o qual em certo momento deixou de ser monopólio dos pontífices.

118. Cf. *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 200; No mesmo sentido, G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 662.

119. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661.

*dominium*<sup>120</sup> De forma geral, pode-se afirmar que a *fides* era a projeção de aplicações concretas prévias, situadas em duas áreas distintas: nas relações internas – próprias da cidade e dos habitantes desta – e nas externas, da cidade com outros povos.<sup>121</sup>

### 1.5. *Fides* no Plano Interno.

No plano interno, diversas relações jurídicas são marcadas pela *fides*, podendo-se apontar, dentre outras, a clientela, tutela, curatela, adoção e fideiúcia. Como denominador comum para todos estes institutos, pode-se apontar que se tratam de atos de homens livres que renunciavam, em maior ou menor grau, à sua liberdade.<sup>122</sup>

Dentre todos estes vínculos, merecem destaque os de clientela.<sup>123</sup> Instituição social apta a tratamento jurídico, fortemente marcada pela *fides* e que remontaria, provavelmente, ao séc. IV a.C.<sup>124</sup> Dessa forma, o estudo da clientela pode ser tomado como paradigmático no âmbito da análise da *fides* no plano interno.

A clientela pode ser descrita como instituição correspondente a um tipo de estratificação social que tomava como pressuposto uma graduação entre o cidadão livre *sui iuris* e o liberto, implicando a existência de pessoas adstritas a determinados deveres de lealdade e obediência perante outras, em troca de proteção.<sup>125</sup> Ademais, cabe observar que a relação de clientela era transmissível e obrigava à ajuda recíproca.<sup>126</sup>

120. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130.

121. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 59; P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131; G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661; e D. NORR, *Die Fidei cit. (nota 67 supra)*, p. 18.

122. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130. J. GAUDEMET, '*Fides cit. (nota 72 supra)*', p. 243, suscita, ainda, a hipótese de a *fides* ter, nas relações internas, eficácia no âmbito das obrigações, mais precisamente do *nexum*. A. M. C. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 63, por seu turno, refuta esta hipótese.

123. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 59-60; P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130; e P. VOGLI, *Manuale di diritto romano*, 2ª ed., vol. II, Milano, Giuffrè, p. 267.

124. Cf. J. GAUDEMET, '*Fides cit. (nota 72 supra)*', p. 243.

125. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 59-60.

126. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 201.

Surge de forma clara na clientela uma situação de desigualdade jurídica, traduzida na inclusão do cliente (*cliens*) na família, sujeitando-se este ao pátrio poder.<sup>127</sup> O cliente passava a ser considerado o mais querido dos parentes, devendo ser defendido mesmo quando contra os consangüíneos, situação que revela de forma clara a firmeza com a qual a *fides* foi conservada na clientela.<sup>128</sup>

O cliente, conforme aponta F. Schulz, era alcançado pelas obrigações de *reverentia* e *obsequium*, e a partir destas seria possível deduzir outras tantas obrigações patrimoniais e extrapatrimoniais.<sup>129</sup>

O patrono, de sua parte, não poderia testemunhar contra o seu cliente, tendo em vista que era titular do dever de defender este último, bem como o ajudar no que fosse preciso.<sup>130</sup> Em verdade, nenhum outro delito era considerado tão grave quanto o de não prestar apoio ao cliente.<sup>131</sup>

Interessante notar que a presença da *fides* na clientela apresenta tanto aspectos domésticos quanto políticos. Sob este ponto de vista, cumpre rememorar a já aludida<sup>132</sup> vitória da plebe para substituir a *fides* dos patrícios por uma *fides* mais vantajosa, através da promulgação da XII Tab.<sup>133</sup>

A determinação do conteúdo da *fides* na clientela não é tarefa simples. As opiniões em relação a esta questão são divergentes, conforme relata P. D. Senn: afirmação de autoridade, norma sacra que se põe com o objetivo de limitar a arbitrariedade do patrono, representação de um poder ou um limite a este e, talvez, uma virtude própria aos indivíduos que usam com moderação o seu próprio poder.<sup>134</sup>

Pode ser apontada a presença marcante de dois aspectos semânticos da referida noção: a *fides* como poder – identificada com a posição jurídica do patrão,

---

127. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 59-60.

128. Cf. M. BREONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 104.

129. Cf. *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 200.

130. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 200-1. Quanto a esta *fides* do patrono nas relações de clientela, J. GAUDEMET, *'Fides' cit. (nota 72 supra)*, p. 243, aponta que ela correspondia à expressão técnica *in fidem esse* (estar em *fides*).

131. Cf. M. BREONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 104.

132. Cf. cap. IV.1.3 *infra*.

133. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130.

134. Cf. *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130.

caracterizada, dentre outros, por poderes de direção – e a *fides* como manutenção da palavra dada, constatada na análise da ação pela qual um indivíduo era recebido na *fides* de outro, com raízes na anterior escravatura, advindo da possibilidade de aceder à situação de *cliens* na seqüência de alforria ou pela *capitis deminutio*.<sup>135</sup>

Ainda que estes dois aspectos sejam os mais evidentes, não são eles os únicos elementos da *fides* a colorir as relações internas. Nesse sentido, aponte-se a lição de F. Amaral, para quem a *fides*, no âmbito das relações internas, concretizava o valor ético-religioso da antiga *fides*, como se constata na XII Tab. (7, 14), em que se estabelece a *consecratio* como sanção para a *fraus* do patrono para com o cliente.<sup>136</sup>

Conforme se nota, o prisma funcional da *fides* no plano interno compunha-se pelos três prismas semânticos desta noção, comprovando que todos estes coexistiam e interagem entre si.

De qualquer modo, a *fides* própria das relações internas foi incapaz de aportar limitações suficientemente caracterizadas como de Direito. Tratava-se apenas de uma dada estruturação social, à qual se vão associando representações religiosas e morais, configurando-se como um vínculo que implicava garantias de natureza não jurídica.<sup>137</sup>

#### 1.6. *Fides* no plano externo.

Inicialmente, cumpre observar que no plano externo – qual seja o das relações entre Roma e outros povos – o prisma funcional da *fides* tem contornos diversos e mais complexos daqueles presentes nas relações internas.<sup>138</sup>

O prisma funcional sob análise centrar-se-ia, especialmente, na *deditio in fidem* e na lealdade à palavra (tanto nos tratados internacionais quanto nos juramentos). Nesse passo, procederemos ao exame de ambas as situações.

135. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 60.

136. *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

137. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 67.

138. Em relação a essa questão, observe-se que G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661, apenas reconhece uma clara diferenciação entre a *fides* das relações internas e a das relações externas após a época arcaica, apontando que nesta as relações internas, tendo origem em uma sociedade concentrada em grupos minoritários, apresentavam um notável paralelismo com as relações externas.

Os romanos desenvolveram uma singular forma de capitulação, por meio da *deditio in fidem*, expressão prática da *fides* que pode ser descrita como um ato pacífico de confiança em um superior. A *deditio* estava intimamente relacionada com o instituto da clientela,<sup>139</sup> possivelmente tendo se originado na pacífica incorporação a esta.<sup>140</sup>

Diferentemente da clientela entre cidadãos, este instituto estabelecia-se, conforme nota F. SCHULZ, entre uma comunidade e o homem de Estado que a tenha tomado sob a hegemonia romana, de modo que pode ser considerada uma forma de relação internacional entre Estados.<sup>141</sup>

Não obstante, também desta clientela internacional derivava uma série de deveres de proteção e lealdade do patrono (*fides patroni*), bem como uma relação de mútua dependência entre este e o cliente, de forma semelhante ao que ocorria no plano interno.<sup>142</sup>

A *deditio* realizava-se mediante um acordo formal, celebrado em liberdade pelas partes, correspondendo a uma rendição pura e simples. A alteração de *status* é o fator verdadeiramente determinante: a população vencida perde sua capacidade jurídica segundo o *ius gentium*, incorporando-se à *fides* e ao domínio (*dicio*) romanos.<sup>143</sup> Trata-se de ato totalmente dependente da boa vontade do vencedor, que põe o povo vencido em uma situação intermediária entre o aliado (*socius*) e o escravo.<sup>144</sup>

---

139. A clientela, como já se expôs no cap. IV.1.5, fundava-se em recíprocas relações de direitos e deveres entre o patrono e o cliente, baseadas na *fides*, estruturando o amplo campo das relações internas e externas de Roma.

140. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit.* (nota 67 *supra*), p. 25-36.

141. *Prinzipien cit.* (nota 68 *supra*), p. 201. No mesmo sentido, G. GROSSO, *Buona fede cit.* (nota 74 *supra*), p. 661, baseado na análise de Cic. *De off.* I, 11, 35.

142. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit.* (nota 67 *supra*), p. 36

143. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit.* (nota 67 *supra*), p. 33. Discorda dessa opinião A. M. C. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit.* (nota 5 *supra*), p. 65, afirmando que a *deditio* implicava uma posição em tudo semelhante à da conquista armada, pura e simples, e não um tratado, no sentido de pacto livremente celebrado. Como resultado, transpareciam conseqüências puramente negativas, notadamente a anulação da personalidade jurídica do Estado vencido. Uma terceira opinião é apresentada por A. CARCATERRA, *Intorno cit.* (nota 66 *supra*), p. 197, o qual defende que no plano externo a *fides* também não deve ser entendida como mero arbítrio ou poder, mas sim como vínculo, mesmo em relação à *deditio*.

144. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit.* (nota 61 *supra*), p. 130.

Os deveres gerados por esta *fides* não estavam expressamente formulados, sobretudo os referentes ao vencedor, e a relação de submissão (ordem-obediência) ocupava o lugar das obrigações contratuais.<sup>145</sup>

Assim, a *fides*, em relação à *deditio*, simboliza a admissão do vencido, não somente no âmbito do domínio romano, mas também em seu ordenamento jurídico. Isto significa, acima de tudo, que as restrições de poder dos superiores, ao menos em princípio, aplicam-se também ao vencido.<sup>146</sup>

Quanto mais incompreensível fosse a fórmula da *deditio* para os vencidos, conforme observa D. Nörr, maior deveria ser o terror destes ante o mágico binômio pergunta-resposta que ela apresentava.<sup>147</sup>

Podia ser a *deditio* seguida da *receptio in fidem*, pela qual o vencedor “renunciava” aos largos poderes conferidos pela *deditio*. A efetividade e a medida desta renúncia estavam, todavia, na disponibilidade de Roma, a quem cabia decidir acerca da matéria.<sup>148</sup>

Com efeito, a única fonte vinculativa da *fides* residia no *populus romanus*, o qual, graciosamente, poderia se empenhar em renunciar ao uso da força e ao exercício dos direitos totais que adquiria sobre o vencido, se assim pensasse ser conveniente.<sup>149</sup> De fato, normalmente nenhum terceiro imparcial encarregava-se de precisar o conteúdo da *fides*; os romanos conservaram o poder de concreção, do qual se aproveitaram conscientemente.<sup>150</sup>

De qualquer forma, por meio da capitulação da *deditio* o vencido deixaria de pertencer a um âmbito externo, próprio dos inimigos, para passar a fazer parte de um âmbito normativo interno, protegido pela *fides*.<sup>151</sup>

Desse modo, guerra e paz, ódio e proteção, medo e confiança combinam-se, de forma surpreendente, no referido ato. A brutalidade e a severidade do vencedor, a

145. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 33.

146. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 37.

147. Cf. *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 33. O autor cita relatos históricos acerca do assombro dos macedônios ante ao cerimonial romano.

148. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 65.

149. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 66.

150. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 17.

151. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 36.



partir deste momento, passam a ter um amplo campo de atuação, o qual não era, todavia, ilimitado. Em virtude da *fides*, o vencedor sujeitava-se a reivindicações das quais, *de iure*, não podia se furtar. Frequentemente, por exemplo, o vencedor romano rechaçava a aceitação da *fides* da *deditio* quando queria proceder livremente contra os vencidos, mediante matança ou escravização. Daí deduz-se a norma “mínima” da *deditio*: a proteção da vida e da liberdade.<sup>152</sup>

Nesse diapasão, conforme aponta G. Grosso, a *fides* estava particularmente viva e operante nos confrontos dos estrangeiros, cuja posição e relação com os Romanos determinava-se e desenvolvia-se, precisamente, sob a égide de tal noção. Esta relação assumiria, assim, uma expressão imperialista<sup>153</sup> colocando a *fides* como verdadeiro fator de submissão a Roma.<sup>154</sup>

O culto à deusa Fides teria servido para que os romanos pusessem nas mãos dos mais fracos, mediante o elogio de sua *fides*, um instrumento de influência em seu próprio comportamento.<sup>155</sup>

Confirmando essa expressão imperialista, A. M. R. Menezes Cordeiro observa que a evolução da *fides* nas relações externas justamente corporizou sob forma jurídica a agressiva expansão romana, em detrimento dos outros povos.<sup>156</sup>

Todavia, interessante notar que a *fides populi Romani*, de forma paradoxal, não serviu apenas como vetor imperialista romano, verdadeiro fator de domínio e submissão. Esta *fides* pública foi também louvada como virtude, vista como garantia de lealdade e de respeito a alguns princípios de correção e confiança.<sup>157</sup>

---

152 Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 36.

153. Cf. Buona fede cit. (nota 74 supra), p. 661.

154. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

155. Apenas quando se considera a brutalidade do antigo Direito de guerra (*ius belli*) – o qual não protegia verdadeiramente os vencidos, facultando aos vencedores tomar medidas como o assassinato e a escravização dos primeiros – é que se pode compreender a eficácia da *fides* romana como pauta de comportamento. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 17; 24.

156. Este vetor ficou claro no Tratado Romano-Etólico de 212 – ou 211 a.C. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 64.

157. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661. Nesse sentido, cite-se também a lição de FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199, para quem nas relações internacionais a *fides* era “vista como virtude, garantia de lealdade e respeito, de correção e de confiança”

Os romanos, sobretudo no âmbito das relações internacionais, gabavam-se de ser o povo da *fides*, e orgulhosamente a contrapunham às noções semelhantes dos cartagineses e dos gregos.<sup>158</sup>

Em verdade, a inobservância da *fides*, na visão do povo romano, seria uma mazela social. Observar a *fides* seria um dos princípios da vida, aquilo que nesta há de mais santo, base de toda a felicidade humana.<sup>159</sup>

Alguns exemplos históricos, conforme nota D. Nörr, denunciariam que a *fides* por vezes chegava a ser uma noção hipócrita, usado pelos romanos para mascarar suas ações.<sup>160</sup> De modo geral, contudo, teria havido entre os diversos povos estrangeiros um amplo consenso acerca do fato de que os romanos, em geral, poderiam com razão orgulhar-se da sua *fides*.<sup>161</sup>

A par das relações de domínio impostas a povos estrangeiros, conforme observa A. M. C. Menezes Cordeiro, nota-se uma *fides* característica das relações externas, base dos convênios livremente assumidos.<sup>162</sup>

Essa *fides* apresentava fortes traços do aspecto da lealdade à palavra, estando presente em situações diversas como a celebração de pactos de proteção mútua e o cumprimento de tratados internacionais. A este propósito, alguns exemplos históricos merecem ser apontados, uma vez que são dotados de papel representativo da mentalidade romana e do papel da *fides*.

Um primeiro testemunho da *fides* ora examinada foi o tratado celebrado entre Roma e Cartago, no auge da Primeira Guerra Púnica. Neste documento, estipulou-se que os cidadãos de cada uma das partes gozariam, na Sicília, de proteção nos negócios no setor de influência da outra parte, sendo esta proteção assegurada pela

158. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 193. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 17, comprova essa relação de orgulho ao reproduz as palavras de Valerio Máximo (contemporâneo do imperador Tibério): "(...) venerabile Fidei numen dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat, quam semper in nostra civitate viguisse et omnes gentes senserunt (...)" (A venerável deusa Fides levanta a sua mão direita como símbolo certíssimo da segurança humana, que sempre se manteve em nossa cidade, assim como foi reconhecida por todas as demais nações).

159. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 193-194.

160. Nesse sentido, claras são as palavras do rei sírio Hierão II ao afirmar sarcasticamente, em 264 a.C., que a todo tempo brotava a *fides* dos lábios dos romanos, mas em realidade apenas para conseguir alcançar seus interesses egoístas. Cf. *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 17.

161. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 17.

162. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 68.

*fides*. Aplicada nesse contexto, a *fides* externa revestira, na Roma do séc. III a.C., a natureza de ponto de referência vinculante em pactos igualitários, compreendendo a obrigação e a garantia estatal da força vinculante do ato.<sup>163</sup>

Um segundo exemplo, descrito por Cícero é o do cônsul romano Marco Atilio Régulo, aprisionado pelos cartagineses durante a já referida Primeira Guerra Púnica,<sup>164</sup> e enviado a Roma com a missão de trocar prisioneiros e mediar um acordo de paz. Antes de sua partida, o cônsul teve de prestar juramento obrigando-se a regressar a Cartago na eventualidade de frustrarem-se os objetivos de sua missão.<sup>165</sup>

Quando chegou a Roma, o cônsul não se deixou seduzir pelas vantagens da conveniência de frustrar o juramento (ficar em Roma, em sua casa, ao lado da esposa e dos filhos, retendo sua patente e dignidade de ex-cônsul); demonstrando invejáveis coragem e virtude, compareceu ao Senado e anunciou sua missão, recusando-se a votar no exame da questão, tendo em vista que, enquanto vinculado aos inimigos por juramento, ele não mais era um membro senatorial. Ao ser indagado sobre sua opinião, Régulo afirmou que a libertação dos prisioneiros de guerra seria inoportuna, uma vez que estes eram jovens e galantes oficiais, ao passo que ele já era idoso. Quando o conselho de Régulo prevaleceu, os prisioneiros permaneceram retidos e ele, fiel a seu juramento, retornou a Cartago, onde morreu martirizado.<sup>166</sup>

Para Cícero, a afeição do cônsul em relação à família e à pátria, bem como a consciência de um destino marcado por torturas nas mãos de um dos mais cruéis inimigos de Roma, não foram suficientes para impedi-lo de manter o juramento prestado aos cartagineses. Régulo teria encarado o destino de sofrimento e tortura para manter-se fiel a seu dever moral, pois acreditava ser moralmente correto expor sua convicção (de que seria danosa a libertação dos prisioneiros), e por ela sofrer.<sup>167</sup>

163. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 64; e G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 662.

164. Mais precisamente, em 255 a.C. na batalha de Túnis, África, pelo estrategema de Xântipo Lacedemônio, um general espartano servindo sob o comando de Hamílcar. As datas precisas são indicadas pelo tradutor da obra de Cícero, tendo em vista que o orador romano desprezou a indicação de tais detalhes. Cf. CICERO, *De officiis*, trad. ing. de Walter Miller, *Cicero – On Duties*, Cambridge, Harvard University, 1913, p. 374.

165. Cf. *De off.* 3, 26, 99; 3, 27, 100.

166. Cf. *Cic. De off.* 3, 26, 99; 3, 27, 100. Novamente, as datas precisas são indicadas pelo tradutor, consoante explanado na nota 165 supra.

167. Cf. *De off.* 3, 29, 105; 3, 30, 110.

Partindo deste exemplo, Cícero observa que ao prestar-se um juramento há um dever de considerar não o que se pode temer em caso de violação, mas em que reside a obrigação. Um juramento seria uma certificação lastreada por santidade religiosa; assim, a prestação de uma promessa solene, ante Deus como testemunha, deve ser sagradamente mantida. Isto porque a questão não mais diz respeito à ira dos deuses (tendo em vista que esta não existe) mas às obrigações de *iustitia* e *fides*. Dessa forma, quem viola um juramento prestado estaria violando a deusa Fides.<sup>168</sup>

Ainda, quando um tratado internacional continha expressas obrigações de apoio militar, Roma obrigava-se, em sentido estrito, a seu cumprimento. Os romanos evitaram, quando possível, limitar a própria liberdade de atuação mediante tal espécie de cláusula, com promessas de ajuda em determinadas situações. Muito pelo contrário, sem necessidade de cláusula alguma, sentiram-se legitimados e, dentro de um âmbito discricionário, obrigados, em virtude da *fides*, a intervir militarmente em relação a seus amigos e aliados (*amici et socii*)<sup>169</sup>

Assim, a *fides* deixava de ser mera lealdade ao acordado para converter-se em um modo geral de comportamento, o que teria motivado Cícero a afirmar que o povo romano conseguira dominar todas as terras defendendo os povos aliados (*noster autem populus sociis defendendis terrarum iam omnium potitus est*)<sup>170</sup>

Para D. Nörr, é inquestionável que a agressão a um *amicus et socius populi Romani* colocava em discussão a *fides* romana. Como exemplo, cita a conquista de Sagunto por Aníbal. Sagunto, em que pese o fato de não ter acordo internacional celebrado com Roma, havia se submetido à proteção desta, mediante pacífica *deditio in fidem*, motivo pelo qual havia alcançado o *status* de *amicus et socius*. A *fides* exigiu uma reação contra Aníbal, considerado por Roma como agressor<sup>171</sup>

168. Em relação a esse tema, o pensador romano cita um trecho de Ênio: “*Ô Fides alma apta pinnis ét ius iurandum Iovis*” (Graciosa Fides, elevada em asas, jures sob o grande nome de Júpiter). Cf. *De off.* 3, 29, 104.

169. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 20.

170. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 20.

171. Cf. *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 22-23. A obrigação de reparar a injustiça cometida em Sagunto pode, inclusive, ser considerada um das causas que levaram Roma à Segunda Guerra Púnica, a qual acabou por conceder-lhe o domínio sobre o Mediterrâneo ocidental. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 23. Ressaltando a relevância das relações de aliança, F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 204, afirma que para os romanos os amigos (aliados) eram considerados mais necessários do que o fogo, a água e o pão.

Outro exemplo que deve ser citado é o controverso “caso Mancino”<sup>172</sup>. o qual, segundo D. Nörr, demonstra a minuciosa observância da *fides* como lealdade ao acordo, bem como a hábil superação dos problemas derivados do cumprimento da *fides*<sup>173</sup>

Após desafortunadas lutas com os numantinos, o cônsul Hostílio Mancino celebrou, em 137 a.C., um acordo de paz, provavelmente na forma de *sponsio*. Este acordo teria sido desaprovado pelo povo e Senado romanos, o que lhe trouxe um problema de eficácia jurídica. Por um lado, o acordo fora celebrado sem o consentimento do povo romano, de modo que sua eficácia vinculante com respeito ao povo era mais do que duvidosa. De outra parte, o magistrado havia comprometido a *fides publica*. Ademais, a permanência em Roma de um magistrado que não havia cumprido um tratado era considerada ofensa grave<sup>174</sup>

Para concomitantemente satisfazer as exigências da *fides* e suspender o cumprimento do tratado, aprovou-se uma lei, por sugestão de Mancino, de entrega solene de seu corpo aos numantinos. E assim foi feito: o *pater patratus*<sup>175</sup> ofereceu, com palavras solenes, o corpo desnudo e atado do cônsul, o que foi recusado pelos numantinos.<sup>176</sup>

Ao final, Mancino foi repostado, por lei, em seus direitos civis, e a interpretação jurídica oficial romana foi a de que, com a intenção da entrega solene do general que havia celebrado o tratado, Roma liberava-se do cumprimento deste. Por meio de tal solução, a *fides* como lealdade ao acordado havia sido respeitada e permanecido praticável.<sup>177</sup>

Episódio semelhante seria o da celebração da paz entre Roma e os Samnitas. Os generais Tito Vetúrio e Espúrio Postúmio perderam a batalha de Cádio,

---

172. Cf. Cic. *De off.* 3, 30, 109; 3, 30, 110.

173. Cf. *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 19.

174. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 19-20.

175. Esse *pater* era o membro do colégio sacerdotal com competência para assuntos internacionais. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 19.

176. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 19-20.

177. Ainda assim, tratava-se de um caso excepcional de resolução contratual *salva fide*: a regra era a lealdade ao acordado, entendido em sentido positivo. A frustrada entrega solene pode ser considerada mais como um sacrifício por um povo do que como a punição de um infrator do Direito, como comprova a estátua de Mancino desnudo erigida em Roma. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 19-20.

e celebraram a paz sem o consentimento do Senado e do povo. Os generais, assim como os tribunos do povo Tibério Numício e Quinto Mécio (os quais sancionaram a conclusão do acordo de paz), foram entregues aos inimigos, de modo a permitir que o acordo de paz fosse anulado. Curiosamente, esta atitude foi proposta e defendida pelo próprio Postúmio.<sup>178</sup>

Em ambos os exemplos históricos, a retidão moral teria prevalecido sobre a conveniência. Já em um terceiro caso, o protagonista teria se rendido aos falsos atrativos da conveniência, sacrificando a retidão moral: Quinto Pompéio, vivenciando situação idêntica à de Mancino, advogou contra a medida, proposta ao Senado, que almejava determinar sua entrega ao inimigo.<sup>179</sup>

Como síntese dos eventos históricos apontados, releva reproduzir a seguinte citação de Cícero: “*os romanos têm leis para regular as guerras, e a fidelidade a um juramento deve freqüentemente ser observada em negociações com o inimigo. Um juramento prestado com a clara consciência de que é necessário seu cumprimento deve ser mantido*”<sup>180</sup>

O mérito dos exemplos históricos apontados, segundo Cícero, reside na época destes, e não nos homens que os protagonizaram. Isto porque os romanos antigos acreditavam que nenhum vínculo era mais eficiente para garantir a *fides* do que um juramento. Esta afirmação poderia ser comprovada pela XII Tab., pelas leis sacras, pelos tratados nos quais a *fides* era garantida até aos inimigos e pelas penalidades investigações feitas pelos censores e penalidades por eles impostas.<sup>181</sup>

Observa-se, portanto, que para os romanos a *fides* deveria sempre ser preservada firme nas relações públicas, quaisquer que fossem as vicissitudes. Assim, mesmo quando se estivesse guerreando com um inimigo legítimo e declarado, os juramentos a este prestados deveriam ser mantidos, como se fossem tratados mútuos.

178. Cf. Cic. *De off.* 3, 30, 109; 3, 30, 110.

179. Cf. Cic. *De off.* 3, 30, 109; 3, 30, 110.

180. Cf. Cic. *De off.* 3, 29, 107.

181. Cf. Cic. *De off.* 3, 31, 111, “*Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodocim tabulis, indicant sacrae, indicant foedera, quibus etiam um hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando iudicabant*”.

Não fosse isso verdade, Roma não teria entregue acorrentados aos inimigos os cônsules, os quais eram os homens mais ilustres à época.<sup>182</sup>

### 1.7. *Fides* e objetivização do comportamento.

Com base no exposto, parece inevitável deduzir-se que a *fides* teve um papel notável na antigüidade, especialmente em Roma, apresentando-se ativamente operante e dominante nas relações internacionais – seja entre Estados, seja entre cidadãos de Estados diversos – bem como profundamente enraizada nas relações privadas.<sup>183</sup>

A *fides* nasceu no seio das civilizações clássicas como regra de responsabilidade voltada a conferir objetividade aos comportamentos dos indivíduos, de modo a permitir maior grau de previsibilidade e segurança nas relações humanas.

Como observa P. Frezza, a autoconsciência, que revela o homem a si mesmo, mostra-lhe também a existência do ser alheio, consciente ele próprio; no encontro destes dois seres, confrontam-se suas consciências. Neste contexto, a experiência do diálogo – contato imediato entre dois sujeitos – dá margem ao fenômeno da compreensão, a qual, todavia, não pode pressupor a identidade entre as partes, tampouco a absoluta diferenciação.<sup>184</sup>

O fenômeno da compreensão abrange, portanto, o paradoxo de oferecer ao outro – e dele esperar em troca – um “si próprio” (*alter ego*) que não frustre a expectativa de continuidade, de não contrariedade do comportamento esperado. Este paradoxo da autenticidade do sujeito humano, superposto ao fenômeno da compreensão, passou a ser traduzido pela noção de *fides*.<sup>185</sup>

Assim, a *fides* consistiria em uma tentativa de objetivização do comportamento humano, de modo a possibilitar a previsibilidade das condutas

---

182. Cf. M. BRETONI, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 104.

183. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 661.

184. Cf. *A proposito di 'fides' e 'bona fides' come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale* in *SDHI* 57 (1991), p. 299.

185. Cf. P. FREZZA, *A proposito cit. (nota 185 supra)*, p. 300. Conforme revela o autor, essa constatação teria levado o estóico Epíteto a proceder à identificação entre a *fides* e a própria natureza do homem: “o homem nasceu para a *fides* e, aquilo que a subverte, subverte a própria natureza humana”

individuais no âmbito de relações interpessoais, procurando adequar tais condutas aos padrões esperados de um homem médio comum (*bonus paterfamilias*).

Inicialmente, a objetivação do comportamento era voltada aos contatos mantidos entre o homem e a divindade, passando posteriormente a abranger relações bipolares que implicavam a assunção de vínculos.

Em ambas as situações, a objetivação do comportamento humano pressuporia a necessidade de manutenção da palavra dada, bem como o respeito às garantias advindas de vínculos de poder, e implicaria a necessidade de adequação às condutas previstas em normas, jurídicas ou não.

### 1.8. Natureza.

Após examinados os principais aspectos da *fides*, cumpre analisar a natureza desta, especificamente no que concerne à possibilidade de tal noção ser compreendida como verdadeira norma jurídica. Esta análise revela-se fundamental para que, posteriormente, possa-se estudar a passagem da *fides* à *fides bona*.

Em relação à *vexata quaestio* em tela, pode-se apontar que a doutrina romanística tende a concentrar seus entendimentos em duas correntes distintas, a saber: (i) a *fides* seria uma norma jurídica; (ii) a *fides* não portava conseqüências jurídicas, sendo apenas uma noção ética e moral.

A parcela majoritária dos romanistas defende que a *fides* deve ser compreendida como uma norma jurídica,<sup>186</sup> compreendida como princípio jurídico, convenientemente desenvolvido desde os tempos antigos,<sup>187</sup> fundamento de obrigatoriedade jurídica para todos os homens sem distinção da sua nacionalidade.<sup>188</sup>

---

186. P. BONFANTE, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 719; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 13. ed., v. II, Rio de Janeiro, Forense, p. 313; P. FREZZA, *A proposito cit. (nota 185 supra)*, p. 300; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 50; F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 194 ss; P. VOCI, *Manuale cit. (nota 124 supra)*, p. 267; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202.

187. Cf. P. VOCI, *Manuale cit. (nota 124 supra)*, p. 267; e F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 194 ss.

188. Cf. M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 50.



Reconhecida a natureza da *fides* como norma jurídica, ter-se-iam como conseqüências diretas o reconhecimento do estreito vínculo que nasce de um contrato obrigatório válido e do negócio jurídico não solene.<sup>189</sup>

Já a segunda corrente, sustentada sobretudo por A.M.C. Menezes Cordeiro, J. Paricio e P. D. Senn, rejeita todas as orientações que da *fides* pretendam retirar conseqüências jurídicas que não as extraídas em um momento posterior do Direito Romano, mas então já com a adjução de *bona*. Para estes autores, a *fides* não estava em condições de, por si, trazer uma força vinculativa. Tratar-se-ia, na verdade, de uma noção cujo conteúdo seria de natureza ética e moral, e não jurídica.<sup>190</sup>

Posição intermediária a estas duas teses é capitaneada por D. Nörr, ao defender que a *fides* aplicável à relações externas de Roma tinha a natureza de norma jurídica, o que restaria comprovado pelo fato de que, uma vez violada, habitualmente era punida ou, ao menos ameaçada, com sanções.<sup>191</sup>

Esta corrente reconhece que a apelação à *fides* não deve ser interpretada como uma mera apelação a excelsas qualidades virtuosas, como a compaixão, a clemência e a benevolência, mas sim como norma jurídica.<sup>192</sup>

A singularidade desta natureza jurídica, todavia, seria difícil de precisar.<sup>193</sup> Ao que tudo indica, a tutela concedida pelo *ius gentium* às relações com peregrinos teria levado ao ingresso da *fides* no ordenamento jurídico romano, e a transformação desta, de norma-base, autônoma, em objeto (de disciplina e tutela) da parte de uma norma do ordenamento positivo.<sup>194</sup>

Comprovaria essa asserção o fato de que, já no início da República romana, a *fides* teria sido erigida à condição de norma jurídica destinada a garantir a

---

189. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 194.

190. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 70; *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131. No mesmo sentido, J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 98;

191. Cf. *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 16-17. No mesmo sentido, A. CARCATERA, *Intorno cit. (nota 66 supra)*, p. 167. Em relação ao referido tema, M. G. ZOZ, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Luigi Garofalo, Padova, CEDAM, 2003, p. 541, nota que a *fides* possibilitou sancionar, primeiro não juridicamente e depois juridicamente, as relações jurídicas mantidas entre romanos e estrangeiros, trazendo adequação do Direito às novas necessidades econômicas.

192. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 37.

193. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 17.

194. Cf. A. CARCATERA, *Intorno cit. (nota 66 supra)*, p. 197.

proteção jurídica dos contratos de compra e venda que haviam sido celebrados conforme as cláusulas do Primeiro Acordo Romano-Cartaginês.<sup>195</sup>

Com base no estudo comparativo destas diferentes correntes, parece lícito defender a natureza de norma jurídica para a *fides* apenas no que concerne ao prisma funcional que esta apresentava nas relações externas de Roma. Fundamentam esta asserção as importantes conseqüências jurídicas trazidas por esta noção no plano internacional, como a necessidade de observância dos vínculos contraídos e as sanções previstas para a sua violação.

Em que pese ser admissível essa natureza jurídica da *fides* no plano externo, não parece cabível afirmar que se possa falar em uma norma geral de *fides* no Direito Romano, muito menos em uma prematura representação de um princípio de boa-fé romano.<sup>196</sup>

Mais assentado parece ser defender que a *fides*, em lugar de fonte jurígena, configuraria uma “medida” tendo em vista que não se imporia por si, mas por elementos de Direito positivo material e processual.<sup>197</sup> Com efeito, consoante intentaremos demonstrar abaixo,<sup>198</sup> os ideais da *fides* encontram vinculação jurídica a partir do momento em que passam ser assegurados pela *bona fides* – esta sim verdadeira norma jurídica – e pela tutela dos *bonae fidei iudicia*.

De qualquer modo, a *fides* seria uma das categorias essenciais para a compreensão do ordenamento jurídico romano, uma vez que representaria a expectativa de comportamento conforme a norma, seja esta ética, moral ou jurídica.<sup>199</sup>

Mais do que isso, consoante procuraremos demonstrar, a *fides* seria a base da *fides bona*, princípio jurídico que somente em um momento posterior seria introduzido no Direito Romano, por obra dos pretores.<sup>200</sup>

De fato, não obstante essa evolução conturbada e imprecisa da *fides*, com falta de precisão nas utilizações jurídicas, ainda incipientes, tal noção conservaria uma

195. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 17.

196. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 37. Em sentido contrário, P. VOCI, *Manuale cit. (nota 124 supra)*, p. 267.

197. Cf. A. CARUTERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'* in *SDHI* 33 (1967), p. 66.

198. Cf. cap. IV.2.

199. Cf. D. NÖRR, *Die Fide cit. (nota 67 supra)*, p. 16.

200. Cf. cap. IV.2.4.

conotação séria e profundamente enraizada no imaginário da coletividade romana, suscetível de provocar reações afetivas nas pessoas. Desse modo, a *fides* estava especialmente vocacionada e disponível para dar cobertura a novidades jurídicas, dentre as quais se destacou a *fides bona*.<sup>201</sup>

## 2. Da *fides* à *bona fides*.

### 2.1. Considerações iniciais.

Consoante se expôs acima, não parece caber à *fides* um papel verdadeiramente jurígeno, muito menos de norma de boa-fé romana, posição esta que, conforme se procurará demonstrar, apenas pode ser imputada à *fides bona* (ou *bona fides*).

Verdadeira *vexata quaestio*, a transição da *fides* às noções de *fides bona* e *bona fides* tem agitado a doutrina histórico-jurídica, sem que se possa falar em soluções definitivas.<sup>202</sup> Para que se possa analisar este debate, contudo, faz-se necessário que se apresentem algumas considerações preliminares acerca das noções de *bona fides* e *fides bona*.

### 2.2. Contornos gerais da *bona fides*.

Inicialmente, deve-se observar que a *communis opinio* refere-se de forma indiscriminada à boa-fé romana como *bona fides* ou *fides bona*, assumindo tais noções como equivalentes.<sup>203</sup>

---

201. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota supra)*, p. 69

202. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 71.

203. Os seguintes autores não apontam uma possível distinção entre *bona fides* e *fides bona*: A. S. JUSTO, *Direito Privado Romano*, vol. III, Coimbra, Coimbra, 2000, p. 87; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 1 ss; F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 198; J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97; M. BRETONI, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 104; P. BONFANTE, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 718-719; G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 643. Quanto à parcela doutrinária que procede à referida diferenciação, cf. cap.IV.2.3 infra.

A *bona fides*, que não encontra definição alguma nas fontes,<sup>204</sup> caracterizar-se-ia como uma noção jurídica<sup>205</sup> que atuava como verdadeiro critério de valoração das circunstâncias do caso concreto.<sup>206</sup>

Essa noção jurídica imporia às partes de um negócio concreto uma série de deveres que deviam ser cumpridos na relação jurídica, implicando o respeito aos próprios vínculos e promessas assumidos, observando-se o padrão de comportamento correspondente aos costumes de confiança, honestidade, correção e lealdade das pessoas de bem.<sup>207</sup>

Tratar-se-ia, portanto, do dever genérico de comportar-se com retidão nas relações jurídicas, que poderia ser reportado aos ideais da *fides*, notadamente em relação ao respeito à palavra dada, com o qual mantinha uma conexão bastante estreita. Dessa forma, possibilitava-se a prevalência de simples acordos sobre outros valores, essencialmente formais.<sup>208</sup>

Sob esse ângulo, resulta significativo um aspecto que sempre acompanhou a operatividade da *bona fides*, qual seja o seu caráter unicamente setorial. Apenas para determinadas relações jurídicas típicas era possível empregar o esquema normativo da *bona fides*, sendo para tanto necessária a tutela processual formular baseada no *oportet ex fide bona*.<sup>209</sup>

Conforme nota P. Bonfante, resta claro que nas diversas relações jurídicas o comportamento de lisura e lealdade, compreendido na *bona fides*, deve se referir a um objeto determinado e diverso. O dever abstrato e geral de conduta conforme o homem médio deve, em cada relação, explicar-se em algum dever concreto e particular.<sup>210</sup>

204. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 30.

205. A noção de *bona fides*, para P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 130, seria tipicamente técnico-jurídica, uma vez que não poderia ser encontrada nos textos literários.

206. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 197.

207. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 198 ; J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97; M. BRETONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 104; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200.

208. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 46.

209. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 40: 47.

210. Cf. *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 718-719.

A noção do que deve ser compreendido como *bonu fides* em cada situação seria mesurada em relação às particularidades e expectativas da sociedade, e remetida em sua extensão à apreciação do juiz, o qual teria por tarefa interpretar tal noção e aplicá-la ao caso concreto.<sup>211</sup> Este critério supraindividual e objetivo costuma ser definido como a *fides* do *bonus vir*.<sup>212</sup>

Dessa forma, a *bona fides* pode ser compreendida como um princípio normativo de justiça contratual, que visaria a tutelar o equilíbrio contratual, garantindo a igualdade das posições dos contraentes, por meio da atuação judicial. Tratar-se-ia de um critério do grau de tolerabilidade da estrutura do equilíbrio da prestação como vontade das partes, um vetor de integração necessário ao conteúdo do contrato.<sup>213</sup>

Nesse contexto, a *bona fides* caracterizar-se-ia como um dos fundamentos materiais e constitutivamente decisivos do Direito romano, no qual o casuismo tópico-jurisprudencial atuava analogicamente, por referência a valores fundamentais.<sup>214</sup>

A *bona fides* era, em síntese, um critério normativo de comportamento, que modelou todo um complexo de relações obrigacionais romanas, fornecendo a possibilidade de valorá-las objetivamente, por meio da atuação judicial.<sup>215</sup>

Por fim, note-se que a presente noção de *bona fides* distingue-se daquela aplicável na seara dos Direitos Reais, a qual se identifica com a noção de boa-fé subjetiva adotada nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.<sup>216</sup>

Essa *bona fides* em sentido subjetivo, conforme se intenterá demonstrar abaixo,<sup>217</sup> foi o resultado de um processo de difusão, tanto horizontal quanto vertical, sofrido pela noção de *bona fides* em seu sentido original.

---

211. Cf. P. BONFANTE, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 718.

212. Cf. J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 97; e P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131.

213. Cf. R. CARDILLI, *La buona fede come principio di diritto dei contratti*. in *Roma e America Diritto romano comune* 13 (2002), p. 185.

214. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 198.

215. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 643.

216. Cf. J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 98; P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131; e M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 16.

217. Cf. cap. IV.5.

### 2.3. *Fides bona* e *bona fides*.

Uma segunda orientação doutrinária procura distinguir as noções de *bona fides* e *fides bona*, alegando que haveria uma pretensa diferença filológica e funcional entre ambas.<sup>218</sup>

Para os defensores desta corrente, a antítese própria das relações reais e das obrigacionais encontraria pólos na oscilação existente entre a *bona fides*, subjetiva (como erro e ignorância), e a *fides bona* (como critério normativo), objetiva.<sup>219</sup>

Em verdade, parece correto afirmar que *fides bona* e *bona fides* seriam expressões equivalentes, que portariam a mesma significação. Corroboraria este argumento o fato de que a pretensa diferenciação defendida por uma parcela minoritária da doutrina romanística, como visto acima, não é acompanhada por comprovações nas fontes. Ademais, deve-se ter em consideração a estrutura da língua latina, na qual o sistema de flexões de casos permite que a ordem das palavras seja alterada sem que isso implique mudança semântica nas sentenças,<sup>220</sup> assim, seria natural haver referências tanto à expressão *fides bona* quanto à *bona fides*, uma vez que os termos *bona* e *fides* estão igualmente flexionados em ambas.<sup>221</sup>

A expressão *fides bona* encontra-se, sobretudo, utilizada no âmbito dos *bonae fidei iudicia*, como cláusula formular (*oportet ex fide bona*), critério segundo o qual o juiz deve julgar a relação jurídica concreta. Já a expressão *bona fides*, por seu turno, parece ser usada para retratar a noção substancial de boa-fé.<sup>222</sup> Ambas, contudo, referir-se-iam ao aspecto objetivo da boa-fé, apresentando identidade semântica.

218. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 71; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200; e G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990, p. 507.

219. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200.

220. De fato, em latim uma mesma palavra tem terminações distintas para indicar a função que exerce na oração (flexão de caso). Cf. NAPOLEÃO MENDES DE ALMEIDA, *Gramática Latina*, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 14-15.

221. Assim, parece assentado afirmar a possibilidade de usar o termo *bona fides* tanto em sentido objetivo como subjetivo. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 13ss.

222. Não obstante, é raro o emprego da expressão *bona fides* em provimentos normativos que não o edito do pretor. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 16.

Todavia, tendo em vista o fato de que a *bona fides* posteriormente sofreu diluição, e passou a significar também “boa-fé subjetiva”<sup>223</sup> parece ser mais adequado utilizar-se o termo *fides bona*, de modo a evitar eventuais confusões conceituais.

#### 2.4. Transição como obra do pretor.

Parte da doutrina romanística compreende a *bona fides* como noção equivalente à *fides*, o que caracterizaria a primeira como expressão tautológica, uma vez que o adjetivo *bona* não lhe acrescentaria nenhum tipo de significação.<sup>224</sup>

Conforme observa F. Schulz, a *fides* não poderia ter historicamente portado um significado neutro (como, por exemplo, *valetudo* ou *venenum*), tendo em vista que a deusa Fides tinha um templo no *Campidoglio*. Para o romanista alemão, *mala fides* – assim como *Graeca fides* ou *Punica fides* – importaria negação da *fides*.<sup>225</sup>

Nesse sentido, P. Frezza afirma ser insustentável a hipótese da superveniência de um valor normativo, antes inexistente, a indicar a passagem da *fides* à *bona fides*, tida como resultado de conferir-se à *fides* valoração de regra objetiva de responsabilidade nascente dos negócios de Direito privado.<sup>226</sup>

Esta corrente, portanto, não reconhece a existência de um processo de transição da noção de *fides* à outra noção de *bona fides*, assumindo-as como portadoras de um mesmo significado.

Não obstante seja evidente a proximidade entre a *fides* e a *bona fides*, deve-se reconhecer que esta última parece ser o produto de um processo evolutivo, uma vez que se caracteriza como uma norma jurídica de conteúdo preciso, enquanto a *fides* era apenas uma noção jurídica incipiente.<sup>227</sup>

---

223. Cf. cap. IV.5.

224. Cf. F. SCHULZ, *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 197. Nesse sentido, P. BONFANTE, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 719, afirma que a *bona fides* não seria mais do que a *fides* com a adição de um adjetivo costumeiro que não acresce propriamente nada ao conceito. Também na opinião de J. C. MOREIRA ALVES, *Direito cit. (nota 187 supra)*, p. 313, a *bona fides* pode ser entendida como sinônimo da *fides*, sendo um “conceito ético acolhido, sem modificação, pelo direito”.

225. Cf. *Prinzipien cit. (nota 68 supra)*, p. 197.

226. Cf. *A proposito cit. (nota 185 supra)*, p. 300.

227. Cf. P. D. SINN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131.

Essa evolução, dada a complexidade que lhe é inerente, seria artificial, uma obra humana voluntária. Mais do que isso, tratar-se-ia de uma criação hábil, tendo em vista que se escolheu a *fides*, um termo apto a preservar suas potencialidades técnicas - sendo de extrema valia para os juristas - e sensibilizar imediatamente o leigo. De fato, a justaposição de *fides*, noção ligada a “poder”, “confiança”, “garantia” e “respeito” e com uma notável áurea mística, com *bona* revelam o sentimento de algo axiologicamente positivo.<sup>228</sup>

Assim, em um certo ponto os juristas começaram a utilizar a *bona fides* como instrumento para a elaboração de algumas instituições de Direito contratual. Este fenômeno manifesta-se, inicialmente, no século III a.C., conferindo logo aos *bonae fidei iudicia* o emprego da noção *bona fides*.<sup>229</sup>

As necessidades de aceleração do tráfico jurídico e, sobretudo, de manter relações contratuais com os *peregrini* (os quais não eram destinatários de normas de *ius civile*), teriam levado ao desenvolvimento da *fides* como elemento jurídico objetivo, por esta razão apelidada de *bona*.<sup>230</sup>

Era natural que essas necessidades - cuja conseqüência jurídica, correspondente ao desenvolvimento da economia, era expressão da força vinculante da *bona fides* - estimulassem a criação de figuras concebidas para servir o tráfico universal, como é caso da compra e venda.<sup>231</sup>

Outrossim, também a própria assunção sob a égide da *bona fides* podia ser operada para negócios cuja origem não se vinculava, necessariamente, a relações com estrangeiros, por exemplo a sociedade e o mandato. Tais negócios eram reconhecidos, da mesma maneira, como merecedores da operatividade da *bona fides*, conseqüentemente podendo ser usados, indiferentemente, por cidadãos e estrangeiros.<sup>232</sup>

228. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 101.

229. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200.

230. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 91; e Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200.

231. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 662; e A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 100.

232. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 662.



Finalmente, outros negócios jurídicos, como a tutela, que se caracterizavam por ser essencialmente aplicáveis a cidadãos romanos, também eram tutelados com base no esquema da *bona fides*.<sup>233</sup>

Nesse contexto, pode-se observar que realidades oriundas de períodos históricos diversos, com diferentes funções e âmbitos de aplicação, surgiram uniformizadas como *fidei bona*.<sup>234</sup> Dessa forma, constatar-se-ia uma mesma força vinculante da *bona fides* para inúmeras relações entre cidadãos e entre cidadãos e estrangeiros.<sup>235</sup>

Esse cenário não poderia ser obra do acaso; revelaria, em verdade, a assinatura indelével da comunidade humana organizada, dispondo de órgãos especializados para aplicar o seu engenho à reforma, meditada e pretendida, de relações sociais.<sup>236</sup>

Ademais, considerando-se o fato de que o Direito Romano é extremamente pragmático, econômico quanto à adoção de reformas terminológicas ou similares, o recurso a expedientes lingüísticos inventivos só poderia ter advindo de uma necessidade de nominar realidades novas, criadas de modo especial.<sup>237</sup>

A expressão *bona fides*, portanto, teria sido uma inovação semântica criada pelo pretor, com um sentido técnico-jurídico, aproveitando o patrimônio sócio-lingüístico da noção ético-moral da *fides*, profundamente enraizada na coletividade romana.<sup>238</sup>

Assim, em determinada altura, teria surgido a combinação *bona fides*, a qual, remetida ao juiz nas demandas tuteladas por *bonae fidei iudicia*, inserir-se-ia no sintagma *oportet ex fide bona*.<sup>239</sup> Esta expressão, bastante simples, bastava para aclarar

---

233. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 100.

234. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 100

235. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p.662.

236. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 100; e A. CARCATERRA, *Intorno cit. (nota 66 supra)*, p. 3-35.

237. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 101; e A. CARCATERRA, *Intorno cit. (nota 66 supra)*, p. 3-35.

238. Cf. A. CARCATERRA, *Ancora cit. (nota 66 supra)*, p. 79; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 204.

239. O conteúdo e as implicações do *oportet ex fide bona* serão examinados no cap. IV.3.6 infra.

ao destinatário, com precisão e eficácia, uma idéia complexa e técnica, qual seja a da *bona fides*.<sup>240</sup>

Mister observar, para que se possa compreender esse cenário, que o sistema jurídico romano tinha base processual, pois assentava na atribuição concreta de ações, e não no reconhecimento abstrato de posições jurídicas. Precisamente no campo processual teria havido a referida evolução fundada no labor pretoriano, em cujo decurso irromperia a *bona fides*, no âmbito dos *bonae fidei iudicia*.<sup>241</sup>

### 3. *Bonae fidei iudicia*.

#### 3.1 Considerações iniciais.

Após o exame da noção de *bona fides*, procederemos à análise dos juízos de boa-fé<sup>242</sup> (*bonae fidei iudicia*) no âmbito do sistema processual romano, nos quais, podem ser encontradas as principais aplicações da *bona fides*.<sup>243</sup>

Os *bonae fidei iudicia* – aos quais deve ser conferido amplo relevo, conforme observa V. Arangio-Ruiz<sup>244</sup> – são uma categoria particular de juízos de procedimento criados no Período Clássico, caracterizados por adotarem uma fórmula

240. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 100-101.

241. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 71.

242. Na doutrina romanística, podem ser encontradas referências tanto à expressão “juízos de boa-fé” quanto a outra equivalente, qual seja “ações de boa-fé”. Examinando a terminologia dos *bonae fidei iudicia*, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 1951, trad. esp. De J. Santa Cruz Teigeiro, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 33, observa que a linguagem clássica conhece apenas esta expressão, e não as de *bona fidei actio*, *bona fidei iudicium*, *bona fidei contractus*, *bona fidei negotium*. Assim, utilizaremos sempre a expressão “juízos de boa-fé”. por ser a que melhor se coaduna com a terminologia constante das fontes.

243. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota supra)*, 203; e M. TALAMANCA, *La ‘bona fides’ cit. (nota 10 supra)*, p. 40. Aponte-se que parte da doutrina romanística afirma a aplicabilidade da boa-fé objetiva também fora do âmbito dos *bonae fidei iudicia*, ainda que com relevância menor. Nesse sentido, M. BRETONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 326, comenta a existência de um precioso documento acerca da questão: o capítulo XX da *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, provavelmente de 49-42 a.C.

244. Cf. *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1994, p. 298.

na qual, mediante a aposição de uma cláusula especial, ordena-se ao juiz que ele sentencie em conformidade com os ditames da boa-fé.<sup>245</sup>

De fato, a invocação à boa-fé, consoante aponta Francisco. Amaral, passou a qualificar o processo como *bonae fidei iudicia*.<sup>246</sup> No mesmo sentido, M. KASER observa que os juízos de boa-fé somente poderiam ser invocados no curso de um processo formulário, perfazendo um grupo das mais importantes relações obrigacionais cuja exigibilidade não se fundava na lei, mas na boa-fé (*oportere ex fide bona*), consoante as orientações de juristas e pretores.<sup>247</sup>

### 3.2. *Bonae Fidei Iudicia* e *Stricti Iuris Iudicia*.

Nas fontes<sup>248</sup> encontra-se apontada uma contraposição entre *bonae fidei iudicia* e *stricti iuris iudicia*,<sup>249</sup> a qual demonstra que os juristas clássicos teriam exaustivamente individualizado, já a partir do fim da época republicana, a categoria dos juízos de boa-fé.<sup>250</sup>

Não obstante o fato de a distinção entre relações jurídicas *bonae fidei* e *stricti iuris* ser substancial, deriva ela da adição de apenas três palavras na fórmula da ação *bonae fidei: ex fide bona*.<sup>251</sup>

---

245. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131; A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 73; F. SCHULZ, *Classical. cit. (nota 243 supra)*, p. 33-34; e P. VOGL, *Manuale di diritto romano*, 2ª ed., vol. I, Milano, Guffrè, p. 112.

246. Cf. *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200.

247. Cf. *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 37.

248. Notadamente em I. 4, 6, 28. Cf. M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)* in *ED 36* (1959), p. 64; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202; e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 299.

249. Juízos *stricti iuris, stricti iudicii* ou *iudicia stricta*, denominações próprias da linguagem pós-clássica. Cf. A. D'ORS, *Elementos de derecho privado romano*, 2ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1975, p. 60.

250. Cf. M. TALAMANCA, *Processo cit. (nota 249 supra)*, p. 64; A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 60; e V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 299.

251. Cf. B. NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law*, Cambridge, Clarendon, 1975, p. 163.

Nos juízos que não podiam ser caracterizados como *bonae fidei* – perfazendo *stricti iuris iudicia*, portanto – o magistrado deveria julgar rigorosamente de acordo com a pretensão enunciada pelo autor da demanda.<sup>252</sup>

O *officium iudicis* estava, assim, extremamente limitado a dizer “sim” ou “não” sobre a existência ou inexistência do direito do demandante. Eventuais circunstâncias do caso concreto apenas deveriam ser ponderadas se inseridas pelo pretor na *exceptio* da fórmula processual.<sup>253</sup>

### 3.3. Processo formular e expansão comercial.

As ações de boa-fé surgiram, consoante observam F. Amaral e P. D. SENN, em um momento fundamental da história do Direito Romano: aquele no qual as *leges actiones* (ações da lei)<sup>254</sup> – insuficientes para tutelar todas as situações jurídicas – estavam sendo progressivamente suplantadas pelo processo formular.<sup>255</sup>

Como observa M. Bretonne, este novo processo conservou a distinção em dois estados (*in iure e apud iudicem*), mas não se vinculou aos rígidos modelos das *legis actiones*, e adotou como instrumento a *formula* (ou *iudicium*),<sup>256</sup> à qual as partes submetiam-se com a *litis contestatio*. A controvérsia era, na fórmula, reassumida pelo magistrado em termos precisos, após um livre debate entre as partes, mantido perante ele, que fornece ao juiz o esquema para a decisão.<sup>257</sup>

As fórmulas dos juízos – e também as das *exceptiones*, dos *interdicta* e das *stipulationes praetoriae*, dentre outros – eram enunciadas no edito pelo pretor e

252. Cf. M. TALAMANCA, *Processo cit. (nota 249 supra)*, p. 64.

253. Cf. A. S. JUSTO, *Direito Privado Romano*, vol. I. Coimbra, Coimbra. 2000, p. 245. O esquema do processo formular será examinado nos caps. IV.3.3 e IV.3.6.

254. O mais antigo sistema processual romano, caracterizado por ser excessivamente formalista e rígido, adotando rituais solenes e apresentando íntimo relacionamento com a religião (*fas*). Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, RT, 1996, p. 41. Este sistema processual foi abolido, salvo raras exceções – pela *lex Julia*, de 17 a.C. Cf. M. TALAMANCA, *La repubblica in Lineamenti di storia del diritto romano*, Mario Talamanca (org.), Milano, Giuffrè, 1979, p. 168.

255. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 203.

256. Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições cit. (nota 255 supra)*, p. 100.

257. Cf. *Storia cit. (nota 63 supra)*, 104; e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições cit. (nota 255 supra)*, 100.

visavam a tutelar situações subjetivas não contempladas pelo *ius civile*. A partir da *lex Aebutia*, contudo, o pretor deveria considerar, no edito, também os pressupostos fáticos dos *ius civile* para os quais se poderia, com efeitos civilísticos, *agere per formulas*.<sup>258</sup>

A introdução das fórmulas escritas, portanto, implicou o surgimento de um novo tipo de processo, o qual adotava procedimentos de conteúdo variável, menos rígidos e mais adaptados aos reclamos da comunidade.<sup>259</sup>

Desde momentos históricos arcaicos Roma manteve contatos comerciais com outros povos,<sup>260</sup> e houve relações jurídicas entre cidadãos (*cives*) e peregrinos (*hostes, peregrini*), consoante alusões constantes da XII Tab..<sup>261</sup>

Contudo, a notável expansão romana na península itálica, no Mediterrâneo e em diversas outras regiões européias (sécs. III a.C. a I d.C) propiciou níveis inéditos de desenvolvimento das atividades econômicas (comerciais, financeiras, artesanais, minerais e operárias) de Roma. Esta nova realidade acarretou a multiplicação de relações jurídicas entre cidadãos romanos, entre romanos e peregrinos, e entre os próprios peregrinos.<sup>262</sup>

Nesse passo, conforme observa A. M. R. Menezes Cordeiro, as mutações econômico-sociais, anunciadas logo no início da expansão territorial romana, provocaram reformas jurídicas realizadas pela instância pretoriana.<sup>263</sup>

Com efeito, dentre os primeiros efeitos da ampliação das relações comerciais de Roma, conforme aponta V Arangio-Ruiz, consta a instituição, em 242 a.C.,<sup>264</sup> de um novo tipo de pretor, o qual tinha jurisdição sobre as relações mantidas entre romanos e estrangeiros: *praetor qui inter cives et peregrinus ius dicit* ou, mais brevemente, *praetor peregrinus*.<sup>265</sup> A jurisdição do pretor peregrino teria consolidado o

---

258. Cf. M. TALAMANCA, *La repubblica cit. (nota 255 supra)*, p. 168.

259. Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – Luiz Carlos de Azevedo, *Lições cit. (nota 255 supra)*, p. 47.

260. Basta lembrar que já em 509 a.C. Roma e Cartago celebraram um tratado comercial. Cf. F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Padova, CEDAM, 1999, p. 125.

261. Cf. J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 95.

262. Cf. G. PUGLIESE, *Istituzioni cit. (nota 219 supra)*, p. 505.

263. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, 103.

264. Data aproximada do final da Primeira Guerra Púnica, quarenta anos antes da conclusão da segunda com a vitória definitiva sobre Cartago. Cf. M. BRETONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 104.

265. Cf. *Storia del diritto romano*, 7ª ed., Napoli, Jovene, 1984, p. 145. No mesmo sentido, FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200.

processo formular, suplantando o antigo sistema também no tribunal do pretor urbano.<sup>266</sup>

Dessa forma, o pretor peregrino tinha o dever de administrar a justiça entre estrangeiros e entre romanos e estrangeiros; a tal pretor cabia a nomeação dos juízes, os quais tinham uma liberdade de apreciação das demandas bastante ampla.<sup>267</sup> Diante do tribunal do referido magistrado as partes não pronunciavam, como era conduta exigida ante o pretor urbano, as palavras sacramentais da *legis actio*, mas exprimiam sua pretensões recíprocas da forma como lhes conviesse, servindo-se, quando necessário, de intérpretes.<sup>268</sup>

Em tal cenário, foi possível fazer valer para e contra os peregrinos situações subjetivas reconhecidas nas regras consuetudinárias aplicadas nos mercados ou através de relações comerciais ou financeiras internacionais. Para esta finalidade, todavia, uma vez que muitas destas regras, mais que jurídicas, eram ético-sociais – por exemplo aquelas atinentes à *emptio venditio* (compra e venda) – e fundavam-se na *fides*, foi necessário que o pretor peregrino esquematizasse uma fórmula que obrigasse o órgão judicante a pronunciar-se segundo a *fides bona*.<sup>269</sup>

### 3.4. Origem.

Com base nas considerações acima apresentadas, referentes à realidade histórica na qual se inseriu o surgimento dos *bonae fidei iudicia*, proceder-se-á à análise da origem destes juízos.<sup>270</sup> Nomeadamente, examinar-se-ão duas possibilidades: (i) a de tratar-se de produto do *ius gentium*; e (ii) a de estar-se diante de criação pretoriana.

---

266. Cf. M. BRETONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, 104.

267. Cf. M. BRETONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, 104.

268. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia cit. (nota 266 supra)*, p. 145.

269. Cf. G. PUGLIESE, *Istituzioni cit. (nota 219 supra)*, p. 209.

270. Há, na doutrina, uma calorosa discussão acerca da origem e natureza dos *bonae fidei iudicia*. As divergências apresentadas pelas posições que têm sido assumidas, conforme observa A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 90, não podem ser solucionadas por meio de um trabalho puramente histórico de reconstrução das fontes.

Como se viu, o traço saliente dos *bonae fidei iudicia*, segundo a *communis opinio*, teria sido a sua aplicabilidade tanto a *cives* quanto a *peregrini*, configurando-se assim como *iudicia* universais.<sup>271</sup>

A afirmação de tal universalidade surge natural, uma vez que a *fides* seria um dado extrajurídico, ético-social e, como tal, insensível às restrições próprias do *ius civile*; implicaria todos os indivíduos que, honestamente, estivessem adstritos a certa conduta. De fato, conforme observa A. M. R. Menezes Cordeiro, sendo a recepção dos *bonae fidei iudicia* – em esquemas jurídicos – precedida da criação do *praetor peregrinus*, nada mais razoável do que esperar um âmbito geral de incidência.<sup>272</sup>

Dessa forma, os *bonae fidei iudicia* estavam a serviço, especialmente, das relações entre cidadãos romanos. Todavia, em virtude do fato de que não estariam baseadas na lei, mas em obrigações de boa-fé (*oportere ex fide bona*), seriam também aplicáveis a peregrinos.<sup>273</sup> Isto porque, conforme aponta M. Kaser, o vínculo da boa-fé estender-se-ia a todos os homens, cidadãos e não cidadãos.<sup>274</sup>

Este entendimento, consoante adverte A. M. R. Menezes Cordeiro, deve ser matizado, pois nem todos os institutos *bonae fidei iudicia* eram, inicialmente, aplicáveis a *cives* e *peregrini*.<sup>275</sup> Com efeito, M. Kaser aponta que, dentre outros institutos, a *fiducia* e a *tutela* teriam inicialmente ficado limitadas a cidadãos romanos.<sup>276</sup> Posição semelhante adota J. Paricio, ao afirmar que havia instituições jurídicas dotadas de um rigoroso formalismo (como a *mancipatio* e a *sponsio*), exclusivas do Direito aplicável aos cidadãos romanos.<sup>277</sup>

Não obstante, o sentido geral da evolução dos *bonae fidei iudicia* foi o de uma aplicação cada vez mais extensa, com vocação de universalidade. Esta evolução justificar-se-ia na medida em que os *bonae fidei iudicia* sempre estiveram estritamente

271. Consoante adverte A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 82, deve-se preferir a expressão “universal” à qualificação habitual dos *bonae fidei iudicia* como juízos de *ius gentium*, uma vez que esta categoria surgiu muito depois da criação daqueles.

272. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 83.

273. Cf. M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 50.

274. Os cidadãos sempre tiveram acesso aos *bonae fidei iudicia*; para os não cidadãos, outros juízos foram criados, destinados apenas a eles. Cf. *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 37.

275. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 83.

276. Cf. *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 51; 200.

277. Cf. J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 95-96.

ligados ao desenvolvimento comercial e a progressos,<sup>278</sup> contribuindo sobremaneira para a modernização e desnacionalização do Direito privado, o que facilitou a aplicação deste em todas as partes do Império Romano.<sup>279</sup>

A mencionada vocação de universalidade traz em si um importante desdobramento, concernente à relação existente entre os *bonae fidei iudicia* e o *ius gentium*. Especificamente, deve-se examinar a possibilidade de tal Direito ter produzido os juízos de boa-fé. Para tanto, necessário se que se façam algumas considerações acerca da noção de *ius gentium*.<sup>280</sup>

Em que pese o fato de ao *ius gentium* poderem ser dadas conotações diversas,<sup>281</sup> tem-se hoje por assente que nele se agrupavam instituições consideradas, pelos romanos, comuns a todos os povos com os quais mantinham relações.<sup>282</sup> Estas relações, notadamente comerciais, beneficiaram-se do conjunto de normas mais simples e flexíveis do *ius gentium*, distantes das antigas formas solenes, aplicáveis a todos os homens, sem distinção de nacionalidade.<sup>283</sup>

Para proceder à distinção deste Direito comum em relação ao Direito que regulava as relações entre romanos (*ius civile*), recebeu ele a denominação de *ius gentium*. Esta antítese, em verdade, configura-se mais como um labor doutrinário, realizado pelos filósofos, do que como uma classificação criada pela jurisprudência. Não se trata, portanto, de um Direito dos estrangeiros, senão a um Direito que, embora fosse romano, resultava acessível a estes.<sup>284</sup>

278. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 83.

279. Cf. M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 51; 200.

280. A dicotomia conceitual entre *ius civile* e *ius gentium* é amplamente reconhecida e documentada, sobretudo na época do Império. Cf. M. TALAMANCA, *La repubblica cit. (nota 255 supra)*, p. 171.

281. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 95, observa que três conotações conferidas ao *ius gentium* merecem destaque: (i) o Direito das relações dos peregrinos com os romanos; (ii) o conjunto das instituições comuns a todos os povos; e (iii) o Direito das relações entre os Estados.

282. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 95; e F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni cit. (nota 261 supra)*, p. 124.

283. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200.

284. Cf. J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 95-96; e V. ARANGIO-RUIZ, *Storia cit. (nota 266 supra)*, p. 145.



De qualquer forma, o *ius gentium* apenas teria começado a enquadrar as relações entre romanos e peregrinos a partir do séc. II d.C., muito após a criação dos primeiros juízos de boa-fé, a qual remonta ao séc. III a. C.<sup>285</sup>

O lapso histórico existente entre a criação dos *bonae fidei iudicia* e o surgimento do *ius gentium* é tomado por fundamento por A. M. R. Menezes Cordeiro para declarar que a referência persistente ao *ius gentium*, a propósito da origem a natureza da *fides bona*, deve, definitivamente, ser evitada.<sup>286</sup> Nesse sentido também se manifesta M. Bretonne, observando que haveria uma relação de confirmação, e não de criação do juízos de boa-fé pelo *ius gentium*.<sup>287</sup>

Assim, parece correto afirmar que não foi o *ius gentium* que produziu os *bonae fidei iudicia*. Na verdade, o fato de as relações entre romanos e peregrinos terem se baseado em grande parte na *fides bona* é que teria levado as pretensões respectivas à inclusão no *ius gentium*.

Afastada a possibilidade de os *bonae fidei iudicia* terem sido um produto do *ius gentium*, cumpre estudar uma segunda tese concernente à origem de tais juízos, qual seja aquela referente à possibilidade de tratar-se de uma criação pretoriana.

Em relação a esta possibilidade, as divergências podem ser sintetizadas em duas teses: (i) a de ter havido uma juridificação dos *bonae fidei iudicia* derivada da *fides bona* (com reconhecimento posterior pelo pretor) e a de ter ocorrido uma positivação por força do pretor (ou seja, a de os *bonae fidei iudicia* serem fruto de criação do pretor).<sup>288</sup>

A primeira tese procura demonstrar a pré-existência de costumes comerciais captados pelo *praetor peregrinus*, os quais, por estarem já radicados, foram recebidos no *ius civile* e não no *ius honorarium*.<sup>289</sup>

Este entendimento é defendido por V. Arangio-Ruiz, o qual entende que a origem dos *bonae fidei iudicia* residiria no agrupamento de costumes comerciais

---

285. Cf. cap. IV.3.5 infra.

286. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 96.

287. Cf. *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 105.

288. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 92.

289. Simplificadamente, a contraposição entre *ius civile* e *ius honorarium* funda-se no fato de que o segundo tinha como fonte exclusiva o edito do pretor, enquanto o primeiro baseava-se em fontes diversas como a XII Tab. e as *leges*. Cf. M. TALAMANCA, *La repubblica cit. (nota 255 supra)*, p. 171.

como *bona fides*, reconhecidos pelo pretor peregrino e, depois, pelo urbano. Para o romanista, os contratos nascidos no âmbito do comércio internacional e tutelados pelo pretor peregrino não poderiam adotar um *oportere* puro e simples, expressão que indicava uma obrigação concernente ao *ius civile Romanorum*. Isto porque as obrigações comerciais eram fundadas sobre a fideiúcia recíproca que era necessária entre os comerciantes habituados a encontros nos mercados de diversos países.<sup>290</sup>

M. Bretone acolhe esta opinião, observando que o pretor, ao inserir no seu edito os juízos de boa-fé que lhe dizem respeito, sabe que está se referindo a experiências já entendidas, pelos menos em uma certa medida, como jurídicas. Para o autor, tudo levaria a supor, por exemplo, que mercadores romanos e estrangeiros que estipulavam uma compra e venda, em Roma ou Alexandria, considerassem o vínculo independentemente da tutela magistratural.<sup>291</sup>

Assim, a origem pretória dos *bonae fidei iudicia* é considerada improvável por M. Bretone, o qual afirma ser mais plausível a explicação de que eles permaneceram sempre estranhos ao Direito pretório. Corroboraria este entendimento o significativo fato de que tais juízos não tinham cláusulas editais de introdução.<sup>292</sup>

A estrutura dos *bonae fidei iudicia* serve de fundamento também a Francisco Amaral para justificar a preexistência destes juízos, revelada pelo conteúdo na *intentio*. Para o autor, o termo *oportet* indicaria a existência de um dever com origem em um sistema de valores anteriores à concessão da ação por parte do pretor, o que comprovaria não se tratar de ação pretoriana.<sup>293</sup>

Também J. Paricio considera improvável a tese de que os juízos de boa-fé tiveram origem na práxis do tribunal do pretor peregrino, afirmando que tais juízos devem ter se originado nas relações entre cidadãos. De qualquer forma, observa o

290. Cf. *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 298.

291. Cf. *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 102-105, não afasta a possibilidade de ter-se encontrado, antes da instituição do pretor peregrino, maneira de tutelar tais juízos, por meio de compromissos e arbitragens, ou através da própria jurisdição do pretor urbano; inegável para o autor, todavia, o fato de que o advento do pretor peregrino marca o início de uma nova fase. A possibilidade de ter havido tutelas alternativas é também aventada por V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 298; e J. PARICIO, *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 96.

292. Cf. *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 326.

293. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202; e P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131.

romanista, as ações de boa-fé foram sempre civis; a recepção pretoriana não as converteu em honorárias.<sup>294</sup>

Nessa primeira orientação, portanto, as realidades jurídicas *bonae fidei* ter-se-iam imposto por si próprias. O pretor apenas teria recebido e reconhecido tais realidades, e não as criado, motivo pelo qual não poderiam ser consideradas como figuras de Direito honorário.<sup>295</sup>

Esta corrente, para A. M. R. Menezes Cordeiro, não tem apoio nas fontes, e coaduna-se mal com o espírito do Direito Romano. Na falta de elementos históricos, seria pura conjectura a afirmação da precedência de práticas consuetudinárias em relação à aproximação das realidades integradas nos *bonae fidei iudicia*. Ademais, deve-se considerar a dificuldade em conseguir, por via consuetudinária, algo que se aproxime da complexa teia de relações contidas nos *bonae fidei iudicia*. Finalmente, a viabilidade da referida tese seria comprometida pela aversão tradicional do Direito Romano ao costume, patente em todo o processo que culminou com a XII Tab.<sup>296</sup>

De outra parte, a segunda orientação, prevalecente na doutrina,<sup>297</sup> alega que a criação pretoriana dos *bonae fidei iudicia* teria se processado através dos meios honorários típicos. O pretor, simplesmente, teria aproveitado realidades juridificadas pela própria *fides* e, posteriormente, a novidade *fides bona* teria sido recebida no *ius civile*.

Assim, segundo esta teoria, o pretor limitar-se-ia a oficializar o que já ocorria de fato, mercê da própria *fides*, a qual seria o próprio fundamento da pretensão levada a juízo. Em outras palavras, a *fides*, enquanto representação fundamental da ordem social romana à época da República, teria conduzido ao surgimento de uma série de pretensões éticas e morais, mais tarde reconhecidas pelo pretor.<sup>298</sup>

---

294. Cf. *Historia cit. (nota 65 supra)*, p. 96.

295. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 92.

296. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 96-97.

297. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 42ss; G. PUGLIESE, *Inizioni cit. (nota 219 supra)*, p. 506; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 26-37; P. D. SIENY, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 132; e A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 94 ss.

298. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 94-95.

Nesse passo, de acordo com G. Pugliese, os *bonae fidei iudicia* devem ser vistos como uma contribuição essencial dos pretores, sob a orientação dos juristas, que conferiram valor jurídico às obrigações e aos institutos éticos-sociais inspirados nas *fides*.<sup>299</sup>

De fato, o surgimento das ações de boa-fé foi contemporâneo ao nascimento da idéia de trocas obrigacionais. Anteriormente, o Direito romano não conhecia outra noção que não a de escambo real, da qual a *mancipatio* é o protótipo; a *stipulatio*, de outra parte, produzia apenas obrigações unilaterais. A troca obrigacional, dessa forma, não poderia ser agasalhada, por via meramente interpretativa, por qualquer dos modelos preexistentes. Fazia-se necessária a criação de uma nova categoria jurídica, precisamente aquela dos juízos de boa-fé.<sup>300</sup>

Contrapondo as duas orientações, pode-se concluir pela melhor fundamentação da segunda, reconhecendo que as regras aplicáveis aos *bonae fidei iudicia* teriam natureza pretoriana. Diversos fatores atestariam a veracidade desse entendimento, como a consagração de muitas dessas regras na instância do pretor peregrino, com a universalidade subsequente, e a criação, pelo pretor, do *dolus* (com as conseqüentes implicações nas outras *exceptiones*).<sup>301</sup>

O novo regime teria sido precisado pelo pretor, com apoio nos jurisprudentes, de tal forma que a inclusão do *ex fide bona* na fórmula corresponderia a instruções concretas e precisas dadas ao juiz. Todas as implicações dos *bonae fidei iudicia* não surgiram no mesmo ensejo; foram, porém, sempre de criação voluntarística, puramente jurídica.<sup>302</sup>

A dialética entre os estímulos – provenientes da sociedade e da abertura cultural – às inovações e o influxo da tradição, particularmente forte na sociedade romana, encontrava na atividade criativa dos pretores uma janela para que o primeiro contrapeso pudesse prevalecer.<sup>303</sup>

299. Cf. *Istituzioni cit. (nota 219 supra)*, p. 506.

300. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 132.

301. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 103. A questão das *exceptiones* será discutida no cap. IV.3.6 *infra*

302. As conclusões acima têm apoio direto nas fontes, notadamente Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4, 3, 1, 3 e Cic. *De off.* 3, 17, 70; 3, 14, 60. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 103-104.

303. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 48.

O recurso à *bona fides* representava para o pretor uma escolha praticamente inafastável, tendo em vista que o formalismo tradicional do *ius civile* inviabilizava a tutela jurídica das relações comerciais, sobretudo no que diz respeito ao respeito à palavra dada e à conferência de eficácia vinculante aos meros acordos.<sup>304</sup>

Com base no exposto, parece assentado reconhecer-se que a gênese da *bona fides* reside nos *bonae fidei iudicia*. Isso porque a *bona fides* seria o resultado de trabalho criativo dos pretores voltado à constituição de uma nova noção jurídica, a qual serviria de base para um sistema processual apto a tutelar as relações jurídicas surgidas na realidade da expansão comercial romana.<sup>305</sup>

### 3.5. Elenco.

Uma vez examinada a origem dos *bonae fidei iudicia*, importa determinar quais juízos enquadravam-se nesta categoria. Trata-se de verdadeira *vexata quaestio*, uma vez que a extensão dos elencos e a qualificação de alguns juízos como de boa-fé continuam a provocar amplas divergências entre os romanistas.<sup>306</sup>

Parte da doutrina romanística apresenta elencos bastante restritos de juízos de boa-fé. Assim, E. Chamoun aponta que eram tuteladas por *bonae fidei iudicia* os contratos de fidejussão, depósito, comodato e penhor, ressaltando que paira incerteza sobre a inclusão do último.<sup>307</sup> B. Biondi aponta elenco um pouco mais extenso, incluindo os juízos referentes aos contratos de compra e venda, locação, sociedade e mandato. Em relação aos demais juízos normalmente apontados pela doutrina, o romanista observa que eles não apresentavam enquadramento nem denominação uniformes.<sup>308</sup>

O exame das fontes, contudo, sugere que diversos outros institutos jurídicos romanos passaram paulatinamente a ser tutelados por juízos de boa-fé. Sem

---

304. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 45.

305. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 203; e M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota supra)*, p. 40. Em sentido contrário,

306. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 663; A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 74; e F. SCHULZ, *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 35.

307. Cf. EBERT CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 342.

308. Cf. B. BIONDI, *Contrato e Stipulatio – Corso di lezioni*, Milano. Giuffrè, 1953, p. 238.

perder de vista a advertência feita pelos especialistas, concernente às divergências provocadas pela análise das fontes em relação ao tema, procuraremos apresentar breves considerações de cunho comparatístico acerca dos elencos dos *bonae fidei iudicia*.

O mais antigo *bonae fidei iudiciae* remontaria ao séc III a.C., tutelando o *pactum fiduciae*, instituto bastante antigo, contudo não previsto na XII Tab.,<sup>309</sup> o qual teria servido, de certa maneira, de modelo para os juízos de boa-fé.<sup>310</sup>

De forma sucessiva, outras ações desta natureza teriam sido introduzidas na sistemática processual romana: no séc. II a.C., ações para a compra e venda (*emptio-venditio*), *locatio conductio*, *societas*, *negotiorum gestio*, e *mandatum*. Já na época republicana, teriam advindo ações de tutela do comodato, do depósito e de penhor.<sup>311</sup>

Conforme se pode inferir, entre os juízos de boa-fé mais antigos constam em maioria institutos ligados ao prisma semântico de poder da *fides* dos períodos arcaico e pré-clássico. Tais institutos apresentariam, todavia, uma natureza jurídica e técnica, que a *fides* antiga, descolorida, seria incapaz de, por si, traduzir.<sup>312</sup>

Ao final da época clássica o elenco das ações de boa-fé já era consideravelmente extenso. Nesse sentido, Cícero indicava uma relação, atribuída a Quinto Múcio, que compreendia tutela, sociedade, fidúcia, mandato, compra e venda, *locatio conductio*, equiparando a estas a *actio rei uxoriae* (dote).<sup>313</sup>

Consoante observa A. M. R. Menezes Cordeiro, na enumeração de Cícero nota-se uma seqüência que, projetando para o fim os contratos fontes de ações respectivas (compra e venda e condução-locação), deixa no primeiro lugar a tutela, a

309. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202. Conforme adverte P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 133, esse *pactum*, modernamente, não é mais considerado um contrato pelos especialistas, sob o argumento de que consistia em uma convenção acessória a uma mancipatio, mediante a qual as partes acordavam acerca da nova transferência da propriedade ao alienante, sob determinadas condições. De qualquer forma, observa o autor, o *pactum fiduciae* possuía as características genéricas de um contrato, e a elaboração daquele teria sido o ponto de partida da criação dos contratos consensuais.

310. Cf. A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 60.

311. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 133; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202.

312. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota supra)*, p. 78.

313. Cf. *De. off.* 3. 17, 70. Em relação ao tema, cf. os comentários de G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 663; A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 74; F. SCHULZ, *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 35; A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 246-247; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 200; e A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 60.

sociedade, a fidúcia e o mandato. Em qualquer destas quatro figuras jurídicas, seria patente a ligação pessoal dos intervenientes, em vez da mera permuta econômica das outras duas.<sup>314</sup>

O catálogo constante de Gai. (4, 62)<sup>315</sup> incluía as ações para compra e venda, locação, gestão de negócios, mandato, depósito, fidúcia, sociedade, tutela e ações divisórias.<sup>316</sup> A ausência da ação referente ao comodato (*actio commodati in ius*) seria injustificada, e tem sido considerada pela doutrina como um erro do copista.<sup>317</sup>

Em I. (4, 6, 28)<sup>318</sup> o catálogo, em que pese não mais incluir a *actio fiduciae* e a *actio rei uxoriae*, acrescentava a *actio praescriptio verbis*,<sup>319</sup> além das ações voltadas aos contratos inominados, de penhor, de divisão de herança, de divisão de coisa comum, de permuta e de *aestimatum*.<sup>320</sup> Salvo a hipótese de lapso nos textos

314. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 77-78. O autor afirma ser plausível a possibilidade de a condenação nos quatro *iudicia* em causa acarretar infâmia.

315. “*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto venditio, locatio conductio, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*”.

316. Cf. A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 246-247. Nesse sentido, cf. tb. M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 200.

317. Cf. J. ZABLOCKI, *Ex fide bona nella formula del comodato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Luigi Garofalo (org.), Padova, CEDAM, 2003, p. 457; Nesse sentido, também se posicionam FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202; e P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 133. F. SCHULZ, *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 35, também aponta possíveis equívocos no elenco de Gaio. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 663, por seu turno, considera ainda a possibilidade de o catálogo de Gaio incluir a *actio pigneraticia in ius*.

318. “*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt haec: ex emptio venditio, locatio conductio, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividendo, praescriptis verbis, quae de aestimatio proponitur, et ea, quae ex permutacione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erant, sive interbonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit*”

319. Trata-se de ação geral para os contratos inominados, introduzida pela jurisprudência no início do séc. II, conforme se depreende de Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 7, 2.

320. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 75; A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 246-247; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 200; ALEXANDRE CORREIA – GAETANO SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, 2ª ed., vol. I, São Paulo, Saraiva, 1953, p. 103; FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202-203; e P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 133. Para G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 663, também estaria incluída a *actio ex stipulatu* (que havia substituído a *actio rei uxoriae*).

das fontes, parece correto afirmar que se está diante de uma evolução do elenco, o qual teria se alargado.<sup>321</sup>

As tentativas de elaboração de um elenco dos *bonae fidei iudicia* são veementemente criticadas por F. Schulz, que rejeita a possibilidade de listá-los. Para o autor, o edito pretoriano conteria uma seção de tais juízos, mas esta não seria completa. Também pairariam dúvidas quanto à relação formulada por Gaio,<sup>322</sup> a qual não estaria isenta de caprichos e arbitrariedades históricas, ainda que pretendendo ser exaustiva. Por fim, em diversos *iudicia* não denominados *bonae fidei iudicia* (propriamente ditos) nos tempos clássicos, verificar-se-ia a *fides bona* na mesma medida, fato que seria explicado em razão da inexistência de denominação comum para os *iudicia*.<sup>323</sup>

As críticas de F. Schulz têm o mérito de destacar o fato de que as fórmulas dos *bonae fidei iudicia* teriam se desenvolvido gradualmente, não tendo sido concebidas por um único estudioso dentro de um plano amplo e compreensivo.<sup>324</sup>

Todavia, não parece ser coerente o desdobramento dessa constatação, apresentado por P. D. Senn e Francisco Amaral, tendente a considerar o número dos juízos de boa-fé, em princípio, ilimitado, uma vez que dependeria do modo como os juristas consideraram as situações concretas.<sup>325</sup>

Em verdade, mais assentado é reconhecer que os *bonae fidei iudicia* tutelavam um conjunto determinado – ainda que amplo – de pressupostos fáticos nos quais era possível empregar o esquema operativo da *bona fides*.<sup>326</sup> Estar-se-ia, assim, diante de situações tipificadas, e não de um rol aberto de juízos de boa-fé.

---

321. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 74-75; ALEXANDRE CORREIA - GAETANO SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, 2ª ed., vol. I, São Paulo, Saraiva, 1953, p. 103.

322. Cf. Gai 4, 62

323. Cf. *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 35.

324. Cf. *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 35.

325. Cf. *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 133; e *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202.

326. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 52-53. Cf. tb. cap. IV.2.2 *supra*.



### 3.6. Fórmula e cláusula *oportet ex fide bona*.

Como já se viu acima,<sup>327</sup> os *bonae fidei iudicia* somente podiam ser invocados no curso de um processo formular, configurando uma categoria particular de juízos de procedimento nos quais se adotava uma fórmula dotada da aposição de uma cláusula especial de boa-fé

Tendo em vista essas informações, deve-se proceder ao exame das particularidades e implicações da fórmula adotada nos juízos de boa-fé. Para tanto, mister que se façam algumas breves considerações de cunho propedêutico acerca da estrutura genérica dos procedimentos adotados no âmbito do processo formular.

A fórmula caracterizava-se como documento escrito que o magistrado entregava, com o acordo das partes, juiz privado eleito para dirimir a controvérsia<sup>328</sup> Tal documento compunha-se por quatro partes (ou cláusulas), além da nomeação (*datio iudicii*): *intentio*, *demonstratio*, *adiudicatio* e *condemnatio*<sup>329</sup>

A *intentio* pode ser descrita como a parte da fórmula que encerra o direito pretendido pelo demandante, contendo a enunciação da relação jurídica substancial sobre a qual a demanda era fundada.<sup>330</sup>

Nas ações que versavam sobre relações obrigacionais, a *intentio* poderia ser certa ou incerta, conforme revelasse uma dúvida referente a objeto determinado ou indeterminado (*incertum*). Na segunda hipótese, a *intentio* requeria uma prévia *demonstratio*, cláusula pela qual se especificava o fato constitutivo do direito alegado pelo autor.<sup>331</sup>

A cláusula da *adiudicatio*, por seu turno, permitia ao juiz adjudicar determinada coisa a um dos litigantes, sendo típica das ações divisórias, dentre outras.<sup>332</sup>

---

327. Cf. cap. IV. 3.1 supra.

328. Cf. M. TALAMANCA, *La repubblica cit. (nota 255 supra)*, p. 166.

329. Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições cit. (nota 255 supra)*, p. 89.

330. Cf. A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 59; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições cit. (nota 255 supra)*, p. 90.

331. Cf. A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 59; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições cit. (nota 255 supra)*, p. 91-92.

332. Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições cit. (nota 255 supra)*, p. 93.

Já a *condemnatio* seria a conclusão lógica da fórmula, cláusula na qual se confere ao juiz o poder para absolver ou condenar o réu, tendo por objeto uma quantia pecuniária (determinada ou incerta).<sup>333</sup>

Dentre os juízos cujas fórmulas continham uma *demonstratio*, segundo a qual o juiz tinha de averiguar “tudo o que” (*quidquid*) o sujeito passivo devia por determinada causa incerta,<sup>334</sup> destacavam-se justamente os *bonae fidei iudicia*, em que se fazia referência a uma demanda fundada na *fides bona* (*oportere ex fide bona*).<sup>335</sup>

A possibilidade de poder contemplar objetos incertos permitia que fossem consideradas, nos juízos de boa-fé, não apenas obrigações de dar como objeto quantia certa de dinheiro ou coisa determinada, mas genericamente quaisquer obrigações de dar ou fazer.<sup>336</sup>

A fórmula dos *bonae fidei iudicia*, portanto, caracterizava-se por uma estrutura particular: a *condemnatio* não era precedida pela simples *intentio*, mas por uma cópia da cláusula formada pela *demonstratio* seguida pela *intentio*.

Essa particularidade comportava uma divisão, em duas partes, da relação jurídica invocada pelo autor: em uma parte a fonte de tal relação e, em outra, a obrigação que dela derivou. A fonte constava enunciada na *demonstratio* como objeto de juízo, enquanto na *intentio*, que enunciava a relação jurídica invocada pelo autor a

333. Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI – LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições cit. (nota 255 supra)*, p. 93.

334. De fato, estar-se-ia diante de uma fórmula incerta, não apenas em relação ao objeto mas também no que concerne à causa da obrigação (aditamento *ex fide bona*), conforme afirma M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 205.

335. Cf. A. D’ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 59; B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 238; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, Jovene, 2001, p. 192; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 205; e A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 246. Importa ressaltar que as ações de boa-fé não eram as únicas a sancionar o *incertum*, como demonstra a criação (aproximadamente no mesmo período histórico) da *actio ex stipulatio incerti*, a qual era uma ação de direito estrito. De qualquer forma, parece correto afirmar que as ações de boa-fé constituíram o protótipo das ações incertas, as quais foram concebidas tomando por base o modelo das primeiras. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 132.

336. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 132. Conforme observa FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 203, em relação às prestações referentes a obrigações de fazer, era necessário levar em conta os elementos requeridos pela boa-fé (conhecimento e observância das regras técnicas, diligência profissional e respeito aos pactos especiais estipulados pelas partes).

seu próprio favor. os deveres do réu eram indicados de seguinte forma: *quidquid ob eam rem Nm Nm Ao dare facere oportet ex fide bona*.<sup>337</sup>

Para resolver um problema concreto, este modelo abstrato deve ser adaptado às circunstâncias. Assim, V. Arangio-Ruiz cita a hipótese de um vendedor grego que desejava ir a juízo contra um comprador romano. Facultava-se ao referido vendedor a preparação de um plano escrito, a ser apresentado ao juiz, no qual constava a recordação da premissa da celebração da compra e venda, bem como a solicitação para a condenação da contraparte ao *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.<sup>338</sup>

De modo a ilustrar a prática do procedimento em tela, relevante transcrever outro exemplo, desta feita apontado F Schulz, concernente ao *iudicium venditi*, tutela própria para o vendedor de uma coisa reclamar o preço devido: *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio, quo de agitur, vendidit, quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium dare facere oportere ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnatio, si non paret absolvito*.<sup>339</sup>

É a cláusula *ex fide bona*<sup>340</sup> que torna o *iudicium venditi* um juízo de boa-fé. Os termos “*quidquid paret ob eam rem Numerium Negidium dare facere oportere ex fide bona*” contêm a *intentio* incerta, com base na qual o juiz está autorizado a fixar a soma devida ao autor conforme as exigências da *fides bona*, soma esta que poderá ser maior ou menor do que o preço estipulado. Maior, por exemplo, se o demandado incorreu em mora e por este motivo passou a dever juros; menor, por exemplo, se as partes tiverem acordado que o preço deve ser pago em parcelas sucessivas, das quais apenas a primeira tenha vencido.<sup>341</sup>

337. “Tudo o que o réu Sicrano deve dar ou fazer, segundo a *fides bona*”. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131.

338. Cf. *Storia cit. (nota 266 supra)*, p. 145.

339. Se restar comprovado que Aulo Augério (vendedor) vendeu a coisa, o juiz deve condenar Numério Negidio (comprador) a dar e fazer conforme a boa-fé; se não restar demonstrado, deve absolvê-lo” *Eius* é um genitivo relacional, significando “a teor do que haja sido dito na parte precedente da fórmula o juiz deve fazer uma valoração em dinheiro e condenar o demandado a pagar uma soma fixa” Cf. *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 34. Conforme observa M. GALAMANCA, *La repubblica cit. (nota 255 supra)*, p. 167, Aulo Augério e Numério Negidio eram tomados como nomes típicos do autor e do réu.

340. Por regra geral, a *formula venditi* contém a adição da *ex fide bona à intentio*. Excepcionalmente, a redação pode ser diversa (como na *actio fiduciae* e na *actio rei uxoriae*), em razão da multiplicidade de sujeitos responsáveis. Cf. F. SCHULZ, *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 34.

341. Cf. F. SCHULZ, *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 34.

A cláusula “*Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum Cornelianum, quo de agitur, vendidit*” por sua vez, constitui a *demonstratio*, necessária em função da já referida *intentio incerta*.<sup>342</sup>

Conforme se pôde notar quando da análise do exemplo acima apontado, nos juízos de boa-fé as obrigações vinham deduzidas segundo o esquema *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, o qual concedia ao juiz o poder de valorar a pretensão conforme os ditames da *fides bona*.

A aposição do referido esquema na *intentio* atribuía ao juiz uma ampla margem de valoração discricionária, não encontrada nos *iudiciae stricti iuris*. Com base nessa margem, permitia-se ao juiz estabelecer, a seu critério, tudo aquilo que o réu devesse prestar ao autor com base na *fides bona*, devendo proceder a uma interpretação consoante o conjunto de circunstâncias do caso concreto, e não apenas de acordo com a letra do pacto ou da lei.<sup>343</sup> Transformava-se assim, como alega A. Justo, o *incertum* em *certum*.<sup>344</sup>

De fato, conforme aponta V. Arangio-Ruiz, o *oportet ex fide bona* trazia consigo uma particular flexibilidade, uma atitude de adequação às mais sutis matizes da vontade das partes, bem como às mais diversas exigências da consciência jurídica.<sup>345</sup>

Nesse contexto, A. Guarino observa que a tarefa do juiz não deveria restringir-se apenas a reconhecer a existência e o valor da *obligatio* declarada pelo autor. Fundamental seria também proceder ao exame de todas as razões expostas pelo autor e de todas as justificativas do demandado para estabelecer se, e em que medida, umas ou outras se distanciassem das exigências da *fides bona*.<sup>346</sup>

342. Cf. F. SCHULZ, *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 34.

343. Cf. A. GUARINO, *Diritto cit. (nota 336 supra)*, p. 192; P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 131; A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 60; 233; B. BIONDI, *Contratto cit. (nota 309 supra)*, p. 238; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 200; e A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 82. A amplitude e delicadeza dos poderes atribuídos ao juiz de um *bonae fidei iudicium*, como aponta V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 299, já teriam sido profundamente sentidas à época de Cícero.

344. Cf. A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 245.

345. Cf. *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 298. Para o autor, o *oportet ex fide bona* pode ser visto como um fator de primeira ordem na evolução do sistema contratual romano.

346. Cf. *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 192-193. No mesmo sentido, FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 202.

Da mesma forma, seria imprescindível o exame da lealdade, honorabilidade e fidelidade à palavra. Assim, afirma-se que o juiz deve atender *potius id quod actum, quam id quod dictum sit* (“mais daquilo que se quis fazer do que daquilo que foi dito”); cumpre-lhe apreciar o comportamento das partes no momento do contrato ou durante a execução deste, bem como no momento da propositura da *actio*.<sup>347</sup>

Nesse diapasão, o conteúdo e os efeitos do próprio contrato não dependeriam apenas da declaração das partes, mas também da natureza do negócio em seu complexo. Ademais, não seria suficiente considerar somente o contrato em si mesmo, uma vez que os deveres do réu no momento da sentença dependiam também do comportamento adotado pelas partes após a conclusão do contrato, e mesmo durante o curso do processo.<sup>348</sup>

Em relação ao exame das nuances do caso concreto, L. Vacca aponta nas fontes exemplo ilustrativo, em que Celso negava ao vendedor a possibilidade de valer-se da *actio venditi* para o pagamento do preço, tendo o comprador adquirido a disponibilidade do bem *ex alia causa*, e não *ex causa emptionis*.<sup>349</sup> Neste caso, tendo em vista que se está diante de um contrato sinalagmático, tutelado por *iudicium bonae fidei*, a boa-fé permite condicionar a condenação e a exigibilidade de uma prestação à circunstância de a contraprestação – no sentido de atribuição patrimonial dependente da causa do contrato – já ter sido extinta ou permanecer exigível.<sup>350</sup>

A operatividade do sinalagma, de acordo com L. Vacca, teria papel fundamental no desenvolvimento da relação contratual, a qual, sendo tutelada por um *iudicium bonae fidei*, impunha que se mantivesse o equilíbrio entre as prestações.<sup>351</sup>

Cabe ressaltar que a margem de discricionariedade conferida ao juiz não deve ser confundida com uma pretensa arbitrariedade (*liberum officium*), que lhe

---

347. Cf. A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 246.

348. Dessa forma, por exemplo, o atraso do adquirente no pagamento do preço assume um significado completamente diverso se o vendedor adimpliu pontualmente a sua obrigação de consignar o objeto vendido ou se, ao contrário, está em mora. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 132; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, 202.

349. Cf. Pomp. 11. *ad Sab. D. 21, 2, 29*.

350. Cf. *Buona fede e sinallagma contrattuale*: in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Luigi Garofalo (org.), Padova, CEDAM, 2003, p. 350.

351. Cf. *Buona fede cit. (nota 351 supra)*, p. 350.

atribuiria uma espécie de poder ilimitado para decidir o que pensasse ser conveniente nas demandas. Tratava-se, apenas, de atribuir ao juiz maior liberdade de movimentos, alargando o seu *officium*, de modo a dispor de uma bitola especialmente lata para decidir.<sup>352</sup>

Com efeito, de acordo com F Schulz, os juristas clássicos desenvolveram um conjunto importante de regras voltadas à interpretação das fórmulas nos *bonae fidei iudicia*, criando pautas de conduta para os juizes, os quais, em geral, adotavam a doutrina jurídica estabelecida.<sup>353</sup> Ademais, os próprios ditames da *bona fides* atuavam como margem de limitação à conduta do *iudex*,<sup>354</sup> uma vez que poderiam ser considerados, ao menos a partir da época republicana, como normas de aplicação cogente.<sup>355</sup>

Nesse passo, relevante a constatação de M. Bretone acerca da relação entre a *fides* e a liberdade do magistrado para a apreciação das circunstâncias concretas nos julgamentos. O poder conferido aos magistrados permitia-lhes, com base no exame das particularidades do caso concreto, conceder (com um decreto) tutela em situações não disciplinadas no edito, arbitrariedade conciliável com o uso correto da *iurisdictio*. O uso desta, todavia, nem sempre era correto: as violações eram sempre possíveis, e até mesmo frequentes. Até o advento, em 67 a.C., de legislação estabelecendo a obrigação de os pretores respeitarem seus éditos, apenas a *fides* e a *dignitas* vinculavam os magistrados à observância dos éditos.<sup>356</sup>

De qualquer modo, esta sistemática processual permitia ao juiz chegar a uma conclusão exatamente comensurada, não apenas às injustiças, mas também às razões do réu.<sup>357</sup> Como resultado, a condenação poderia recair em uma ou outra parte.<sup>358</sup>

O *iudex*, em vez de ater-se a formalismos escritos, tinha por função nos *bonae fidei iudicia*, através de certos expedientes, descer até a substância das questões.

---

352. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 82.

353. Cf. *Classical cit. (nota 243 supra)*, p. 35.

354. Cf. A. CARCATERRA, *Ancora cit. (nota 198 supra)*, p. 68.

355. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 43.

356. Cf. *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 104.

357. Cf. A. GUARINO, *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 193.

358. Cf. V. ARANGIÒ-RUIZ, *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 299.

Assim, não bastava uma composição meramente formal dos litígios: procurava-se uma solução verdadeiramente material.<sup>359</sup>

Na sentença, baseada em circunstâncias concretas e específicas, manifestava-se a atividade criativa do juiz, que em muitos casos estabelecia para as partes uma norma sem precedentes no ordenamento jurídico romano. Esta norma seria particular, mas, através da reprodução em sentenças, chegar-se-ia a uma norma de cunho geral.<sup>360</sup>

P. Voci, para ilustrar esse desenvolvimento, adota como exemplo, a seguir transcrito, uma relação jurídica na qual haveria fundamento para compensação de créditos e débitos dos mesmos sujeitos. Suponha-se que, ao fim da tutela, o expupilo exerce contra o tutor a *actio tutelae*. Examinando esta ação, o juiz determina que o ex-tutor deve ao ex-pupilo 100 sestércios, bem como reconhece que o primeiro gastou 20 sestércios de seu próprio bolso em benefício do administrado. Tendo em vista que se trata de um *iudicium bona fides*, não se admitiria que o autor exigisse seu crédito sem que à outra parte não fosse facultado proceder do mesmo modo, o que fundamentaria uma sentença determinando a compensação.<sup>361</sup>

Acredita P. Voci que o primeiro juiz que reconheceu a compensação estabeleceu um efeito específico do critério geral da *fides bona*, e criou um precedente que, seguido pelos juizes sucessivos, conduziu à criação de uma norma válida para todos os juízos de boa-fé.<sup>362</sup>

Os precedentes criados pelos juízes somavam-se aos preexistentes, fazendo com que, de forma gradual, diversas normas aptas a estabelecer efeitos práticos da cláusula *oportet ex fide bona* estivesse implícitas nos *bonae fidei iudicia*.<sup>363</sup>

Dessa forma, impera apontar as principais normas de apreciação judicial relacionadas à referida cláusula,<sup>364</sup> a qual, como se infere do exposto, era dotada de

---

359. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 89.

360. Cf. P. VOICI, *Manuale cit. (nota 246 supra)*, p. 112.

361. Cf. *Manuale cit. (nota 246 supra)*, p. 113.

362. Cf. *Manuale cit. (nota 246 supra)*, p. 113.

363. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 100.

364. Em verdade, os fatores que o juiz pode e deve examinar variam em cada caso, razão pela qual não podem ser exaustivamente enumerados. Cf. M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 201.

amplas conseqüências práticas na composição do litígio, devendo ser consideradas pelo julgador ao fim da sentença.<sup>365</sup>

Primeiramente, as ações de boa-fé permitiriam ao juiz considerar as obrigações recíprocas entre as partes litigantes e avaliar eventuais contra-créditos (nascidos *ex eadem causa*). Assim, seria possível fixar a condenação do demandado de modo a compensar previamente o que este poderia exigir ao demandante em virtude daquela mesma relação obrigacional (*compensatio ex fide bona*).<sup>366</sup>

Nesse passo, pode-se afirmar que os *bonae fidei iudicia* transpuseram a incipiência da compensação no rígido sistema processual romano, reconhecendo ao juiz a possibilidade de operá-la, desde que reunidas as condições necessárias.<sup>367</sup>

Em segundo lugar, deve-se atentar à questão da reciprocidade, uma vez que os *bonae fidei iudicia* implicavam ações correspondentes. Dessa forma, a iniciativa processual poderia ser tomada por qualquer dos sujeitos da relação obrigacional correspondente.<sup>368</sup>

Com efeito, nas situações jurídicas que lhes caíssem na alçada, as partes dispunham sempre, cada uma, da sua ação de sinal contrário. Em alguns casos, tais ações tinham *nomina* próprios: *actio empti* e *actio venditi*; *actio lacti* e *actio conducti*. Nos outros, falava-se apenas, de modo genérico, em *actio contraria*.<sup>369</sup>

Ademais, deveriam ser apreciados eventuais pactos acessórios não formais (*pacta adiecta*) celebrados pelas partes, os quais poderiam ter influenciado a existência e a extensão da obrigação. Em virtude do fato de tais pactos terem o condão de aumentar, diminuir ou tornar ineficaz a obrigação, eles eram valorados como conteúdo do contrato, apreciados na ação contratual sempre que tivessem sido

365. Cf. A. GUARINO, *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 193.

366. Cf. A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 233; A. GUARINO, *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 193; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 201; B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 239; e G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 663.

367. De fato, antes do advento dos *bonae fidei iudicia*, a compensação representava dissonância em relação aos alicerces do sistema processual vigente, uma vez que implicaria a apreciação de elementos estranhos ao pedido e à causa de pedir. Cf. Ulp. 29 *ad ed.*, D. 16, 1, 2, 1; Gai. 4, 63. Em relação ao tema, cf. os comentários de A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 88.

368. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 88; e A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 234.

369. A uniformização geral das referidas ações nos *bonae fidei iudicia* é justinianéia. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 88.



celebrados a par e passo do contrato principal (*pactu adiecta in continendi*) ou depois da conclusão deste (*pacta adiecta ex intervallo*).<sup>370</sup>

O regime dos *pacta adiecta* para os contratos dos quais deriva um *iudicium bonae fidei*, conforme nota B. Biondi, é substancialmente diverso daquele dos demais juízos. Havendo *oportere ex fide bona*, supera-se o tradicional princípio que *ex nudo pacto actio non nascitur*, em face da inerência dos *pacta*.<sup>371</sup> Em outras palavras, o juiz deveria, sempre que se deparasse com um *oportet ex fide bona*, indagar acerca da *exceptio pacti*.<sup>372</sup>

Também as eventuais prestações acessórias (como juros, frutos, etc.)<sup>373</sup> e a adjudicação de interesses não pactuados eram considerados inerentes aos *bonae fidei iudicia*, enquanto nos outros juízos era necessária a aposição de uma *stipulatio* para tanto.<sup>374</sup>

Esta consideração tem particular relevo para a discussão do problema da evolução histórica da responsabilidade contratual. O início da consideração da culpa (como negligência) deu-se nos contratos dos quais derivava um *iudicium bonae fidei*, no qual a conduta do devedor em relação ao adimplemento da obrigação deveria ser submetida a uma valoração mais profunda: como eram contrários à *bona fides* quaisquer comportamentos menos que corretos, de forma semelhante não poderia escapar a negligência do devedor em relação ao adimplemento da obrigação.<sup>375</sup>

Ademais, a vontade efetiva e real, acima da exteriorização, é certamente dotada de maior consideração quando se trata de *iudicia bonae fidei*. A questão o erro, portanto, projeta-se de modo mais preciso.<sup>376</sup>

---

370. Cf. A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 246; A. GUARINO, *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 193; e M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 201. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 663, por sua vez, não admite a inerência dos *pacta adiecta ex intervallo*.

371. Cf. *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 239.

372. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 87.

373. Cf. A. GUARINO, *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 193; e M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 201.

374. Cf. A. GUARINO, *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 193; M. KASER, *Das römische cit. (nota 61 supra)*, p. 201; e B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 240.

375. Cf. B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 240.

376. Cf. B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 240.

Outrossim, os artifícios desleais exercitados por uma parte em face da outra – como o dolo (*dolus malus*), a coação ilícita (*vis metusvei*) e a subjugação a uma situação de temor (*metus*).<sup>377</sup>

Tendo em vista que a *bona fides* por si exclui qualquer comportamento incorreto (não apenas em relação ao adimplemento da prestação, mas também à própria conclusão do contrato), quando uma parte queixava-se de uma das referidas condutas do adversário, as quais eram desconformes com a *bona fides*, não se exige a oposição formal de uma exceção (*exceptio doli*).<sup>378</sup>

De fato, quando se tratava de contrato que dava lugar a um *iudicium ex fide bona*, caso um dos contraentes tenha sofrido violência ou sido enganado, nulo *ipso iure* seria o contrato, devido ao fato de que o *oportere ex fide bona* exige serem a violência e o dolo levados em consideração. Com efeito, não poderia o juiz consentir com a existência de um *oportere ex fide bona* eivado de tais vícios.<sup>379</sup>

Assim, enquanto como regra geral toda e qualquer queixa de condutas desleais das partes devesse ser expressamente alegada em juízo e, assim, levada ao conhecimento do magistrado e inserida na fórmula como *exceptio doli*, rinha-se como inerentes<sup>380</sup> aos *bonae fidei iudicia* tal exceção.<sup>381</sup>

377. Cf. A. GUARINO, *Diritto privato cit. (nota 336 supra)*, p. 193; M. KASER, *Das römisches cit. (nota 61 supra)*, p. 201; e B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 239.

378. Cf. A. D'ORS, *Elementos cit. (nota 250 supra)*, p. 233; e A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 87 ss. Nesse sentido, B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 239, afirma que o juiz, em virtude do próprio *oportere ex fide bona*, é investido do conhecimento do dolo da parte, uma vez que, como diziam os romanos, *fides bona contraria est fraudi et dolo*. O *oportere ex fide bona* e a conseqüente inerência da *exceptio doli* importam comportamento segundo a boa-fé por parte de ambos os contraentes. Estas conclusões seriam baseadas na exegese de Paul. 32 *ad. ed.*, D. 17, 2, 3, 3.

379. Cf. B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 239.

380. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 87, nota que a expressão “inerência das exceções”, largamente acolhida nas fontes, não é, em rigor, correta. Conforme observa o autor, nos *bonae fidei iudicia* o juiz, perante o *oportet ex fide bona* da fórmula pretoriana, ficava automaticamente adstrito a conhecer da malícia das partes, de pactos adjacentes e de outros fatores prejudiciais. Seria preferível, assim, falar em “inutilidade das exceções” nos *bonae fidei iudicia*.

381. Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni cit. (nota 245 supra)*, p. 299; ALEXANDRE CORREIA-GAETANO SCIASCIA, *Manual cit. (nota 322 supra)*, p. 102-103; e A. S. JUSTO, *Direito Privado cit. (nota 254 supra)*, p. 246.

Por fim, a infringência de deveres acessórios que a relação obrigacional impõe às partes (em especial, deveres de proteção e fidelidade), legitimavam a exigência de indenização.<sup>382</sup>

Em síntese, o critério da boa-fé permitia ao juiz estimar com maior flexibilidade a responsabilidade do demandado e o interesse do demandante, avaliando as circunstâncias individuais do caso concreto.<sup>383</sup>

### 3.8. Caracterização como conjunto de regras jurídicas.

Outra questão relacionada ao exame da fórmula no âmbito dos *bonae fidei iudicia* é aquela concernente à possibilidade de a *fides bona* ser compreendida como fonte das obrigações.

Para responder a tal questão, é necessário notar que na fórmula inseriam-se regras e princípios que, geralmente, justificavam o surgimento das obrigações e que, por este mesmo motivo, faziam parte do ordenamento jurídico romano. Este conjunto de regras e princípios consistiria, precisamente, no sistema da *fides bona*.<sup>384</sup>

Uma análise atenta da fórmula dos *bonae fidei iudicia*, portanto, permitiria concluir-se que a *fides bona* não é fonte de obrigações, mas um conjunto de regras jurídicas que se referem ao regime jurídico das obrigações. De fato, menciona-se na *demonstratio* a situação concreta da qual deriva a obrigação, mas a origem e o conteúdo desta são regulados pela *fides bona*, presente na *intentio*.<sup>385</sup>

---

382. M. KASER, *Das römische cit.* (nota 61 supra), p. 201.

383. Cf. A. D'ORS, *Elementos cit.* (nota 250 supra), p. 234.

384. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit.* (nota 61 supra), p. 132; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit.* (nota 8 supra), p. 202.

385. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit.* (nota 61 supra), p. 132; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit.* (nota 8 supra), p. 202.

### 3.9. Relação com os contratos consensuais.

Nos contratos consensuais, a relação obrigatória é sustentada pela *fides bona*, que determina e justifica a tutela jurisdicional.<sup>386</sup>

A menção à boa-fé na *intentio* da fórmula dos *bonae fidei iudicia* permitia também compreender o caráter bilateral da relação obrigacional em causa, bem como ter em conta a interdependência das obrigações das partes, novidade trazida por tais juízos). É nesse contexto, portanto, que o regime da *fides bona* gerou aquele dos contratos consensuais, consoante observa P. D. Senn.<sup>387</sup>

O estrito vínculo entre as partes esclarece a notável flexibilidade dos contratos consensuais, a qual é a razão a impossibilitar uma descrição genérica destes contratos, a não ser pela estrutura de base comum que eles apresentam. De fato, se os juristas romanos imaginaram formas contratuais muito amplas, eles estabeleceram os regimes destas por meio de uma análise casuística e conduzida com base em diversas espécies de relações jurídicas.<sup>388</sup>

Dessa forma, tem-se que os juristas romanos elaboraram um regime jurídico próprio para cada espécie de relação, sobre a base do modelo de “classe contratual que se comporta segundo a regra da boa-fé” É precisamente assim que as vastas categorias contratuais romanas deram origem à maior parte dos diversos tipos contratuais modernos.<sup>389</sup>

#### 4. *Bona fides* como princípio de boa-fé objetiva do Direito romano.

O Direito romano, reconhecido como um Direito de princípios e de juristas, era visto sob a perspectiva dos casos concretos. A casuística jurídica romana<sup>390</sup> apresenta a natureza de raciocínio que partia da realidade natural e concreta, com

386. Cf. M. BRETONE, *Storia cit. (nota 63 supra)*, p. 102.

387. Cf. *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 132.

388. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, 203.

389. Cf. P. D. SENN, *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 132; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 203.

390. Consoante ressalta FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199, deve-se preferir “casuística jurídica romana” a “problemática romana” uma vez que o pensamento jurídico romano teria orientado pela razão prática, e não pela razão teórica do pensamento axiomático-dedutivo.

excepcional vocação para extrair princípios e construções jurídicas afirmados como universais.<sup>391</sup>

Assim, pode-se apontar como grande mérito dos juristas romanos a procura por princípios e soluções para problemas sociais e casos concretos, atendendo às exigências da vida e ao seu sentido de justiça.<sup>392</sup>

Com efeito, o sistema jurídico romano era, como aponta M. TALAMANCA, um sistema aberto. Dessa forma, abrangia valores tidos como presentes – em medida mais ou menos incisiva, segundo o arranjo social, político-econômico e cultural da comunidade – e juridicizados pelos juristas e magistrados, sem a dependência de normatização escrita.<sup>393</sup>

Dentre esses valores presentes no seio da comunidade e juridicizados para possibilitar a solução de problemas sociais e casos concretos, atuando de forma difusa, sem normatização escrita, merece destaque justamente a *bona fides*.<sup>394</sup>

Essa noção jurídica possibilitava a mesuração de manifestações de regularidade nas condutas, de modo a tornar previsíveis as soluções para conflitos futuros. De fato, a *bona fides* permitia que se tratasse o igual por igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da variação, almejando um equilíbrio nas relações jurídicas, capaz de suscitar consenso na comunidade.<sup>395</sup>

Assim, a *bona fides* atuava como critério de valoração das circunstâncias do caso concreto, impondo às partes da relação jurídica uma série de deveres inerentes ao respeito ao vínculo assumido. Estes deveres baseavam-se no padrão de comportamento com lealdade e retidão, esperado do homem médio romano<sup>396</sup>

Por meio de tal expediente técnico, possibilitava-se ao juiz decidir certas causas considerando não apenas a verificação eventual do fato central (apresentado como *causa petendi*), mas também outros fatos conectados com o litígio. O *iudex*,

---

391. Cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Boa Fé cit. (nota 9 supra)*, p. 486; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

392. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

393. Em oposição, os sistemas fechados, como os ordenamentos jurídicos modernos da família romano-germânica, fundam-se primordialmente na prevalência de fontes normativas expressas, sobretudo na forma de códigos. Cf. *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 21-26.

394. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 199.

395. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 18.

396. Cf. cap. IV.2.2 *supra*.

assim, procurava uma solução verdadeiramente material para a controvérsia, examinando o conjunto de razões expostas pelo autor e as justificativas do réu, para determinar se as partes haviam observado a *bona fides* em sua relação.<sup>397</sup>

Dessa forma, a interpretação dos negócios jurídicos passava a exigir a análise da efetiva conduta das partes em todos os momentos da relação entre elas estabelecida.<sup>398</sup>

Nesse cenário, parece correto reconhecer que a *bona fides* configurava verdadeiro princípio de boa-fé objetiva do Direito romano, exigindo das partes comportamento conforme padrões de retidão esperados do *bonus paterfamilias*, e atuando como cânone interpretativo dos negócios jurídicos.<sup>399</sup>

Assim, a concreta atuação do princípio da boa-fé objetiva moderno seria matéria já constante do Direito romano,<sup>400</sup> caracterizando-se como criação original deste.<sup>401</sup>

##### 5. Difusão e conseqüente subjetivação da *bona fides*.

Parte da doutrina romanística, com destaque para A. Montel e P. Bonfante, reconhecem que há diferenças superficiais na noção de boa-fé romana – a qual se caracteriza por ser bastante rigorosa em algumas relações (por exemplo, os contratos), enquanto em outros institutos (como na usucapião) surge mais branda – sem, contudo, admitir a bipartição entre a boa-fé das relações de Direito Real e a das relações obrigacionais.<sup>402</sup>

Para esta corrente, alguns elementos, a primeira vista, poderiam lembrar um contraste com a unidade da noção, o qual, contudo, seria desmentido por um exame

397. Cf. cap. IV.3.6 supra.

398. Cf. cap. IV.3.6 supra.

399. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 200; 204;

400. Cf. A. TRISCIUOGGIO, *Bona fides e locazioni pubbliche nelle opinioni di Ulpiano in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV, Luigi Garofalo (org.), Padova, CEDAM, 2003, p. 312; P. BONFANTE, *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 719; A. QUARINÒ, *Diritto cit. (nota 336 supra)*, p. 192-193; e FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 196.

401. Cf. P. VOICI, *Manuale cit. (nota 246 supra)*, p. 113.

402. Cf. *Buona fede cit. (nota 106 supra)*, p. 602; e *Essenza cit. (nota 6 supra)*, p. 728.

atento do problema. Dessa forma, a boa-fé romana, em todas as situações, seria formalmente idêntica, consistindo na efetiva intenção de não violar o ordenamento jurídico. Pretensos indícios da bipartição da noção, na visão de A. Montcl, significariam apenas que nem sempre a boa-fé era, por si, merecedora de tutela jurídica, e que a variedade das relações deve, necessariamente, ser apreciada.<sup>403</sup>

Contudo, essa orientação parece não estar bem fundamentada, ignorando as diferenças fundamentais existentes entre a boa-fé romana tomada nas acepções objetiva (pauta de conduta nas relações obrigacionais) e subjetiva (estado psicológico do indivíduo).

Mais do que dois prismas de uma mesma noção, estar-se-ia, em verdade, diante de duas noções diametralmente opostas, incompatíveis entre si.<sup>404</sup> Nesse sentido, P. D. Senn nota que haveria uma certa dificuldade para compreender como os juristas conservaram a mesma terminologia.<sup>405</sup>

Com efeito, a boa-fé romana constitui, através dos *iudiciae* aos quais ligou o seu nome, verdadeira norma de boa-fé objetiva. Ela acabaria, todavia, sendo posteriormente utilizada com um significado diverso nas fontes, na seara dos Direitos Reais. Neste campo, o sentido da *bona fides* seria flagrantemente diferente do dos *bonae fidei iudicia*.<sup>406</sup>

Desse modo, além da ampla diferenciação de conteúdo apresentada entre as noções objetiva e subjetiva da *bona fides*, deve-se apontar que esta última não é contemporânea – e, muito menos, predecessora – da primeira. De fato, consoante afirma M. Talamanca, “*al livello delle fonti giuridiche, non risultano impieghi di bona fides in senso soggettivo anteriori a quelli fatti sul piano del significato oggettivo del sintagma*”<sup>407</sup>

O Direito romano teria, no seu período clássico, apresentado a indicação de grandes grupos de situações possessórias típicas *bonae fidei* (notadamente no campo

---

403. Cf. *Buona fede cit. (nota 106 supra)*, p. 602.

404. Cf. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 16.

405. Cf. *Buona fede cit. (nota 61 supra)*, p. 133.

406. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 106; 109.

407. “No âmbito das fontes jurídicas, não consta emprego da *bona fides* em sentido subjetivo anterior àqueles fatos sob o plano do significado objetivo do sintagma”. Cf. *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 40.

do usucapião), nas quais avultava, como grande denominador comum, o estado psicológico do indivíduo.<sup>408</sup>

A *bona fides*, nesta acepção, seria um puro estado de espírito, caracterizado pelo desconhecimento da existência de vícios, sem componentes éticos. Traduziria na prática, portanto, a não exigência da excusabilidade do erro, exceto em situações marginais. Aqui, a *bona fides* não projetaria quaisquer normas jurídicas, caracterizando-se apenas como um elemento fático extrajurídico. Neste seu papel, a *bona fides* não comportaria uma ligação direta evidente com a chamada bitola de comportamento do Direito das obrigações.<sup>409</sup>

Conforme se procurará demonstrar a seguir, muito melhor é reconhecer que a boa-fé romana subjetiva teria sido uma criação artificial, resultante de um processo de difusão horizontal<sup>410</sup> da *fides bona*.

Desmoronado o sistema formular, justa a tendência do processo *extra ordinem* transpor ao Direito substancial aquilo que resultava da redação da fórmula, preferindo-se, a partir de então, falar em *contractus*, em lugar de *iudicium bonae fidei*. Todavia, no novo Direito ambas estas noções perderam boa parte da precedente importância, em face de uma lei de Constantino.<sup>411</sup>

Nesse cenário, a *bona fides* perdia seu veículo condutor, qual seja o processo formular, tornando-se uma noção substancial com obstáculos práticos à aplicação aos casos concretos, visto que esta dependia da atuação judicial.

De outra parte, o aperfeiçoamento registrado na usucapião durante o Período Clássico requereu a nominação de uma realidade nova (estado psicológico de ignorância do beneficiário), tomada como requisito de tal instituto. Para este efeito, foi utilizada a *bona fides*, em um processo de difusão horizontal.<sup>412</sup>

---

408. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 109; e M. TALAMANCA, *La 'bona fides' cit. (nota 10 supra)*, p. 16 ss.

409. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 106-109

410. Verifica-se difusão horizontal quando uma expressão qualificativa de um instituto jurídico concreto passa a designar, também, um instituto diverso. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 129.

411. Cf. C. I, 8, 3. Em relação ao tema, cf. os comentários de B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 241.

412. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 129.



A natureza técnico-jurídica do termo, ressaltada pela sua utilização exclusiva em textos jurídicos, e a não dependência das características originais do instituto, indicariam a probabilidade de tratar-se de que houve uma reforma conduzida pelos juristas.<sup>413</sup>

Haveria notável vantagem no emprego da noção de *bona fides* à posse: esta noção provocava, tanto no jurista quanto no cidadão comum, a sensação de algo positivo, conveniente, ligado ao bem, suscitando a idéia de apazibilidade merecedora de proteção. A adequação terminológica seria, portanto, patente<sup>414</sup>

Nesse diapasão, deve-se reconhecer a probabilidade de a *bonae fidei possessionis* ter surgido como um fenômeno de colonização lingüística técnica. Profundamente diferente dos *bonae fidei iudicia*, a referida expressão revelaria, tal como estes, uma formação voluntarística e estudada de noções jurídicas. A transposição teria sido artificial, não havendo mais do que tênues ligações não jurídicas entre as duas utilizações.<sup>415</sup>

Aqui, portanto, teria sido iniciado um processo de difusão horizontal da boa-fé, dentro da ordem jurídica, processo este que seria traduzido no emprego da noção em institutos díspares. No caso, a difusão horizontal ganharia intensidade com a introdução posterior da boa-fé em outros institutos, como o casamento e a acessão, sempre com o sentido de elemento psicológico a indicar ignorância de certos vícios.<sup>416</sup>

A difusão horizontal implicaria a perda de conexões da boa-fé com institutos jurídicos que primeiramente a haviam consagrado. Tal processo abriria as portas para a difusão vertical e, posteriormente, à diluição.<sup>417</sup>

---

413. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 113.

414. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 113, admite que este novo processo de criação jurídica, com recurso à fides, tenha-se iniciado na *emptio*, o que, em um fator suplementar de associação, contribuiria para explicar por que foi escolhida a expressão *bona fides* e não outra.

415. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 113.

416. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 113.

417. Diz-se diluída uma noção quando, nos mesmos período histórico e ordem jurídica, seja ela repetidamente utilizada para traduzir situações jurídicas distintas, e ainda, para expressar princípios gerais. Assim, pode-se afirmar que uma noção diluída está em toda parte e, quando tomada de forma isolada, pouco quer dizer. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 113: 128.

O pano de fundo desse processo evolutivo são as próprias transformações sofridas pelo Direito romano, agora limitado ao caminho entre os períodos clássico e justinianeu, abrangendo o chamado Direito romano “vulgar”<sup>418</sup>

A vulgarização do Direito romano atuou de maneira intensa sobre a *bona fides*. O recurso à expressão *bona fides* para traduzir um estado psicológico de ignorância do possuidor, em uma altura na qual o termo – por meio dos *bonae fidei iudicia*, já tinha um sentido técnico consagrado, seria um claro sinal de confusão. Implicaria, em pleno Período Clássico, um estilo simplista, o qual, com base em conexões pouco mais do que psicológicas, permitiria um emprego acrítico da terminologia científica, acarretando a vulgarização da *bona fides*.<sup>419</sup>

A referida vulgarização caracterizar-se-ia como uma confusão estilística que teria provocado dificuldades doutrinárias consideráveis nos dois milênios subseqüentes. Dentre estas dificuldades, relevante apontar que a clareza da boa-fé subjetiva, muito superior à objetiva, impor-se-ia, absorvente.<sup>420</sup>

Finalmente, a evolução do *bonum et aequum* e da *aequitas* levaria ambos, de expressões técnicas a princípios de grande extensão, acabando por mesclá-los com a noção de *bona fides*. Esta passava assim a traduzir também as noções “justiça”, “honestidade” e “lealdade” em um processo de difusão vertical.<sup>421</sup>

Nesse passo, a diluição da *bona fides* clarifica-se. Tal noção – utilizada para combater o formalismo, sob o influxo de renovação material encabeçada pelo

418. A precisão técnica do Direito clássico foi pouco a pouco afetada pela propagação de formulações jurídicas desconformes com o modelo clássico, denominadas “fenômenos vulgarísticos”. Estes redundam na repetição, glosa e comentário em vez de criatividade; imobilismo e rigidez, em vez de maleabilidade e capacidade de adaptação a situações novas; confusão e predomínio, seja de abstração, seja de casuísmo, em vez de precisão. A multiplicação de tais fenômenos foi tamanha, na metade ocidental do Império, a partir do ano 395, que se pode falar em um Direito romano vulgar. A difusão horizontal da *bona fides*, nesse contexto, deve ser considerada como vulgarismo. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 131; 133.

419. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 663; e A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 133.

420. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 134.

421. Cf. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 129. A *fides bona*, como princípio normativo tinha um caráter técnico peculiar, que a distinguiu tanto da *aequitas* – como termo de constante comparação, aspiração e adequação do Direito, e mola operacional do pretor – quanto do *bonum et aequum*, o qual, em certas fórmulas (*in bonum et aequum conceptae*), constituía um critério para comensurar o *quantum* da condenação na valoração de lesões extra-patrimoniais. Cf. G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 74 supra)*, p. 662.

pretor, com os frutos mais significativos nos *bonae fidei iudicia* – vê-se reduzida a um tópico formal, miscigenado com outras referências similares e, igualmente, privadas de conteúdo. Suspensa entre as duas culturas que viriam a fundir no Ocidente, a *bona fides* flutua, quer ao sabor da predominância de uma ou da outras, quer de acordo com as oscilações dos elementos internos que a apóiam.<sup>422</sup>

Como resultado, consoante aponta M. TALAMANCA. “*il sintagma bona fides viene adoperato, nel medesimo passo, com riferimento sai a quella che sarebbe l’operatività della buona fede in senso soggettivo sia a quella che ne sarebbe, invece, la valenza oggettiva*”<sup>423</sup>

A complexidade da diluição, com fenômenos de difusão horizontal e vertical, implicou, todavia, a manutenção de sentidos técnico-jurídicos, em uma ambivalência que, para A. M. R. Menezes Cordeiro, conferiria à boa-fé uma capacidade de renovação persistente, até os dias atuais.<sup>424</sup>

## V Conclusão.

Partindo da análise da *fides*, da *bona fides* e dos *bonae fidei iudicia*, podemos concluir sustentando, em primeiro lugar, a existência de verdadeiro princípio de boa-fé objetiva no Direito romano.

A *bona fides*, entendida como princípio jurídico de boa-fé objetiva, trazia em seu bojo uma expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros da sociedade romana, expectativa esta que se reportava aos ideais da *fides*, noção ética e moral.

O desenvolvimento da *fides* como elemento jurídico positivo (*bona fides*), exigência da aceleração do tráfico jurídico de Roma à época da expansão comercial, foi o resultado do engenho dos pretores, inserindo-se no âmbito do processo formular, mais precisamente dos *bonae fidei iudicia*.

---

422. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 146-147; e G. GROSSO, *Buona fede cit. (nota 5 supra)*, p. 663.

423. “O sintagma *bona fides* vem adotado, no mesmo passo, com referência seja à operatividade da boa-fé em sentido subjetivo, seja àquela em sentido objetivo”. Cf. *La ‘bona fides’ cit. (nota 10 supra)*, p. 17.

424. Cf. *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 147-148.

Com o fim do processo formular e o aperfeiçoamento do instituto da usucapião, iniciou-se um processo de difusão horizontal e posterior diluição da *bona fides*, que passou na época justinianéia a ser utilizada para traduzir uma noção subjetiva de boa-fé.

Ainda que diluída, a noção de *bona fides* conservou seu sentido técnico-jurídico de exigência de conduta de retidão, permitindo que séculos mais tarde ecoasse sua acepção objetiva nos ordenamentos jurídicos modernos.

Assim, a *bona fides*, por meio da recepção do Direito romano na Idade Média, portava os germes para a criação de cláusulas de lealdade e retidão nas codificações ocidentais.<sup>425</sup>

Inegável, de certo, que a tradição romanística evoluiu ao longo dos séculos, recebendo contribuições cristãs e germânicas, e sendo atingida pelos ideais cientificadores a partir do séc. XVI. Esta evolução, cumpre apontar, trouxe relevantes implicações para a boa-fé, notadamente no que diz respeito ao resgate de sua acepção como norma de retidão e à construção das noções de boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.<sup>426</sup>

Não obstante, parece correto afirmar que os principais contornos da boa-fé objetiva moderna já se encontravam presentes no princípio da *bona fides*. Esta, de fato, apresentava-se como dever genérico de comportamento com retidão e lealdade nas relações jurídicas, tal qual a boa-fé objetiva contemporânea.

Também de forma análoga ao que sucede com essa boa-fé objetiva, os critérios que definiam o que deveria ser compreendido como conforme à *bona fides* em cada caso concreto eram supraindividuais e objetivos -- configurando um modelo de conduta esperada do *bonus et diligens paterfamilias* -- e mesurados pelo magistrado.

Dessa forma, há que se reconhecer que na admissão e delimitação ponderada do que, como hoje se diz, exige boa-fé objetiva, reside uma das contribuições mais importantes e eficazes portadas pelo Direito romano.<sup>427</sup>

---

425. Cf. M. G. ZOZ, *Il ruolo della buona fede nel contratto di trasporto marittimo in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. IV. Luigi Garofalo (org.), Padova, CEDAM, 2003, p. 541; e B. BIONDI, *Contrato cit. (nota 309 supra)*, p. 241e

426. A. M. R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé cit. (nota 5 supra)*, p. 1283-1288.

427. Cf. M. KASER, *Römisches cit. (nota 61 supra)*, p. 154.

Ao adotar a normatização de princípio de boa-fé objetiva, o Direito brasileiro, como de resto sucedeu com os demais ordenamentos jurídicos ocidentais, seguiu o modelo da *bona fides*, a qual parece configurar a origem da referida normatização.<sup>428</sup>

Com efeito, deve-se admitir que a boa-fé objetiva do Direito pátrio, tanto em seu papel de cânone hermenêutico quanto como norma de criação de deveres e restrição de direitos, assemelha-se de forma ampla com o princípio da *bona fides*, o qual pode ser considerado como a origem da referida norma brasileira.

Certamente, diferem os critérios que informam o que deve ser compreendido como conduta de retidão em cada uma das referidas normas, tendo em vista que são dependentes das particularidades de cada sociedade e momento histórico. De qualquer forma, parece assentado afirmar que a natureza, o conteúdo e a operatividade da boa-fé objetiva brasileira e da *bona fides* possuem fortes traços em comum.

A atuação da boa-fé objetiva como criadora de deveres de retidão e como critério de orientação para a interpretação e integração dos contratos pode ser compreendida como herdeira das implicações da *bona fides*. Ademais, o papel de limitar o exercício dos direitos subjetivos, em contraposição ao princípio da autonomia das partes, apresenta forma semelhante àquela experimentada no Direito Romano, no qual o *ius praetorium* teria exercido a finalidade de reforçar, corrigir e suprir o *ius civile*.<sup>429</sup>

Nesse cenário, o estudo da *bona fides* pode fornecer valiosos elementos para a correta compreensão dos contornos da boa-fé objetiva do Direito pátrio, auxiliando a aclarar as já referidas<sup>430</sup> três grandes preocupações inerentes ao estudo desta norma, quais sejam o conteúdo, a operatividade e a dimensão principiológica.

Em relação à precisa delimitação do conteúdo da boa-fé objetiva, pode-se afirmar que a lição depreendida do exame da *bona fides* comprova que se trata de noção diametralmente distinta da boa-fé subjetiva, porquanto se refere a uma regra de conduta, e não a um estado psicológico do sujeito. Outrossim, pôde-se constatar que a

---

428. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 196; e CAJOMÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Boa-fé cit. (nota 9 supra)*, p. 494.

429. Cf. FRANCISCO AMARAL, *A Boa-fé cit. (nota 8 supra)*, p. 196.

430. Cf. cap. I.

*bona fides* foi criada como norma objetiva, passando posteriormente a comportar uma acepção subjetiva, em virtude de processo de diluição conceitual.

Ademais, o conteúdo da *bona fides* também fornece precioso auxílio para compreender a inviabilidade de aproximação entre a noção de boa-fé objetiva e outras locuções jurídicas ou ordenadores metajurídicos, como equidade, Ética e Moral.

No que concerne à operatividade da boa-fé objetiva, novamente a análise da *bona fides* está apta a aclarar o papel do magistrado na aplicação de tal noção. De modo equivalente à atuação do pretor nos *bonae fidei iudicia*, cabe ao juiz examinar as condutas efetivas das partes de uma relação jurídica para determinar se há ou não adequação aos parâmetros comportamentais esperados do *bonus et diligens paterfamilias*.

Finalmente, a dimensão principiológica da boa-fé objetiva do Direito brasileiro reproduz a estrutura da *bona fides*, ressaltando a singularidade do que deve ser compreendido como adequado à conduta de retidão da boa-fé objetiva em cada sociedade e momento histórico, compreensão esta que se completa por meio da atuação judicial.

Em síntese, parece assentado afirmar que as conclusões alcançadas no presente estudo fundamentam a tese de que a *bona fides* caracteriza-se como *fons et origo* da boa-fé objetiva do Direito brasileiro.

São Paulo, dezembro de 2004.