

A DÍVIDA E A PROTEÇÃO DA PARTE MAIS FRACA DO CONTRATO

SEBASTIAN TAFARO

Com esta intervenção me proponho a demonstrar que a experiência romana conseguiu fazer, de forma muito feliz, uma síntese dos aspectos formais e dos aspectos substanciais do assunto aqui examinado no que se refere à determinação da posição do devedor e à proteção da parte contratual mais fraca, representada geralmente pelo devedor, mas, às vezes, também pelo credor.

A doutrina tem realçado muito o formalismo dos negócios jurídicos da experiência romana, insistindo, às vezes, de modo excessivo, na rigidez das conseqüências desses negócios e sobre o fato de os mesmos terem deixado pouco espaço à liberdade contratual. Sobretudo, insiste a doutrina no fato de que, completado um negócio, seus efeitos seriam apenas aqueles taxativamente ligados ao ato, sem a possibilidade de variações e de adaptações desses efeitos, nem eventuais mudanças de situação em que foi celebrado este negócio.

Na realidade, as coisas ocorriam diversamente.

Na verdade, muitos são os casos nos quais é possível ver como a rigidez negocial foi frustrada e superada na persecução concreta dos efeitos negociais, e até, na apresentação de soluções com surpreendentes margens de flexibilidade, e que, apenas numa palavra, conformam-se com as instâncias reais

corrigindo, desta forma, aquelas abstrações exigidas pela estrutura dos negócios.

Os artifícios da adequação das exigências negociais com a realidade foram os juriconsultos romanos, em particular, os do Principado.

Com a presente reflexão, tentarei esclarecer o assunto antes anunciado no que se refere à situação do devedor que vinha a se enquadrar na *condemnatio* do processo formular e a algumas hipóteses de débito proveniente do *contractus* (entendido na verdadeira acepção romana do termo).

Especialmente darei maior ênfase a dois pontos:

- a) O conteúdo, ou seja, o montante da dívida;
- b) As consequências do inadimplemento da obrigação, isto é, o que a doutrina contemporânea afirma sobre o conceito de responsabilidade contratual.

Nas duas hipóteses, examinarei alguns casos que suponho significativos para colher os conceitos e as linhas evolutivas que sofreram até o desenvolvimento da realidade romana e que, espero, me consentirei traçar um perfil de conclusões que, me parece, ainda podem ser projetadas na experiência contemporânea.

1. Começo do primeiro ponto.

A determinação exata do conteúdo da dívida foi, durante toda a experiência romana, uma conquista importante a favor do devedor.

A situação de devedor nascia de um contrato ou de um delito e, em última instância, vinha a concretizar-se em eventual processo, no momento da condenação. Essa situação, no processo formular, era expressa pelas *verba condemnationis*, ou seja, pelas palavras previstas na *formula* para o pagamento de uma soma de dinheiro que na maior parte dos casos, devia corresponder ao valor do *quanti ea res est (fuit, erit)*. Portanto, no fim, era o significado daquelas que determinava a real posição do devedor.

É por esta razão que me deterei neste ponto, mais precisamente na relação existente entre as palavras (“*verba*”) e o conteúdo de um débito dependente desta relação, ocupando-me, de modo específico, do significado das *verba condemnationis* e das *verba stipulationis*, que assim como as primeiras, encerravam, em si, o conteúdo da obrigação do devedor.

De fato, como é sabido, a estipulação tinha a característica de determinar e absorver nas próprias *verba* todo tipo de obrigação, assumido por um *promissor* no confronto com o *stipulans*. A absorção era utilizada de tal forma para dar ao negócio o caráter da mais completa abstração, desvinculando-o de qualquer elo com as razões que levaram as partes a concretizar o contrato. O compromisso assumido tinha uma existência própria e o seu conteúdo era fixado única e exclusivamente através das palavras pronunciadas pelos contraentes, os quais, freqüentemente, previam também o pagamento, da parte do promitente, do *quanti ea res est (erit, fuit)*.

Em decorrência disso, situações de inadequação, desproporcionalidade ou injustiça que surgissem no momento ou depois da negociação, não deviam assumir nenhuma relevância no conteúdo da dívida, fixado em definitivo e exclusivamente pelas *verba stipulationis*. Aparentemente, não havia nenhuma possibilidade de incidência da relação mantenedora do débito, que resultava das palavras da estipulação.

2. Esta foi a norma para uma considerável parte da experiência romana e que, me parece, se manteve firme para os jurisconsultos da República, mesmo diante de conseqüências claramente paradoxais. Como exemplo significativo cite-se o caso submetido à atenção de Sérvio Sulpício Rufo. Segundo referência de seu discípulo Alfeno Varo, manteve-se inalterada a obrigação assumida por vizinho, no sentido de ressarcir o dano derivado da reconstrução de um muro comum, mesmo quando era notório que ele deveria pagar, no máximo, a metade daquele dano: Todavia, para o jurisconsulto, o total era devido, se as palavras da estipulação (que no caso, deviam

ser aquelas que previam o pagamento do *quanti ea res erit* não tivessem especificado a limitação da dívida à metade:

D. 39.2.43.1, Alfenus 1. 2 Dig. [L. 5] Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret, damni infecti vicino repromisit adeoque restipulatus est; posteaquam paries sublatus esset et habitatores ex vicinis coenaculis emigrassent, vicinus ab eo mercedem, quam habitatores non redderent, petere vult: quaesitum est, an recte petet? Respondit non oportuisse eos, cum communem parietem aedificarent, inter se repromittere neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse: sed si maxime repromitterent, tamen non oportuisse amplius quam partis dimidiae, quo amplius ne extrario quidem- cuiquam, cum parietem communem aedificaret, repromittere debet. Sed quoniam iam in totum repromississent, omne, quod detrimenti ex mercede vicino fecisset, praestitutum.¹

Vamos reconstituir melhor o caso.

Um dos vizinhos, querendo reconstruir o muro comum, cada um dos vizinhos pagou a caução por temor de dano (que previa o pagamento do *quanti res erit*). Demolido o muro, os inquilinos de um dos dois vizinhos abandonaram os apartamentos que ocupavam, interrompendo, como consequência,

¹ D. 39, 2, 43, 1 Alguém querendo edificar um muro comum com seu vizinho, antes de demolir o antigo, se comprometeu como aquele, pelo dano que pudesse advir, e aquele por sua vez, se comprometeu com este péio mesmo; depois que foi levantado o muro, os moradores das casas vizinhas se mudaram, e o vizinho quis reclamar o aluguel que não recebia mais.

Perguntou: Estou fundamentado? Respondeu que, edificando um muro comum, não deveriam ter se comprometido mutuamente, e que de nenhum modo pode um ser obrigado pelo outro, pois ainda que promettessem, não deveriam tê-lo feito por mais que a metade, porque nem com um estranho deveria comprometer-se mais, ao edificar uma parede comum; porém como já se comprometeram pela totalidade, deveria pagar todo o prejuízo que o vizinho houvesse sofrido.

o pagamento dos aluguéis. O proprietário, privado, desses benefícios, julgava que aquele dano devia ser ressarcido pelo vizinho, por força da estipulação de garantia que ele tinha. Então, sobre esta questão, foi solicitada a intervenção de Sérvio. Este, como era de costume, alargava o sentido dos termos da questão, procedendo um exame geral e articulado das obrigações existentes entre os confinantes proprietários de um muro comum. Estes não eram obrigados ao pagamento recíproco da caução e não existia para eles, um meio pelo qual um pudesse constranger o outro a dar a garantia de dano emergente. Mas, se as cauções fossem pagas, o compromisso assumido com este ato, tinha validade. Este, porém, normalmente, era limitado à metade do dano. E no caso em espécie, devia compreender tudo aquilo que o vizinho tinha perdido por falta do pagamento dos aluguéis, porque a caução foi paga na formulação usual, logo, sem nenhuma limitação à metade do dano. O limite à própria parte da responsabilidade, podia, se fosse solicitada pelo promitente, mas devia estar explicitamente em cláusula expressa de estipulação de garantia.

Então, para Sérvio, mesmo sendo evidente que os dois vizinhos não obrigados a prestar-se garantia recíproca para a demolição e a reconstrução do muro comum, e, se, em todo caso, houvessem querido igualmente fazê-lo, não deviam assumir compromisso por um valor superior à metade do eventual dano futuro. O vizinho que tivesse pago a garantia (e se presume usando a fórmula prevista para este tipo de estipulação cautelar, isto é, aquela que previa o pagamento do valor da coisa, sem especificar, de propósito, a limitação de sua parte, ou seja, a metade, era obrigado a responder pelo dano por inteiro. O jurisconsulto sustentava esta solução, embora reconhecesse seu caráter paradoxal, porque se voltava para o significado usual da fórmula que não compreendia em si, sem especificação proposital, o limite à única parte que dizia respeito ao promitente.

A obrigação era aquela expressa pelas *verba stipulationis*, mesmo quando a estrutura normativa dos interesses levasse a conseqüências diversas.

A afirmação de que o vínculo às *verba* poderia levar a soluções paradoxais é evidenciada, a seguir, no trecho de Alfeno:

2 *Idem consulebat, possetne, quod ob eam rem dedisset, rursus repetere, quoniam restipulatus esset a vicino, si quid ob eam rem, quod ibi aedificatum esset, sibi damnum datum esset, id reddi, cum et ipsam hanc pecuniam, quam daret, propter illud opus perderet. Respondit non posse propterea, quia non operis vitio, sed ex stipulatione id amitteret.*²

Ressarcido o dano pelo vizinho, logo após a demolição do muro comum, o condômino perguntava se não lhe era consentido pedir a devolução da soma paga, já que esta representava, para ele, um dano derivado da demolição do muro e cujo ressarcimento lhe tinha sido prometido pelo vizinho. A questão só tinha sentido com referência ao valor das *verba*, independentemente das razões substanciais, visto que, com relação a estas, o alegado era um simples pretexto sem nenhum fundamento.

O aparente sofisma era rejeitado por Sêrvio não como alusão às razões substanciais, mas, outra vez, apenas como referência ao conteúdo das palavras. Os vizinhos haviam previsto o ressarcimento do dano derivado do *vitium operis*, enquanto o dano aqui denunciado era originado da estipulação prestada ao vizinho: por isso, e tão somente por isso, não se podia recorrer à estipulação recebida do vizinho.

3. Sucessivamente a situação mudou e aqui encontramos soluções que criavam uma correspondência entre o conteúdo da coisa dita (*cdi*) e a responsabilidade do promitente.

² D. 39, 2, 43, 2 O mesmo consultava se poderia por acaso, pagar de novo, o que tivesse dado em virtude disto, porque havia estipulado ao vizinho que, se em razão de se haver edificado algo, isto lhe trouxesse prejuízo, fora este reparo, posto que por causa daquela obra, perderia a mesma quantia que desse. Respondeu que não podia porque não perderia por vício, mas sim em virtude do estipulado.

Para compreender como se chegava a tal resultado, é preciso examinar outras testemunhas, que portam vestígio do infeliz pedido e, ao mesmo tempo, fazem compreender como a "leitura formal" das *verba* era arraigada.

No âmbito da coisa dita, vale a pena citar um fragmento de Paulo, que traz uma importantíssima tomada de posição de Aristo:

D. 39.2.18.10, Paul. 1. 48 ad ed. [L. 625] Sed si venditor interposuerit stipulationem, etiam id damnum continebit, quod post traditionem emptori contingerit. Quod esse iniquissimum Aristo ait, quoniam, si emptor quoque damni infecti stipulatus esset, duobus promissor eiusdem nomine obligaretur: nisi forte id contra se habeat, quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit: ut possit videri nihil interesse iam venditoris.

A testemunha acima é importante por dois motivos: Primeiramente, porque confirma a força vinculante, também no tempo de Aristo, das *verba stipulationis*, mesmo quando o seu teor levasse a soluções claramente injustificadas e, depois, porque nos informa que a exagerada interpretação daquelas *verba* foi superada. Antes, o trecho nos indica como fizeram os juristas do séc. I do Principado para despertar para as dificuldades que o caráter abstrato da *stipulatio* apresentava e substituí-la por uma leitura mais moderna e ligada às razões substanciais e equitativas.

O caso examinado era aquele da estipulação de dano emergente prestada por um *promissor*, pelo vendedor ou pelo comprador da coisa ameaçada de dano.

³ D. 39, 2, 18, 10, Paul 1,48 *ad ed.* (L. 625) Porém, se o vendedor houvesse interposto uma estipulação, esta compreenderia também, o dano que sobreviria ao comprador depois da entrega; disse Aristo que é muito injusto porque se o comprador houvesse estipulado também pelo dano que ameaça, o que promete se obrigaria em dobro em razão da mesma coisa, a não ser que tenha em sua conta isto, porque a estipulação se faz por quanto vale a coisa, de sorte que pode parecer que já nada interessava ao vendedor quando se interpôs a estipulação do dano que ameaça.

O *promissor* havia se comprometido a cumprir a mesma prestação (pela mesma causa) a duas pessoas diversas: qual era, então, o conteúdo da obrigação? Se o dano tivesse precedido a *traditio* a situação se mostrava muito simples: seria executada somente a *cautio* prestada ao vendedor. Surgiriam, porém, diversas dificuldades se o dano ocorresse após a *traditio*. Nesse caso, precisava dar validade à estipulação obtida pelo comprador (não mais garantido de ação processual em confronto com o vendedor), se não desejava tornar-se sem tutela, pelo dano superveniente, nos confrontos da coisa comprada. Ao mesmo tempo, a validade da estipulação obtida pelo vendedor persistia. O que equivalia a reconhecer a possibilidade de constranger o promitente a um duplo ressarcimento, pelo mesmo dano, além dos confrontos com o vendedor que, com o preço da venda, tinha satisfeito todas as suas expectativas.

Assim se apresentava, no caso, o paradoxo de fazer nascer o vínculo pelo estrito significado das *verba stipulationis*.

Aristo, ao contrário de Sérvio, não se limitava a essa constatação. Ele, reconhecendo a injustiça da situação, a denunciava. Consciente de que a injustiça cometida era fruto de uma visão estreita, mas, na realidade, não tolerável, procurava uma forma para superá-la.

De modo aparentemente duvidoso, de acordo com um estilo que lhe era congênito, o jurista traiano se perguntava se, no caso em espécie, não devia ser a própria "leitura" das *verba stipulationis* que conduzia à caducidade feita a favor do vendedor. De fato, as *verba* utilizadas para prestar a caução tinham previsto o pagamento do "quanto a coisa fosse". Mas em que consistia este valor, se não na medida do interesse do *stipulans*?

Ao propor esta interrogação de indubitável eficácia retórica, o jurisconsulto tinha presente que a mais moderna tendência na leitura das *verba quantum ea res est* a relacionava com o interesse do credor e se perguntava (evidentemente dando por provável, mesmo que ainda estivesse fora da discussão, a resposta afirmativa) se tal tipo de "leitura" não devia ser seguido no caso em exame.

Tudo isso parece mais claro se for visto na análise da exposição de Paulo.

O jurista severiano, vencendo forte perplexidade manifestada durante o primeiro Principado, afirmava a validade da estipulação prestada ao vendedor. Ao fazer isto e para vencer as objeções de quem negava a veracidade de sua afirmação, ele devia sustentar que essa validade não portava nenhum inconveniente e, particularmente, nenhuma desmotivada duplicação do débito do promitente. Como, em outros lugares e outras vezes, ele tinha tido oportunidade de precisar, a estipulação de garantia, que tinha previsto o pagamento do *quantum ea res est* estava direcionado ao valor do *id quod interest*, o que evitava a eventual repetição do pagamento pelo mesmo dano. Nesse contexto, ele citava a opinião de Aristo, que confirmava a sua tese e, talvez, o testemunho do momento e do autor que tinham dado a direção interpretativa, no que se refere à *cautio* do vendedor.

Se as coisas eram assim, como parece, podemos dizer que Aristo estava tomando um rumo que poderia levá-lo muito longe, um rumo no qual se pode adequar o conteúdo da obrigação do devedor ao dano efetivamente ocorrido e cujo pagamento fosse justificado, além do teor das *verba*.

Isto, provavelmente representava o ponto de chegada, superado definitivamente durante o séc. II d.C., de uma tendência existente desde o início do Principado e que considerava o limite do conteúdo da prestação devida pelo devedor *ex cautione damni infecti*. De Capitão sabemos que este soube limitar ao valor das *vulgaria tectonia* o conteúdo da coisa dita (D. 8.2.13.1, Procul. 2 epidt. [L. 3]); Sabino limitou ao valor do ônus de cada proprietário confinante o ressarcimento do dano derivado da queda do muro comum (D. 39.2.40.1, Ulp. 43 ad Sab.); Cássio limitava o ressarcimento dos aluguéis perdidos pela fuga dos inquilinos no caso de medo fundado e provocado sem a devida justificativa (D. 39.2.28, Ulp. 81 ad ed.).

A situação atingiu a pacífica maturidade à época severiana. Na época de Sérvio esta situação alcançou uma concórdância quando, tanto Paulo como Ulpiano afirmaram que na ação por possível dano se devia prestar o *id quod interest* e,

no caso do muro comum, *quanti interfuit actoris eum parietem stare*. Por isso, o estipulante não tinha mais direito, pelo único fato de ter-se verificado um dano coberto pela caução, já que acontecia, igualmente, que o dano ocorrido correspondesse a um interesse usual e justificável, do autor. Em outras palavras, além do dano, se pedia que a pretensão do credor também fosse fundada nas razões substanciais, não bastando mais uma fórmula correspondente ao teor das *verba stipulationis*.

O *paries communis* na realidade constitui uma abertura para o início de um processo geral, que encontramos extensamente numa multiplicidade de casos, os quais revelam a formação de categorias amplas, cuja potencialidade foi proficuamente desfrutada pelos jurisconsultos do Principado, sobretudo, a partir da metade do primeiro século d.C.

A eficácia e a larga utilização da brecha aberta (como demonstrou o exemplo do muro comum) com a introdução da "leitura" das *verba stipulationis* nos termos do *id quod interest*, podem ser comprovadas através de numerosas decisões.

4. A título exemplificativo, lembro só alguns casos, escolhidos entre aqueles que mais provocaram perspicácia dos jurisconsultos romanos.

Cada um dos co-proprietários de um terreno aguardava a *vindicatio servitutis* cuja *condemnatio* previa o pagamento do *quantum ea res erit*. Já que a *res* à qual se referia era o terreno ou (segundo uma interpretação evolutiva que terminou reconhecendo a servidão como autônomo *ius in re aliena* o prédio dominante, conseguia-se que cada um condômino, esperando a ação, obtivesse o valor total da referida servidão. Era necessário que fosse entendido desta forma pelo fato de a servidão ser indivisível. Logo, não podia ser fracionada por cotas correspondentes ao direito que cabia a cada um dos condôminos.

Mas, também neste caso, aparentemente sem outra alternativa, os jurisconsultos romanos souberam encontrar o modo para limitar a condenação ao valor da cota do condômino individual, que ocupava a posição de agente na *vindicatio servi-*

tutis. Para isto, esses juriconsultos repeliram, o máximo possível, as conseqüentes implicações do recurso à valoração *id quod interest*: afirmaram que já que a *res* a ser valorada, segundo a fórmula do *judicium servitutis*, podia ser entendida não mais como servidão, mas também como o interesse do autor, logo se podia dizer que este era um valor limitado com respeito àquele da servidão total, divisível em razão da cota do condômino-autor.

*D. 8.5.4.3, Ulp. 17 ad ed. [L. 594] Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragesimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experientur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit.*⁴

A sentença ulpiana, neste caso, empurrava ao limite máximo as conseqüências do pedido do *id quod interest*, aludindo o fracionamento de um *ius indivisibile*, que era a servidão.

Pode-se dizer que, com esta decisão, que não sabemos dizer se já tinha sido adotada por Pompônio, ou, como parece mais provável, fora proposta pela primeira vez por Ulpiano, o processo de adequação entre o débito e as razões substanciais tinha atingido um altíssimo avanço. Assim, o devedor ficava protegido contra qualquer atitude que o constrangesse a pagar além daquilo que parecesse justo, e contra o perigo, em qualquer hipótese, de dar mais do que o devido ou a repetir um mesmo pagamento.

⁴ D. 8. 5. 43, ulp. 17 ad ed. (L. 594) Se um fundo de que se espera uma servidão pertencer a mais pessoas, cada um tem ação para a total servidão, tal como escreve Pomponio no livro quadragésimo primeiro: mas na avaliação surge o "*quo interest*", ou seja, o que interessa ao demandador. Por conseguinte, cada um pode agir pelo direito e o ganho servirá também aos outros, enquanto a avaliação será limitada ao que corresponde ao interesse do agente, se bem que não seja consentido comprar a servidão através de um só.

Este grau da *interpretatio* representou o ponto de chegada de um processo atribulado, que estamos gradualmente reconstruindo, se não em todas as etapas, ao menos alguns dos momentos mais importantes.

5. Parece-nos que se encontram indícios importantes em um fragmento de Ulpiano:

*D. 43.17.3.11, Ulp. 69 ad ed. [L. 1542] In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. "Quanti res est" sic accipimus "quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere". Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.*⁵

Ulpiano ocupava-se da *condemnatio* da fórmula relativa ao interdito *uti possidetis* que, como ele mesmo recordava, previa o pagamento do *quantum ea res est*. Ele afirmava que o valor da posse devia ser estimado, porque, precisamente o objeto da contenda era a posse do imóvel. A propósito disso, recordava, mas para refutá-la, uma sentença de Sérvio Sulpício Rufo, segundo a qual o objeto a ser valorado deveria ser o total do terreno.

Do que sabemos de Sérvio, podemos compreender o motivo da sua sentença. Certamente o jurisconsulto republicano não ignorava a diferença entre "coisa" e posse, uma vez que, em seu tempo, o conceito de posse deveria ser bem delineado. Todavia, o jurisconsulto deveria considerar que as *verba condemnationis quantum ea res est* tivessem um significado pre-

⁵ D. 43, 17, 3, 11, UP 69 *ad ed.* (L. 1542) Nesta interdição o valor da condenação se refere à estimação da mesma coisa; "quanto vale a coisa", entendemos assim: quanto interessa a cada um manter a posse. Mas há a posição de Sérvio, que estima que se há de avaliar a posse em tanto quanto vale a coisa, pois de nenhum modo se pode opinar sobre isto, porque uma coisa muito diferente é o preço da coisa e outra é a posse.

ciso, isto é, expressassem o valor da coisa em razão da qual surgiu a contenda. Ele, como em outras circunstâncias, era levado a uma interpretação literal e rígida das *verba*.

Para Ulpiano, aquele resultado parecia exagerado e inadmissível, sendo um despropósito que o possuidor fosse chamado a responder pelo valor total do terreno, enquanto ele defendia a mera posse, evidentemente estimada em valor bem mais limitado.

Mas a decisão de Ulpiano era possível quando a leitura das *verba quantum ea res est* era preferida pela referência ao interesse.

O fragmento resulta, portanto, em preciosa testemunha do fato de que o relacionamento das *verbas quantum ea res est* com as *id quod interest* fizera a adequação entre o teor formal das *verba* e as razões substanciais, permitindo, também, a adequação entre o valor hipotético e a efetividade da coisa devida.

Temos assim, a documentação do ponto de partida, representada pela sentença de Sérvio, e do ponto de chegada, indiscutível no posicionamento de Ulpiano, de um processo evolutivo cuja tendência era adequar o débito à realidade do fato e, em última análise, a limitar, onde era possível, a posição debitoria.

Tal processo partia de uma individualização diversa da *res* devida pelo devedor, que é entendida não mais como a coisa material através da qual nascia a relação, mas como o próprio objeto da relação, isto é, o objeto da obrigação ou o que fora deduzido em juízo; esta relação podia até fererir-se à coisa, mas não se identificava mais com ela. Assim, no caso do interdito, *res* não era a coisa, mas o objeto da contenda, isto é a posse, porque era por isso que o turbador era chamado a prestar contas e era só isso que interessava ao autor.

A alteração se verificou pouco depois do início do Principado.

Verificamos que Labeão defendia uma posição articulada que, em parte, ainda estava vinculada à visão defendida por Sérvio, mas começava a projetar-se em busca de soluções inovadoras.

Duas referências sobre o pensamento de Labeão me parecem muito significativas:

Uma provém de Venuleio e defende que a valoração do débito deve ser atribuída a um juízo de liberdade:

D. 46.8.8.2, Venul. 15 stipul. [L. 72] Si quis a procuratore status controversiam patiatur, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius pro suo statu conveniretur et, si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt, quod procurator eum in servitutem petierit vel adversus procuratorem ex servitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res est, ei praestetur, scilicet cum de libertate eius constiterit, id est quanti interfuerit eius de statu suo rursus non periclitari et propter impendia, quae in litem fecerit. Sed Labeo certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis da infinitum extenderetur.⁶

Venuleio explicava o significado das *verba quantum ea res est* utilizadas na *cautio de rato*, que devia ser prestada pelo procurador que tivesse agido em juízo em favor de pessoa em estado de liberdade ou de escravidão, isto é, no caso de uma pessoa que reconhecia sua posição de escrava ou, ao contrário, de livre. Neste caso, em nenhuma das duas hipóteses o dano pela falta de ratificação por parte do *dominus* (ou dos seus prepostos), devia ser coberto por uma caução que previa o pagamento do *quantum ea res est*, e o jurisconsulto se per-

⁶ D. 46.882. Venul, 15 stipul (L. 72) Se alguém teve seu estado objetado por parte de um procurador, deve receber do mesmo, fiança, para que não seja impunemente solicitado muitas vezes, a respeito de seu estado; e se o próprio ou as pessoas que dele dependem não ratificaram, porque o procurador o declarou escravo, ou porque contra o procurador, havia passado de escravo a liberto, pagar-se-á a ele, o valor do negócio, na suposição de que quando constar sua liberdade, isto é, quando não estiver mais em perigo em razão de seu estado, e em razão dos gastos que tiver feito em função do litígio.

Mas Labeão estimava, que se havia de definir uma quantia determinada, porque a avaliação da liberdade se estenderia ao infinito.

guntava o que, na realidade, era assegurado com tal caução. Ele entendia que com a caução eram cobertos os riscos de uma eventual questão jurídica ulterior e as despesas processuais realizadas com esta. Venuleio, desta forma, valorizava o interesse do garantido. Diferente parece a posição de Labeão. Este, ao contrário, afirmara que era necessário indicar um valor definitivo, como valor a ser garantido, determinado pelo juriconsulto, logo, não seria mais possível estabelecer um valor puramente ao arbítrio das partes.

Mas aqui se vê a diversidade de probabilidades das quais saíam as soluções de Venuleio e de Labeão. O primeiro sustentava que pela expressão *quantum ea res est* se entendia o prejuízo imediato; o segundo, a própria coisa, em torno do qual surgira a questão jurídica que, no caso em espécie, era a liberdade, que não tinha preço.

Então, Labeão está ainda ligado à concepção segundo a qual o objeto da obrigação era uma coisa, extraída exatamente da expressão *quantum ea res est*.

6. Sobre Labeão temos ainda um testemunho que confirma a sua vinculação à interpretação restrita das *verba*, mas também à busca de soluções alternativas:

D. 39.1.21.6-7, Ulp. 80 (L. 81?) *ad ed.* [L. 1750] *Idem* — *Labeo* — *ait et si plures nuntient, curandum esse, ut uni caveatur, si inter eos conveniat: plane si non conveniat, et singulis erit cavendum. Idem dicit adiciendum esse in stipulatione, ut tantum praestetur, quanti uniuscuiusque intersit si hoc maluerint: ceterum si ita fuerit, inquit, cautum 'quanti ea res erit', dubitabitur, utrum ad totius corporis aestimationem haec verba referuntur an vero ad quod eius interest qui stipulatur. Ego puto et si sic fuerit uni cautum 'quanti ea res erit', defendi posse stipulationem sufficere: ad operis enim quantitatem ea refertur.*

⁷ D. 39, 1, 21, 6, 7 Ulp 80 (L. 81) *ad ed* (L. 1750) Disse o mesmo que ainda que sejam os que denunciam, há que se cuidar de que se dê caução a um,

O caso discutido por Ulpiano era aquele em que mais de uma pessoa tivesse formulado a denúncia de uma obra nova. Ele citava a opinião de Labeão que sustentara a oportunidade de um acordo entre eles a fim que a garantia devida pelo denunciado fosse paga a um só. Diversamente teria sido necessário pagá-la a todos os denunciantes, de modo que, pela mesma matéria e pela mesma causa, o denunciado se comprometia no confronto com mais de uma pessoa. Labeão advertia que, neste caso, era necessário especificar que se deveria pagar só a quantia correspondente ao interesse do estipulante individual, porque, se ao contrário, no caso fosse limitado à fórmula usual, que previa o pagamento do *quantum ea res est*, era possível que esta deveria referir-se ao total do terreno ou edifício. Ulpiano, retomando, na conclusão do fragmento, a idéia de Labeão, determinava que não era necessário nenhum acréscimo, enquanto ainda não se discutia que o devedor não devia dar a cada um o valor total do terreno, mas só a parte correspondente à cota respectiva.

Eis aqui documentadas as passagens produzidas pelos jurisconsultos. Labeão parece ainda vinculado ao paradigma *res* como “coisa material”, mas para ele já surgia a necessidade de evitar que fossem impostos, desmotivadamente, encargos debitórios para o *promissor*; só que confiava a este o uso de uma diversa, específica e apropriada fórmula de estipulação. A posição de Labeão era, em parte, análoga àquela expressa sucessivamente por Aristo, mas ainda mais hesitante e incerta. Em oposição, não existia mais nenhuma dúvida para Ulpiano.

somente, se entre eles concordaram; porém se não concordaram entre si, se dará caução a cada um.

O mesmo disse que se há de estabelecer na estipulação que se pagará tanto quanto cabe a cada um, se assim preferirem; mas se houver dado caução, disse, na forma de “quanto valesse a coisa”, se ficará em dúvida se estas palavras se referem à avaliação do “todo” ou ao que diz respeito ao estipulante. Eu opino, que ainda que se houvesse dado caução a um só dessa maneira — “quanto vale a coisa” —, se pode defender que é suficiente o estipulado, porque se refere ao custo da obra.

Concluindo: a partir do início do Principado, se manifestou de modo bem claro, uma tendência a superar o formalismo contratual, o processual e a fazer corresponder a dívida com a realidade substancial, evitando, assim, infundadas reiterações e agravamentos da posição debitória.

7. Nesse sentido, foram procedidas as soluções interpretativas que aplicaram o *id quod interest*.

Estas foram úteis em inúmeras situações, que é até difícil evidenciá-las em sua totalidade. A mero título de exemplo, quero recordar apenas poucos casos.

O sócio devedor não podia ser perseguido com a ação *pro socio*, se tivesse prometido, a título de *poena* (isto é, através de um *compromissum*) uma soma igual à soma devida; se a promessa tivesse sido inferior, seria sujeito à ação de sociedade, mas pela diferença do valor:

D. 17.2.41, Ulp. 20 ad ed. [L. 646] *Si quis a socio poena stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.*⁸

D. 17.2.42, Ulp. 45 ad Sab. [L. 2920] *Quod si ex stipulatur eam consecutus sit postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.*⁹

No caso do sócio, indubitavelmente o resultado podia ser obtido graças ao caráter de boa-fé do relativo *iudicium*. E, sem dúvida, a característica das ações de boa-fé foi um elemento posterior utilizado pelos juriconsultos romanos, sempre, porém direcionado para um objetivo que é fundamental: evitar

⁸ D. 17, 2, 41, Ulp. 20 ad ed. (L. 646) Se alguém estipular uma multa a seu sócio, não exercerá o direito de ação de sociedade, se a multa do outro foi de valor igual ao que lhe cabia.

⁹ D. 17, 2, 42. Ulp. 45 ad Sab. (L. 2920) Porém, se a havia obtido pela ação de contrato, exercendo depois a de sociedade, receberá menos, computando-se-lhe multa sobre o capital.

duplicidade e agravamentos, sem motivo justo, da posição de bitória.

O possuidor de bens hereditários que, com a finalidade de subtraí-los da *petitio* do herdeiro, se desfizesse destes bens, transferindo-os a outrem, foi forçado a restituí-los através de uma ação própria, concedida exatamente contra aquele que dolosamente cessou de possuir. Todavia, a ação nos seus confrontos tornava-se em vão toda vez que o possuidor atual tivesse restituído os bens do herdeiro ou então, estivesse disposto a afrontar em juízo a pretensão do herdeiro, segundo uma inovadora decisão de Marcelo:

D. 46. 3.95.9, Pap. 28 quaest. [L. 340] Dolo fecisti, quo minus possideres quod ex hereditate ad alium pertinentem apprehenderas: si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest:

D. 5.3.13.14, Ulp 15 ad ed [L. Marcell. 28 = Ulp. 513] Item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, Marcellus libro quarto digestorum tractat, ne forte evanescat adversus eum qui desiit litis aestimatio: et magis evanescere ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit evanescere.¹¹

¹⁰ D. 46, 3, 95, 9 Pap. 28 quaest. (L. 340) Agiste com dolo, tomando o que por herança pertencia a outro; se o possuidor entregou a coisa ou o estimado pelo litígio, isto caberá a você, porque nada importa ao demandante; porém se havendo sido intimado pelo dolo passado, já houvesse entregue, isto em nada dará lucro ao possuidor.

¹¹ D. 5, 3, 13, 14, Ulp. 15 *ad ed* (1. Marcell 28 — Ulp. 513) Do mesmo modo, se alguém houver agido com dolo, de sorte que não possua, estará obrigado pela petição da herança. Porém, se havendo outro adquirido a posse que por dolo eu havia perdido, estava disposto a suportar o julgamento? pergunta Marcelo no livro quarto do Digesto, se por acaso não anulará a avaliação judicial; e disse que é mais certo que anula, se não importa ao que pode. Cer-

O medidor que tivesse indicado uma falsa medida era responsável no confronto com o comprador enganado pela sua declaração. Se, porém, este comprador houvesse obtido algum resultado satisfatório agindo diretamente contra o vendedor, o medidor não era responsável mais por nada ou apenas pela parte ainda não paga pelo vendedor:

*D. 11.6.5.1, Ulp. 24 ad ed. [L. 716] Si, cum falsus modus renuntiatus esset, emptor cum venditore ex empto egisset, agere poterit etiam cum mensore: sed si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. Quod si non de toto modo qui deerat cum venditore egerit, sed de minore, consequenter scribit Pomponius de residuo cum mensore agi posse.*¹²

Significativa é a reconhecida possibilidade de o fiador ser liberado de seu compromisso na medida em que o devedor principal enfrentasse o seu próprio débito:

*D. 42.1.13. pr., Cels. 6 dig [L. 58] Si quis ab alio decem, ab alio satisdari stipulatus est, aestimandum erit, quantum stipulatoris intersit satisdari: idque aut tantundem erit aut minus aut interdum etiam nihil: neque enim vani timoris ulla aestimatio est. Verum sorte soluta nullum iam pretium aestimationis est, aut quantum ex sorte fuerit solutum, tantundem ex aestimatione decedet.*¹³

tamente, disse, que se estava disposto a restituir a coisa, sem dúvida que desaparece; mas se o que com dolo deixou de possuir, foi antes intimado, não livrará o que possui.

¹² D. 11, 6, 5, 1, Ulp 24 *ad ed* (L. 716) Se quando se houvesse declarado uma falsa medida, o comprador houvesse intentado contra o vendedor uma ação de compra, poderá reclamar também contra o medidor; porém se nada lhe cabe, não se deve condenar o medidor. Mas se não houver reclamado ao vendedor por toda a medida que faltava, senão por outra menor, consequentemente escreve Pomponio, que se pode reclamar contra o medidor pelo restante.

¹³ D. 42, 1, 13 *pr.*, Cels. 6. *dig.* (L. 58) Se alguém estipulou dez de um, e de outro que lhe desse caução se estimará em quanto importa ao estipulante

Enfim, de numerosos outros exemplos que poderiam ser acrescentadores, recordarei o caso em que uma pessoa fora expulsa de posse que lhe fora concedida, prioritariamente, pelo Pretor. Ela podia beneficiar-se de um edito que lhe atribuía o valor da coisa. Em princípio, este lhe era devido em qualquer caso. A interpretação avança até o ponto de dizer que aquele valor não competia ao possuidor, nos casos em que o motivo, pelo qual ele obtivera a emissão da posse, tivesse sido infundado:

D. 43.4.1.5, Ulp. 72 ad ed. (L. 62 ad ed.) [L. 1418] *Haec verba 'quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit' continet utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnetur. Proinde si ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem vel si exceptione summoverti potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum, quia propter nullam causam in possessionem missus est*¹⁴

Podemos, então, concluir reforçando que existe um exaustivo número de soluções, das quais se deduz quanto a escolha da *id quod interest*, foi fértil para adequar os débitos aos valores reais e correspondentes à efetivação das pretensões.

8. Com este quadro, parece-me de grande relevância o fato de que aquela escolha não esteja voltada também para o

que lhe deu a caução; e isto será um outro tanto ou menos, ou às vezes, também, nada; porque não há estimação alguma de um vão temor, e pago o capital, não há preço algum para a estimação, ou se deduzirá da estimação tanto quanto se houver pago do capital.

¹⁴ D. 43, 4, 1, 5, Ulp. 72 ad ed (L. 62 ad ed) (L. 1418) Estas palavras: "por quanto importou a coisa por causa de que havia sido posta em posse", compreendem a utilidade do credor, de modo que aquele que lhe impôs o impedimento seja condenado a tanto quanto lhe interessa ter a posse. Por conseguinte, se foi posto na posse por causa de um falso crédito, ou de uma falsa petição, ou se pode ser rejeitado com exceção, não deve lucrar em nada com esse Edito, porque não foi posto em posse por coisa alguma.

agravamento da posição debitória, como se pode deduzir do seguinte posicionamento de Juliano:

D. 39.2.18.5, Paul. 48 ad ed. [L. 625] Si is, qui unas aedes habeat, stipulatus fuerit, deinde vicinas comparaverit, an earum quoque nomine, quas post interpositam stipulationem comparasset, promissorem obligaret, quaesitum est. Iulianus scribit videndum, ne earum dumtaxat nomine cautum habeat, de quibus inter eum et promissorem initio actum fuerit. Cui consequens videri posse, ut et, cum aedium communium nomine duo socii stipulentur, de eo dumtaxat damno caveri videatur, quod in parte aedium cuique socio datum fuerit. Sive ergo redemerit alteram partem quis ex his sive adiudicata fuerit, non augeri promissionis obligationem. Pomponius relata Iuliani scriptura dicit se non improbare.¹⁵

Uma pessoa, que tinha algumas casas, recebera por essas, garantia por temor de dano. Logo depois, comprou outras casas vizinhas àquelas adquiridas antes. Perguntava-se se a garantia cobriria também, eventual dano sucedido às casas compradas depois da estipulação da caução por dano. Juliano respondia negativamente, acrescentando que houvera uma referência precisa às casas que o garantido possuía no momento de sua estipulação, assim como, no caso de dois condôminos que se garantiram cada um pela própria parte, a garantia prestada a cada um deles ficava limitada à respectiva cota e

¹⁵ D. 39, 2, 18, 5, Paulo 48 *ad ed* (625) Se o que tinha só uma casa, houvesse estipulado e depois houvesse comprado a casa vizinha, se perguntou, se obrigaria ao promitente também em razão de que houvesse comprado depois de interposta a estipulação. Juliano escreve, que se há de ver se havia dado caução somente em razão daquela a que se haviam combinado, em princípio, ele e o promitente. A ele pode parecer que é conseqüente que quando os dois consórcios estipulam a respeito de uma casa comum, se considera que se dá caução unicamente pelo dano que a cada sócio houvesse causado em sua respectiva parte da casa; logo, já se um deles houvesse comprado a outra parte, já se lhe houvesse sido adjudicada, não se aumenta a obrigação da promessa. Pomponio diz, referindo-se ao escrito por Juliano, que ele não desaprova.

não aumentava logo após a aquisição do restante dos edifícios (por resgate da outra cota ou por sentença) da parte de um dos condôminos.

O fato de Paulo ter assumido a decisão de Juliano, através de Pompônio, prova a consolidação de um pensamento comum entre o segundo e o terceiro século d.C.

No caso, o interesse do credor na dilatação da obrigação assumida pelo devedor, através da *cautio damni infecti*, era evidente. Perguntou-se, conseqüentemente, se, neste caso se devia antecipar o *id quod interest*: ocorrendo assim, o alargamento da obrigação. A resposta foi negativa, porque havia uma clara tendência no sentido de não agravar a situação devedoria, baseado no ponto de vista, por sinal progressista, de Juliano.

Em outras palavras, parece claro que os jurisconsultos do principado souberam superar o significado literal da estipulação, ainda além do seu conteúdo, pelo recurso do *id quod interest*, quando tratou-se de amenizar a posição do devedor; mas fizeram o mesmo quando aquele procedimento conduzisse ao agravamento daquela posição.

Tudo isto se verificou de acordo com orientação claramente favorável ao devedor que, no caso da estipulação, foi eficazmente sintetizado por Ulpiano:

D. 45.1.38.18 [L. 2971] *In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.*¹⁶

9. Existem outras decisões que confirmam esta orientação, dentre as quais gostaria de relembrar pelo menos duas.

Até agora examinamos casos nos quais o conteúdo do débito não estava expressamente fixado, mas dependia de uma estimativa, que seria feita de acordo com o valor atribuído pela fórmula "quanto vale (valia, valera) a coisa".

¹⁶ D. 45, 1, 38, 18 Quando nas estipulações de dúvida que é que se havia feito, as palavras hão de ser interpretadas contra a do estipulante.

O que acontecia nos casos em que a dívida tinha um valor determinado?

E, outra vez, Juliano nos apresenta uma interessante decisão:

D. 4.2.14, Ulp. 11 ad ed. [L. Iul. 48, Ulp. 380] Iulianus ait quod interest quadruplari solum, et ideo eum, qui ex causa fideicommissi quadraginta debebat, si trecenta promiserit per vim et solverit, duecentorum sexaginta quadruplum consecuturum: in his enim cum effectu vim passus est.¹⁷

Quem realizasse um pagamento mediante violência, dispunha de uma ação própria para obter o quádruplo do que pagara. Esse valor era fixado e devia coincidir exatamente com aquele pago, sob ameaça de violência. Neste caso, não podiam incidir outras situações, como aquelas originadas de créditos eventuais do agressor; por isso um devedor insolvente que tivesse pago alguma coisa mediante ameaças poderia receber (lucrando o triplo) a soma dada e continuava insolvente: isso criava uma situação desvantajosa e desmotivante para o autor da violência, que era punido pelo fato de ser obrigado a restituir o que recebera ao triplo.

Aqui se nota a participação de Juliano.

O jurisconsulto examinou o caso de uma pessoa que, submetida à violência, pagara trezentos a outrem a quem devia apenas quarenta. Partindo do pressuposto de que, na ação, o quádruplo estava, inevitavelmente, relacionado com o *id quod interest*, afirmou que a restituição, em quádruplo, fosse concorrente só a duzentos e sessenta. Como se encontrava diante de uma ação penal que tinha como conteúdo o objeto da violência e era inegável que este se constituísse dos trezentos pagos, era

¹⁷ D. 4, 2, 14, Ulp 11 *ad ed* (L. Inl, 48, Ulp, 380) Disse Juliano, que somente se quadruplica o que interessa, e que portanto o que por causa do fideicomisso devia quarenta, se por força houvesse prometido e pago trezentos, haverá de obter o quádruplo de duzentos e sessenta; porque em razão destes padecem efetivamente a força.

necessário dar uma posterior explicação. É aí que o jurisconsulto intercede explicando que a violência podia ter sido feita visando apenas os 260 e com este pagamento o devedor violentado tinha pago o que não devia, suportando, para tal, a violência *cum effectu*. Juliano introduzia, com esse procedimento uma chamada de atenção para a efetividade, que me parece muito sugestiva e tranqüilizante. Isso significa que as situações debitórias tinham os seus limites naquilo que tivesse um fundamento justificado.

Não menos importante era uma decisão de Ulpiano que não admitia, nem hipoteticamente, o recurso ao *id quod interest*:

*D. 2.8.2.5, Ulp. 5 ad ed. [L. 267] In fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor. Quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem, videamus. Et melius est ut in veram quantitatem fideiussor teneatur nisi pro certa quantitate accessit.*¹⁸

Ulpiano defendia o fiduciário que fosse interpelado para garantir a prestação de um sujeito chamado em juízo. Esse tipo de fiador, reconhecido mais tarde, no decorrer do Principado, se comprometia por ato de outrem no sentido de pagar o *quantum ea res est*, para evitar a nulidade que, se assim não fosse, derivaria da simples promessa do outro de apresentar-se em juízo.

Isso porque não era dada validade à estipulação que tinha como objeto o ato de outrem, mas era possível contornar esta situação pactuando o pagamento de uma *poena* ou do *quanti ea res sit*.

D. 45.1. 39. pr., 2, 24 [L. 2967, 2972] ...nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. 2 At si quis velit

¹⁸ D. 2, 8, 2, 5, Ulp 5 ad ed (L. 267) Contra o fiador que houvesse prometido que outro se apresentaria em juízo, dá ao Pretor uma ação por tanto quanto importasse a coisa. Vejamos se compreende o verdadeiro valor ou a quantia estimada; e é melhor que o fiador esteja obrigado à quantia verdadeira, se não se obrigou por quantia certa.

*factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere...*¹⁹

O motivo da nulidade da obrigação por ato de terceiro e da validade da estipulação que tenha por objeto a ação de outrem, mas concluindo-se com a promessa de pagamento ou de uma pena ou do *quantum ea res et*, deve-se à consideração de que, com a promessa, fora deduzida em obrigação, o próprio comportamento redundara em obrigação. Por isso, o conteúdo daquelas estipulações devia ter como objeto uma soma certa e predeterminada, absolutamente desvinculada da situação a que estavam submetidas.

A opinião de Ulpiano sobre o assunto se assemelha, nos seus termos exatos, ao análogo caso da estipulação em favor de terceiro que, também com idêntica característica no que se refere à validade, era superável através da estipulação de uma pena:

*D. 45.1.38.17, Ulp. 49 ad. sab. [L. 2971] Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum set, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud ispicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.*²⁰

¹⁹ D. 45, 1, 38, pr., 2, 24 (L. 2967, 2972) ... Assim, pois, parece que prometeu objeto alheio, mas a nada se obriga prometendo objeto alheio;

Mas se alguém quis prometer um bem alheio, pode prometer uma multa, ou o quanto importava a coisa.

²⁰ D. 45, 1, 38, 17 Ulp. 49 ad. sab (L. 2971) Ninguém pode estipular para outro, salvo se o escravo estipulara para o senhor, ou o filho para o pai, porque estas obrigações se inventaram para isto, para que cada qual adquira para si pelo o que o interessa; mas em nada me interessa que se dê a outro. E se certamente eu quisera fazer isso, convirá que se estipule uma pena, para que se não houver feito tal como se consignou, se, se encorra na estipulação em res-

Como se vê, Ulpiano esclarece definitivamente os termos da questão: ninguém pode estipular a favor de terceiro; mesmo assim, se alguém quiser fazê-lo, pode, desde que prometa o pagamento de uma pena que consista em um valor determinado independente do interesse, ou seja, da relação a que está submetido.

O motivo da validade destas estipulações, então, residia no fato de haver como objeto uma *quantitas*, quer dizer, uma quantia determinada.

Aplicado ao fideicomissário *iudicio sistendi causa*, isto significa que as palavras com as quais se assume o compromisso e, em consequência, o conteúdo da ação que se origina deste compromisso não podiam levar em conta as reciprocidades da relação, mas deviam corresponder ao valor da *res* no momento do compromisso. Deviam, com outras palavras ser uma *quantitas* e, como tal, corresponder sempre ao valor da lide, pela qual foi prometida a apresentação em juízo do combinado, mesmo se esse valor, por um motivo qualquer, tivesse diminuído.

Hulpiano, todavia, advertia que isso podia forçar um pagamento desmotivado e, quando menos, despropositado e, por isso, procurava remediar a situação.

Não podendo mais acatar o interesse, antes era expressamente excluído, recorria a uma categoria diversa à *veritas*. Esta era uma categoria nova, de cunho quase exclusivo dos juristas severianos e exprimia uma instância de fundo, preocupada com a fundamentação e justeza da condenação processual à qual se contrapõem a *pena* e a *quantitas* que, dependendo de onde recaiam, poderiam favorecer também ao caluniador.

*D. 39.3.8, Udp. 53 ad d. [L. 1288] Aestimationem autem iudex faciet ex rei veritate, hoc est eius damni, quod apparuerit datum.*²¹

peito daquele a quem nada interessa; porque quando se estipula uma pena, não se visa o que interessa, mas qual seja a quantia, e qual a condição de estipulação.

²¹ D. 39, 3, 8 — Ulp. 53 *ad ed* (L. 1288) Mas o juiz fará a estimação conforme a verdade da coisa, isto é, do dano aparentemente causado.

D. 2.7.5.1, Ulp. 5 ad ed. [L. 271] *In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est. Hoc enim additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi.*²²

Eis porque no caso do fideicomissário *iudicio sistendi causa*, o jurista, que não podia negar que a promessa do fideicomissário devia ser uma *quantitas*, concluía afirmando que devia ser uma *quantitas*, mas sempre verdadeira, devia ser uma verdadeira *quantitas*.

Em outras palavras, é como se o jurista severiano tivesse querendo recordar que, seja como for, toda condenação e, logo, toda situação debitória, devesse, todavia, corresponder a uma profunda solicitação de justiça; devesse corresponder sempre à verdade.

Este é o nível mais alto da concretização de um apelo judicial que amadureceu durante a experiência romana, precisamente, durante o Principado.

10. O grau de flexibilidade e a perícia dos juristas romanos é evidente. Ulpiano, que utilizava uma síntese de experiências anteriores, mostrou uma capacidade particular e soube afrontar, inclusive, contradições que à primeira vista, pareciam inexistentes.

No caso de fideicomissário *iudicio sistendi causa* com a ousada criação da verdadeira quantidade, acrescentaria aquela do furto de documentos.

O ladrão era julgado por intermédio da ação de furto, a prestar, em dobro, o valor da coisa no momento do furto. Esse valor, determinado pelo juramento do ladrão, constituía uma entidade certa que não podia referir-se ao interesse:

²² D. 2.7.5.1, Ulp 5 ad ed (L. 271). Mas contra aquele que isentou por força, se dá a ação pelo feito, na que não está contido o valor verdadeiro, mas aquele em quanto havia sido estimada pelo que demanda a coisa sobre a qual existe a controvérsia, pois se acrescenta isto, para que pareça, que ainda que um seja mentiroso, persiga, contudo, a aquele, esta pena.

D. 12.3.9, Iavol. 15 ex Cassio [L. 60] *Cum furti agitur iurare ita oportet "tanti rem fuisse cum furtum factum sit", non adici "eo plurisve", quia quod res pluris est, utique tanti res est.*²³

D. 47.2.50 pr., Ulp. 37 ad ed. [L. 1040] *In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium.*²⁴

Em contraste com a sua própria afirmação, em um trecho do comentário a Sabino, Ulpiano disse que precisava se estimar o interesse:

D. 47.2.27 pr., Ulp. 41 ad Sab. [L. 2863] *Quitabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii iparum tabularum, verum eius quod interfuit: quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continatur, scilicet si tanti interfuit: ut puta si chirographa aereorum decem tabulae fuerint, dicimus hoc duplicari...*²⁵

Quem roubava os documentos probatórios de um crédito era obrigado a prestar, em dobro, não apenas o valor imposto nas tábuas, mas o *id quod interfuit*, quer dizer, a soma escrita nos documentos.

A decisão é publicamente a favor do credor, nesse caso, porque o credor era o sujeito a ser protegido no confronto com o ladrão-devedor.

²³ D. 12. 3, 9 Iavol. 15 ex Cassio (L. 60) Quando se exercita ação de furto, convém jurar deste modo, que a coisa valeu tanto quanto se cometeu o furto, e que não se acrescente "tanto ou mais", porque o que demais vale a coisa está certamente no tanto.

²⁴ D. 47, 2, 50. pr. Ulp. 37 ad ed (L. 1040) Na ação de furto não se quadruplicará ou duplicará o que importa, senão o verdadeiro preço da coisa.

²⁵ D. 47, 2, 27, pr. Ulp. 41 ad Sab (L. 2863) O que quita *letras* ou cauções está obrigado pela ação de furto não somente pelo preço das mesmas *letras*, mas também pelo que custou; o que refere à estimação daquele (valor) que está contido na *letra*, por suposição, se as *letras* forem quirógrafos de dez áureos, dizemos que este valor se duplica.

A aparente contradição, segundo a afirmação do próprio Ulpiano, na realidade desaparece no contexto do pensamento do jurista. Ele tinha dito que se referia ao *verum rei pretium*. Mas qual era o *pretium* das letras? Uma grande elaboração de Ulpiano tinha esclarecido que o preço das letras era constituído da soma nelas escritas, isto é, do crédito ali documentado.

D. 30.44.5, Ulp. 22 ad Sab. [L. 2629] *Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas argumento est venditio: nam cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.*²⁶

Logo, Ulpiano defendia uma linha interpretativa, segundo a qual a venda ou o legado de um quirógrafo estava de acordo com a venda ou legado do crédito que, então, representava o preço. Por isso, ele dizia que no furto dos documentos era preciso olhar o *quod interest*, porque, no caso era o que representava o verdadeiro preço.

Eis aqui confirmada a orientação do jurista, quando liga as posições creditórias e debitórias à efetividade dos valores nelas existentes.

11. Em conclusão, podemos considerar como suficientemente documentada a orientação que limita o conteúdo da dívida, com exceção dos casos em que se julgasse mais mercedor de proteção a posição do credor, porque, na realidade, como no caso do ladrão, era quem mais precisava de tutela.

Essa tendência manifestou-se também, nos numerosos casos em que contém o *id quod interest* diferente da *res* ou do seu *pretium* que servia para indicar valores mais elevados com referência a esta.

A respeito disso, basta examinar o que acontecia nos casos de compra-e-venda.

²⁶ D. 30.44.5 Ulp. 22 ad Sab (L. 2629) A venda serve de prova de que o que lega um quirógrafo lega uma dívida, não somente as *letras*; porque se vendem os quirógrafos, se considera que se vendem os créditos.

*D. 19.1.1.pr., Ulp. 28 ad Sab. [L. 2716] Si res vendita non tradatur in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest quam res valet vel empta est.*²⁷

*D. 19.1.43, Paul. 5 quaest. [L. 1327] .De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor, fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, velut si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo venit pretio, iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditore.*²⁸

Dos textos acima surge, claramente a possibilidade de indicar valores que eram somados ao preço da coisa. Os juristas, porém, intervêm e limitam o preço a uma importância que não ultrapassasse ao bom senso. Assim, estabelecem, contra todo abuso que evidentemente se manifestaria, um teto máximo: decidem que em todos os casos não se podia superar o dobro do valor da coisa.

²⁷ D. 19.-, 1, pr. Ulp. 28 ad Sab (L. 2716) Se não entregaste a coisa vendida, se executa a ação pelo que importa, isto é, pelo que importa ao comprador ter a coisa; mas isto às vezes excede ao preço, se importa mais que o que vale a coisa, ou que aquele pelo qual a coisa foi comprada.

²⁸ D. 19, 1.43 Paul 5 quaeste. (L. 1327) ... Mas com respeito aos gastos, que o comprador fez para dar instrução ao escravo, se há de ver, porque opino que a ação de compra basta para este objeto; porque não compreende somente o preço, mas todo o que importa ao comprador que não seja reivindicado a escravo. Mas se propuseras que o preço excede tanto, que não haja pensado o vendedor sobre tão grande soma, por exemplo, se supusera que, feito depois condutor de carro no Circo, ou palhaço, foi reivindicado o que foi vendido por um preço mínimo, parece injusto que o vendedor se obrigue a uma grande soma.

*D. 19.1.44, Africanus 8 quaest. [L. 96] Cum et forte idem mediocrum facultatum sit; et non ultra duplum periculum subire eum oportet.*²⁹

*D. 19.1.45, Paul. 5 quaest. [L. 1327] Idque et Iulianus agitasse Africanus refert: quod iustum est: sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.*³⁰

A inserção de uma passagem de Africano na exposição de Paulo tira toda a dúvida sobre a efetiva proveniência do jurista adriano que, provavelmente, se referia à opinião de Juliano, sobre a limitação taxativa da condenação à importância máxima do dobro do valor da coisa.

Essa foi uma orientação significativa e de grande autoridade confirmada por Justiniano que a reforçara com uma constituição em 531 d.C.

CI. 7.47.1.1 Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus ni circuitus inextricabiles redigatur, ³¹

²⁹ D. 19.1.44. Africanus 8 quaest. (L. 96) Quando também por acaso seja ele de mediana fortuna, e não lhe convém suportar o risco em mais do dobro.

³⁰ D. 19, 1, 45 Paul 5 quaest. (L. 1327) ... e refere Africano, que isto mesmo discutiu também Juliano; o que é justo, assim como se diminui a prestação, se em poder do comprador se houvesse deteriorado o escravo, quando reivindicado.

³¹ CI. 7.47.1.1. Assim, pois, mandamos que se todos os casos que contêm uma quantidade ou coisa certa, como nas vendas e nos arrendamentos e em todos os contratos, os juros não excedam de maneira alguma o valor do dobro; mas nos demais casos, que parecem incertos, investiguem com sua sutileza os

O dobro tornou-se, então, o limite máximo do ressarcimento de qualquer dano nos casos em que houvesse um certo valor enquanto que, era atribuição dos juizes, na hipótese de causa com valores não definidos, atribuir, de qualquer maneira, o correspondente à verdade.

Justiniano, assim, se colocava no cume da elaboração dos juristas do Principado, provavelmente, acolhendo a herança que lhe foi transmitida da síntese utilizada pelos juristas severianos que, por sua vez, a receberam dos predecessores, esta referência ao limite máximo do dobro do valor da coisa e que tinham introduzido a noção de verdade.

O Imperador selava, codificando-a, uma orientação consolidada.

12. Essa orientação encontra significativo confronto nas disciplinas fixadas pelos interesses.

A esse respeito, os juristas chegaram a exigir que, de qualquer modo, o devedor não fosse forçado a dar mais do dobro do montante do débito. Ulpiano era taxativo:

*D. 12.6.26.1, Udp. 26 ad ed. [L. 774] Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae.*³²

Ulpiano não podia ser mais explícito e rigoroso ao recordar que em nenhum caso era possível que os interesses, inclusive os posteriores, oriundos dos interesses pactuados, pudessem tornar-se superiores à importância do crédito.

juizes, encarregados de dirimir as causas, para que se restitua o dano que na realidade for verificado, e não se deixe levar por certas maquinações e ímmoderadas alterações...”

³² D. 12, 6, 26.1, Ulp. 26 ad ed (L. 774) Mas não podem nem estar contidos em estipulação, nem serem exigidos interesses (juros) sobre o dobro, nem interesses (juros) de interesses; e se repetem os pagamentos, assim como os interesses de futuros interesses.

A proibição de obrigar o devedor a pagar mais do dobro do próprio débito compreendidos todos os interesses, fazia com que os interesses excedentes ao capital fossem computados ao mesmo. E se, por acaso, estes tivessem sido pagos, seriam restituídos ao devedor. Essa proibição nas fontes paulinas (PS. 2.14.2, IP. 2.14.2), nas constituições de Caracala (CI. 4.32.10), de Graziano, Valentino e Teodósio (CTh. 4.19.1), é confirmada por Justiniano que aboliu a possibilidade de interesse sobre interesse (anatocismo).

*CI. 4.32.27.1 Cursus insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuram exigi permittebant. Quod et in bonae fidei iudiciis ceterique omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus. (a. 529)*³³

Geralmente, o Imperador defendia a proibição de os interesses superarem o montante do capital e, expurgado o dispositivo de algumas leis velhas e imprecisas, ele assegurava que esse preceito valesse para todos os casos, sem exceção.

Confirmação melhor não é possível encontrar.

O importante é relevar como, nesse caso, a decisão do Imperador fora precedida das decisões dos juriconsultos, em quem encontrava fundamento e aval.

É a jurisprudência colocando-se ao centro no esforço de contentar a posição debitória e indicando critérios de razão e de “verdade” não controvertidos.

Crítérios que ainda hoje, me parece, não perderam sua vigência.

³³ CI. 4.32.27.1. De maneira alguma concordamos que corram juros além do dobro nem se pela dívida se deram ao credor alguns penhores como o permitiam algumas antigas leis, que se exigissem juros excedendo o valor do dobro. O que mandamos também que se observe nos juízos de boa fé e em todos os demais casos em que exigem juros.

13. O exame da experiência romana em torno da posição do devedor aparece com menos perspectivas de soluções interessantes quando passamos à análise da disciplina prevista para os casos de inadimplemento da obrigação.

Uma refinada construção jurisprudencial chegava a abstrair de qualquer consequência, o devedor não responsável pelas causas do inadimplemento. Admitia-se, ao contrário, a responsabilidade, se dependente da situação a ele imputável e valorada por critérios precisos.

Essa foi expressa em uma “regra” que, provavelmente fora enunciada por Masurio Sabino, em seus *iuris civilis libri tres* e é identificada (em seus termos gerais) através de dois fragmentos de Ulpiano que são confirmados por outro fragmento de Modestino:

D. 50.17.23, Ulp. 29 ad Sab. [L. 2731] Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.³⁴

³⁴ D. 50. 17, 23 Ulp. 29 ad Sab. (L. 2731) Certos contratos admitem somente má-fé e outros dolo e culpa; somente dolo, o depósito e o precário; dolo e culpa, o mandato, o comodato, a venda, o recebimento em caução, a locação e também a doação do dote, e a tutela, e a gestão de negócios; nestes certamente se responde também pela diligência. A sociedade e a comunicação de bens, admitem assim, o dolo e a culpa; mas isto é assim, se não se conveniu expressamente alguma coisa, ou mais ou menos, em cada contrato, porque se

D. 13.6.5.2, Udp. 28 ad. [L. 802] *Nunc videndum est quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vevo et omne periculum Etquidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum indeposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit, tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur aut si hoc ab initio convenit, ut et cupam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in dignore, unt in societate, et dolus et culpa praestatur.*³⁵

Coll. 10. 2, Mod 2 different. [L. 9] Modestinus libro differentiarum secundo sub titulo de deposito vel commodato: 1 Commodati iudicio conventus etiam culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur, et ibi dolus antum praestatur. 2 Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium et in actione rei uxoriae dolus et culpa deditur, quia utriusque contrahentis

observará o que se conveniu em princípio; pois disse a lei do contrato, exceto o que opina Celso, que não é válido, se se havia conveniado que não se responde pelo dolo; porque este é contrário ao juízo de boa fé; e assim o observamos. Mas do acidente dos animais, e as mortes, que sobrevêm sem culpa, mas fugas dos escravos que nos foram custodiados, das rapinas, tumultos, incêndios, enxurradas, e investida de ladrões não se responde por nada.

³⁵ D. 13, 6, 5, 2, Ulp. 28 ad (L. 802) Agora se há se ver o que vem incluído na ação de comodato; acaso o dolo, ou também a culpa; ou ainda todo risco? E em verdade, nos contratos às vezes só sobre o dolo, e às vezes também sobre a culpa; do dolo, em depósito, porque como não se trata de nenhuma utilidade para aquele com quem se deposita, com razão responde só sobre o dolo, se por acaso não mediou também retribuição — porque então como também se haja estabelecido, se presta também a culpa —, ou se desde o princípio se conveniu isto, que assim, a culpa, como o risco, é daquele em quem se deposita. Mas quando media utilidade de uma outra parte, como na compra e na locação, na doação e no prêmio, na sociedade, assim se presta o dolo, como a culpa.

*utilitas intervenit. 3 In mandati vero iudicio dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicio utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.*³⁶

Mas aqui não é oportuno enfrentar os complexos problemas, de forma e de conteúdo, contidos nos trechos acima e discutidos pela doutrina, a partir dos intérpretes bizantinos.

Como são muitas as coincidências entre os três fragmentos, pertencentes cada um a um gênero literário diferente, e que chegaram até nós através de processos diversos de transmissão, não se pode duvidar de que seja proveniente dos juristas severianos uma “regra” concernente à responsabilidade contratual.

Esta, como todas as regras, em geral, tinha para os juristas romanos, caráter resumido e era destinada a uma primeira orientação do tema, a qual tinha os seguintes traços essenciais: nos contratos, o devedor não era responsável pelos eventos dependentes d “caso” ou da “força maior”. Pelos inadimplementos causados por seu comportamento, ele era responsável, se houvesse dolo ou culpa, segundo o que foi contratado. Responderia apenas pelos comportamentos dolosos se a vantagem contratual — *utilitas contrahentium* — fosse favorável ao credor;

³⁶ Coll. 10.2, Mad. 2, different. (L. 9) Modestino no Livro Segundo das diferenças sobre o título concernente ao depósito e ao comodato.

1) No julgamento de comodato o intimado é obrigado a apresentar também a culpa: no entanto, quem é intimado “no julgamento” do depósito deve ser condenado pelo dano e não pela culpa. Na verdade, no contrato de comodato ambos são apresentados, porque recorre a utilidade de ambos os contraentes: na situação de depósito intervém só a utilidade do depoente, uma vez que aí se presta só o dano.

2) Mas esta regra protege-se também noutras partes do direito: assim, na verdade tanto no juízo de confiança como na ação *rei uxoriae* para o dote, deduz-se “responde-se por” o dano e a culpa dado que intervém a utilidade de ambos os contraentes.

3) No julgamento do mandato pela verdade deduz-se o dano e não a culpa. Embora seja permitido observar que excepcionalmente no juízo de tutela se chamem de novo ambos, embora na administração do pupilo e não a do tutor.

responderia também pelos comportamentos dolosos quando a vantagem contratual dissesse respeito também ao devedor.

Exposta ou pressuposta esta regra, com termos e acentos diversos, os jurisconsultos passavam à elucidação de sua aplicação, especificando os contratos nos quais se devia responder apenas por dolo e naqueles em que se devia responder também pela culpa.

Ora, diante de inúmeras interrogações que surgem em nossa mente, vemos a disciplina específica aplicada nos contratos e encontramos significativas derrogações da aplicação da regra.

14. A maior era evidenciada pelo próprio Modestino, que denunciava como exceção, o fato de o tutor poder responder também por culpa, durante a administração dos bens do pupilo, fonte de sua posição debitória, em razão do interesse e de vantagem exclusiva do pupilo.

Nós conhecemos bastante a atormentada história da tutela, para não nos darmos conta do quanto era plena de malversações reiteradas prejudiciais às crianças de idade inferior aos 12 anos (mulheres) e aos 14 anos (homens).

Tentando remediá-las, juntam-se os esforços dos juristas e dos imperadores. Por isso, a posição dos pupilos-credores, apenas em aparência e de acordo com uma visão meramente formal, podia impedir-lhe a vantagem; ao contrário, justificava-se plenamente a maior severidade aplicada à gestão dos tutores.

O recurso à culpa, como se acrescentou, em função de agravamento, e também a *diligentia*, justificava-se pela efetividade da situação das partes contratuais e julgava a tutela do contraente a mais necessitada de proteção, por ser ele, no caso, o credor.

Da mesma forma, me parece a aplicação da culpa, nos litígios com o marido, pela administração dos bens dotais.

Aqui não é possível mostrar as vicissitudes do instituto do dote. Bastará observar que a partir do início do Principado, com a legislação de Augusto, começou um processo em que o marido se transforma de proprietário a simples administrador dos bens dotais, embora com as concessões e a benevolência

devida à sua posição de “marido”. Certamente, na relação entre os cônjuges, a mulher era a parte mais fraca: na verdade, não são poucas as testemunhas sobre a dilapidação de dotes por parte do marido! Os juristas romanos, a partir do século III d.C. interferiram com energia e assumiram uma posição de reivindicação de critérios de máxima severidade, que são sintetizados, por Paulo, no comenário a Sabino:

*D. 23.3.17.pr., Paul. 7 ad Sab. [L. 1755] In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.*³⁷

Como se pode ver, o jurista severiano exigia do marido o emprego da máxima capacidade na administração dos bens dotais. Ele justificava isto observando que o dote era constituído em favor do próprio marido.

Modestino, como se viu, afirmava que o dote existia para utilidade de ambas as partes.

O fato é que era difícil definir uma solução na qual fosse evidente que a constituição do dote era pretensão dos maridos, mas o direito se esforçava para dizer que o dote servia para a manutenção do próprio casamento.

Introduzida a obrigação da restituição do dote, o marido passa a ser considerado como um administrador, mesmo que tenha a benevolência devida pela sua particular condição. Se recorresse ao critério de maior severidade possível, era porque se percebia a necessidade de oferecer a maior tutela possível às mulheres que, na prática, eram, efetivamente, a parte mais fraca e indefesa.

Sob um prisma bastante semelhante, coloca-se um outro caso de administração de bens alheios, que é o *negotiorum*

³⁷ D.23.3.17 pr. Paul 7 ad Sab (L. 1755) Com respeito aos bens dotais o marido deve prestar assim, o dolo, como a culpa, porque por sua causa recebe o dote; mas prestará também a diligência que põe em suas próprias coisas.

gestor. Este interferia para salvaguardar bens de outrem diante de uma situação de calamidade.

Não há dúvida de que na gestão ele não buscava nenhuma vantagem. Essa, no máximo, era imposta pelo senso de responsabilidade, inspirado por sentimentos de *amicitia* ou *pietas* que forçam alguém a salvar o patrimônio.

Apesar disso, tanto os fragmentos examinados, quanto outras fontes, (D. 3.5.3.9, D. 3.5.5-14, por exemplo) concordam em estender à culpa a responsabilidade do gestor.

Aqui também a *ratio* me parece evidente e inspirada na tutela de quem, objetivamente, se encontrasse nas condições de não poder se defender. De fato, o beneficiário da gestão era um “ausente” que, especialmente pela conjuntura imposta pela distância ou pela guerra, ou por quaisquer motivos raros, como a degredação ou o exílio, freqüentemente se fazia necessitado de tutela, mesmo nos litígios com quem, espontaneamente, cuidasse de seus negócios. Em outros casos, o beneficiário da gestão podia ser um defunto, cujos bens, ainda não distribuídos aos herdeiros, estavam abandonados, deles não se devia abusar a fim de causar danos aos herdeiros desconhecidos.

Por outro lado, surge da própria natureza do *officium*, seja para o tutor, seja para o gestor, a obrigação de prestar assistência, de acordo com o princípio que justificava a maior severidade reclamada pela proteção mais penetrante das razões do beneficiário da gestão.

15. Sob a mesma ótica, deve-se incluir a disciplina do precarista, de alguma forma inversa da dos tutores, do marido ou dos gestores de negócios alheios.

Aquele era o concessionário da *res* a título puramente gratuito, que usufruía de bens alheios, sem nenhuma contraprestação. A sua posição era semelhante à do comodatário. Mas ao contrário deste, não era obrigado a responder por culpa, mas somente por dolo. Essa afirmação é vista nos textos aduzidos e confirmados por outras fontes, das quais recordamos outro fragmento de Ulpiano:

D. 43.26.8.3, Ulp. 71 ad ed [L. 1608] *Eum quoque precario teneri voluit praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret. Illud adnotatur, quod culpam non praestat is qui praecario rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is, qui comodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat. Nec immerito dolum solum praestat is qui precario rogavit, cum totum ex libertate descendat eius qui precario concessit et satis sit, si dolus tantum praestetur. Culpam talem dolo proximam contineri quis merito dixerit.*³⁸

A justificativa da derrogação fora dada explicitamente pelo próprio Ulpiano e residia no fato de que, na relação entre as partes, a posição do precarista era de absoluta fraqueza; ele não tinha nenhuma defesa contratual e, menos ainda, social, dependendo exclusivamente do concedente, o qual podia revogar a concessão ao seu bel prazer.

Particularmente, nas relações baseadas na peculiaridade do regime da “gratuidade”, pesava o fato de que, apenas aparentemente, o concedente não buscava nenhuma vantagem. Isso era verdade apenas sob um plano econômico-contratual e não, sob outros planos: o concedente, na verdade, buscava com a concessão um evidente fortalecimento de sua posição de preeminência social e, talvez, também política, que projetava a sua sombra na disciplina contratual.

Se olhássemos bem a natureza da boa fé em algumas relações, podíamos verificar, ao final da disciplina contratual, situações que ficavam fora daquilo que nós chamamos de momento jurídico. Havia, vale dizer, a possibilidade de perceber

³⁸ D. 43, 26, 8, 3, Ulp. 71 ad ed (L. 1608) O pretor quis que estivesse obrigado pelo *risco* também o que fez com dolo o deixar de possuir. Há de se notar que não responde pela culpa o que pediu com risco, mas sim que responde somente por dolo ainda quando o que recebeu coisa em comodato, responde não somente por dolo mas também por culpa; e não sem razão responde somente pelo dolo, o que pediu em risco, porque tudo isto provém da liberdade do que concedeu a coisa com risco, e é bastante se se responde somente pelo dolo; mas com razão dirá alguém, que se compreenda a culpa próxima ao dolo.

o momento pré ou meta jurídico, fazendo-o pesar na regulamentação jurídica da ordem dos interesses.

Disso, me parece, ser prova significativa a responsabilidade contratual prevista para algumas hipóteses particulares de comodato: as do comodato *causa sui*.

O comodato que consistisse em um empréstimo para uso, sem nenhum ônus, era sujeito ao regime mais severo possível, de responsabilidade.

No fim da idade republicana Quinto Múcio Scevola tinha estabelecido que, nesse caso, se devia responder por culpa, acrescida, como agravante, a diligência.

*D. 13.6.5.2, Ulp. 28 ad Sab. [: 802] Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.*³⁹

Gaio tinha rebatido que o comodatário devesse prestar a custódia e que dele se exigia a diligência do mais diligente pai de família.

*Gai Inst. III. 206 Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.*⁴⁰

³⁹ D. 13.6.5.2, Ulp. 28 ad Sab. (L. 802) Mas o comodato contém no mais das vezes a única utilidade que é daquele a quem se dá em comodato; e por isto é mais verdadeira a opinião de Quinto Múcio, que crê que se há de responder assim pela culpa como pela diligência. E se por acaso se deu por estimada a coisa, por todo o risco se há de responder por aquele que aceitou haver de responder pela avaliação.

⁴⁰ Gai Int. III, 206. O que nós dissemos do tintureiro e do remendão (alfaiate) transferimos ao emprestador (comodatário; pois da mesma forma que

*D. 13.6.18.pr., Gaius 9 ad ed. prov. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem diligentissimus pater, familias suis rebus adhibet, ita ut tantum casus non praestet, quibus resisti non possit...*⁴¹

Mesmo assim, era conhecida uma hipótese na qual a responsabilidade do comodatário era atenuada e tendia a ser limitada ao dolo: era a do comodato *causa sui*, isto é, do comodato no qual interferisse também o interesse do comodante:

*D. 13.6.5.10, Ulp. 28 ad ed. [802] Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro comodavit.*⁴²

D. 13. 6. 18. pr., Gaius 9 ad ed. prov. Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scrip-

os primeiros, pelo fato de receberem uma retribuição, são responsáveis pela guarda da coisa, da mesma forma os últimos, como usam a coisa emprestada, são responsáveis também pela sua guarda.

⁴¹ D. 13.6.18 Gaius 9 *ad ed. prov.* Com respeito às coisas em comodato, se há de prestar tal diligência, o qual põe em suas próprias coisas um diligentíssimo pai de família, de sorte que não responde sozinho por um daqueles acidentes...

⁴² D. 13.6.6. 10 Ulp. 28 *ad ed* (802) Mas às vezes responderá somente pelo dolo, com respeito à coisa dada em comodato ,o que a pediu; por exemplo, se alguém assim o combinou, ou se deu em comodato apenas por sua causa, acaso à sua esposa, ou à sua mulher, para que se apresentasse ataviada mais decentemente, ou se oferecendo ao Pretor, algumas representações, deu alguma coisa em comodato aos comediantes, ou se alguém a deu voluntariamente em comodato ao mesmo Pretor.

*tum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas:...*⁴³

Era, portanto, previsto o comodato em que havia também a consideração do interesse de quem dava a *res*. Esse não era estruturado de modo diverso das outras hipóteses e, do ponto de vista estritamente jurídico, não se diferenciava destas, pois havia, sempre, um contrato gratuito. A diferença era feita pelos motivos, isto é, do momento, para nós modernos, pré-jurídico, que estava fora do contrato, e representava o impulso para a contratação. Para esse tipo de comodato a disciplina variava, atenuando-se a posição do comodatário.

Vale a pena destacar aqui o fato de os juristas terem sabido considerar a vantagem não meramente econômica, mas muitas vezes (como no caso do Pretor) até mesmo vantagens de natureza política, que o contraente podia tirar.

16. Um critério idêntico aplicado à experiência contemporânea teria uma importância extraordinária.

Basta pensar nas inúmeras situações devedoras nas quais a concessão de bens ou de empréstimos servem para assegurar ao concedente uma posição de privilégio social, econômico ou político, situação em que o devedor é visto como tal, sem nenhuma diferenciação em relação aos demais devedores. Segundo os critérios das fontes romanas, não seria assim, e, talvez, o que hoje se condena como ato de graciosa concessão, fosse um ato devido, isto é, imposto pelo direito.

Mas é possível a hipótese de se recorrer às fontes romanas, modernamente?

A realidade romana, especialmente com o recurso à força maleável da *fides*, conheceu uma grande variedade de possibi-

⁴³ D. 13.6.18 pr. Gaius 9 *ad ed* prop. ... Isto assim, se a coisa houvesse sido dada em comodato somente por causa do que recebe, mas sim por causa de um outro, por exemplo, se ouvéssemos convidado para uma representação um amigo comum, e tu te houvesses encarregado do cuidado deste, e eu te houvesse dado em comodato o serviço de prata, teria escrito em alguns, como que só deves pagar o dolo.

lidades, em grande parte desconhecidas pela experiência hodierna.

Falamos de boa fé apenas com referência à malícia dos comportamentos negociais. Para os juristas romanos, ao contrário, a boa fé permitia uma valoração global das situações que demonstravam as finalidades e as expectativas submetidas ao "momento negocial".

Mas isso também pode ser hipotetizado para a experiência moderna?

A experiência romana se baseou em um princípio que nunca deixou de existir: o papel infungível da jurisprudência, como força viva, intérprete das *rationes*, na qual o direito devia inspirar-se. Por isso, ela sempre pode estar presente ao cotidiano, quer dizer, na experiência, em sua explicação concreta, real, ou melhor, na própria vida.

Daí deriva uma vigência que se projeta além de seu período histórico e, me parece pode afirmar, que continua atuante ainda nos nossos dias.

Infelizmente, os nossos sistemas nacionais são frutos de atormentados acontecimentos e desconfianças. Eles derivam da teoria da separação dos poderes que, apesar do grande conhecimento de MONTESQUIEU sobre a limitação das leis e a necessidade de apoiá-las em princípios não provenientes do alto, terminou por limitar as fontes do direito, reduzindo-lhes naquelas formalmente declaradas como tal, nos ordenamentos jurídicos estatais. Os nacionalismos, mesmo com os méritos que suas múltiplas vertentes, tiveram para a valorização das particularidades de cada povo, produziram sistemas fechados.

No âmbito desses sistemas, o papel da jurisprudência é, de fato, limitado. Talvez por culpa dos juristas, identificados, muitas vezes, com o poder e com a reação. Basta a leitura das observações de um intelectual perspicaz como, por exemplo, TOCQUEVILLE, para se entender como e porque a produção normativa da história contemporânea tende a prescindir dos juristas, cujo papel se reduzia ao de simples explicadores e não, o de criadores da ilusão codificadora.

Hoje, que os sistemas codicistas reconhecem sua própria crise e que as fronteiras nacionais se tornam cada vez mais,

não só insuficientes, mas, muitas vezes, inexistentes, faz-se necessário um novo papel dos intérpretes do direito.

Mas, como garantir-se de abusos e de aberrações?

A minha experiência me leva a acreditar que a ancoragem em princípios fundamentais, como aqueles aqui vistos, extraídos da jurisprudência romana, possa construir o ponto de referência de que a experiência moderna precisa.

Mesmo porque eles estão na raiz de experiências não só diversas, mas específicas.