



FGV DIREITO SP

**SISTEMA JURÍDICO
ROMANÍSTICO E
SUBSISTEMA JURÍDICO
LATINO-AMERICANO**

PESQUISA

acadêmica
LIVRE

Sandro Schipani
Danilo B. dos Santos G. de Araujo
ORGANIZADORES

LIVRE *para*

pensar

ler

copiar

partilhar

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio das mais diversas abordagens. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) e está aberta a novos parceiros interessados em dar acesso livre a seus conteúdos.

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros de seu Conselho Editorial.

Conselho Editorial

Flavia Portella Püschel (*FGV DIREITO SP*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)



FGV DIREITO SP

PESQUISA

**SISTEMA JURÍDICO
ROMANÍSTICO E
SUBSISTEMA JURÍDICO
LATINO-AMERICANO**

acadêmica
LIVRE

Sandro Schipani
Danilo B. dos Santos G. de Araujo
ORGANIZADORES

2015

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, sites, apresentações, blogues, redes sociais etc, desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

Editora

Catarina Helena Cortada Barbieri

Assistente editorial

Bruno Bortoli Brigatto

Preparação de originais e revisão de provas

Camilla Bazzoni de Medeiros

Capa, projeto gráfico e editoração

Ultravioleta Design

Imagem da capa

Barnuti Daniel Ioan/Shutterstock

Conceito da coleção

José Rodrigo Rodriguez

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano / organizadores: Sandro Schipani, Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo. – São Paulo : FGV Direito SP, 2015.
554 p.

ISBN 978-85-64678-19-4

1. Direito romano. 2. Direito - História. 3. Direito comparado. 4. Direito - América-Latina. I. Schipani, Sandro. II. Araujo, Danilo Borges dos Santos Gomes de. III. Título.

CDU 34(37)

PUBLICADO EM: 8 jan. 2015

ATUALIZADO EM: 10 jan. 2015

FGV DIREITO SP

Coordenadoria de Publicações

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: ***publicacoes.direitosp@fgv.br***

SISTEMA JURÍDICO ROMANÍSTICO E SUBSISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO

sumário

BREVE PREFÁCIO	7
<i>Sandro Schipani</i>	
1. AS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA JURÍDICO ROMANÍSTICO	15
<i>Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo</i>	
2. O NASCIMENTO DO MODELO DE CÓDIGO	47
<i>Sandro Schipani</i>	
3. "RELER" OS CÓDIGOS DE JUSTINIANO	79
<i>Sandro Schipani</i>	
4. PRINCIPIA IURIS POTISSIMA PARS PRINCIPIUM EST: PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (NOTAS SOBRE A FORMAÇÃO DE UM CONCEITO)	117
<i>Sandro Schipani</i>	
5. CÓDIGOS E REENVIO AOS "PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO". O CÓDIGO CIVIL ESPANHOL COMO PONTE ENTRE SISTEMA LATINO-AMERICANO E CÓDIGOS EUROPEUS	159
<i>Sandro Schipani</i>	
6. ENTRE A EUROPA E A AMÉRICA LATINA: PRINCÍPIOS JURÍDICOS, TRADIÇÃO ROMANÍSTICA E "HUMANITAS" DO DIREITO	223
<i>Luigi Labruna</i>	
7. SUIZ LEGIBUS UTI: FAZER USO DAS PRÓPRIAS LEIS	249
<i>Sandro Schipani</i>	

8. SISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO E CÓDIGOS CIVIS	267
<i>Sandro Schipani</i>	
9. RELER OS <i>DIGESTA</i> DE JUSTINIANO: CONTRIBUIÇÕES PARA UM CÓDIGO LATINO-AMERICANO DAS OBRIGAÇÕES	337
<i>Sandro Schipani</i>	
10. A “BOA-FÉ” COMO PRINCÍPIO DO DIREITO DOS CONTRATOS: DIREITO ROMANO E AMÉRICA LATINA	359
<i>Riccardo Cardilli</i>	
11. MÚTUO REAL E MÚTUO CONSENSUAL NO SISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO	455
<i>Antonio Saccoccio</i>	
12. RELER OS DIGESTOS: CONTRIBUIÇÕES ROMANÍSTICAS AO SISTEMA DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL	505
<i>Sandro Schipani</i>	
13. <i>IUS ROMANUM COMMUNE</i> E IGUALDADE ENTRE OS POVOS NAS PERSPECTIVAS DOS BRICS	529
<i>Sandro Schipani</i>	
SOBRE OS AUTORES	552
SOBRE OS TRADUTORES	553

BREVE PREFÁCIO

Sandro Schipani

¹ | O povo romano antigo, mesmo consciente da comunhão de direito com os outros povos (*multa iura communia*, segundo as palavras de Cícero, *de Off.* 3,29,108), havia realizado um momento “fundante” da própria identidade com o estabelecer das próprias famosas Leis das XII Tábuas, que não cancelavam os muitos direitos comuns, mas que davam vida ao direito da comunidade dos cidadãos em um dinâmico esforço de *aequare libertatem* (Pompônio em D. 1,2,2,4 diz precisamente: *civitas fundaretur legibus* / a comunidade cidadina foi fundada com as leis; e Lívio 3,31,7 salienta, como essência daquelas leis, a tensão à igualdade que é essência do próprio direito, como acentuam seja Cícero, *de Orat.* 1,42,188, seja Celso tomado por Ulpiano e depois por D. 1,1,1pr.).

Do mesmo modo, os povos da América Latina independente não eliminaram a raiz no sistema do direito romano e no seu universalismo constantemente *in fieri*, nem a própria pertinência a ele (ainda me ressoa a afirmação de Darci Ribeiro: “Somos hoje um povo só, a Nova Roma. Unido pela língua, pela cultura e pela destinação... Somos nós que representaremos a tradição romana no concerto dos próximos séculos e milênios”, na carta para a ASSLA, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 3/1997, p. 337 s.); esses – os povos da América Latina independente – tornaram próprio o sistema do direito de Roma, remodelando-o e – enfatizo – crescendo-o de modo próprio e continuado, e continuaram a fazê-lo com função fundante da sua própria identidade como povo.

O reconhecimento do sistema jurídico latino-americano no quadro do sistema jurídico romanístico é, de fato, um resultado da ciência jurídica latino-americana dos últimos decênios do século XIX e início do século XX, a partir da obra de Clóvis Beviláqua, daquela de A. Saraiva da Cunha Lobo, de Martínez Paz, para chegar naquela de C. Fernández Sessarego, F. Hinestrosa, J. C. Moreira Alves e outros, e que assim interpreta o resultado do processo de elaboração dos “códigos da transfusão do direito romano e da Independência”. Isso é explicitamente formulado pela primeira vez (a primeira edição do *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre*

o Direito Privado de Beviláqua é de 1893) pouco depois da individualização do próprio nome América Latina, nome usado pela primeira vez por patriotas latino-americanos (Francisco Bilbao; José Maria Torres Caidedo na década de 1860) no quadro de projetos de estruturas político-jurídicas articuladas e unitárias, derivação da ideia bolivariana de “república de repúblicas”, para a defesa de uma madura identidade independente do continente; nome, outrossim, usado nos mesmos anos em Roma pelo sacerdote chileno José Ignacio Eyzaguirre Portales na criação do Pio Colégio Latino-americano destinado à formação do clero do continente. O reconhecimento do “sistema jurídico latino-americano” está, portanto, unido aos episódios da afirmação da identidade independente do povo latino-americano, das suas constituições e dos seus códigos, conforme a definição de povo dada por Cícero e fundada, justamente, sobre o direito (Cic. *de Rep.* 1,39).

Na configuração do diálogo com os juristas latino-americanos, houve, e ainda há, por parte de muitos juristas europeus, várias vezes, porém, uma assimetria, porque muitos colegas europeus omitem a consideração da mencionada dimensão unitária do direito comum latino-americano que, ao invés, é vital na América Latina; eles permanecem como prisioneiros dentro da concha constituída pelos ordenamentos de diversos estados e do atual estatal-legalismo que eles mesmos se criaram, e que tendem a exportar. Outras vezes, por parte dos juristas de *common law*, há uma contraposição metodológica hostil ao sistema jurídico latino-americano e às suas vastas coerências que constituem momentos de coesão interna e de resistência perante o acentuado individualismo de que é portador tal outro complexo de experiência jurídica. Não poucas vezes, essas perspectivas cientificamente distorcidas são exportadas e tomadas para si também por juristas latino-americanos menos atentos à riqueza incluída na sua própria tradição científica.

Reler as fontes antigas, atinar ao *principium* (Gaio in D. 1,2,1) ou ter pelo menos presente o seu papel informante para o sistema constitui uma passagem fundamental para poder se colocar na perspectiva certa. É, de fato, a pluralidade de leis, que vem desde a época mais antiga, composta em unidade pelo trabalho dos juristas (Pompônio in D. 1,2,2,3: *leges sine*

ordine latas in unum componere); é a pluralidade de fontes autônomas: lei, costume, edito do pretor, pareceres dos juristas (D. 1,2,2,12) que estão unidas graças ao trabalho dos juristas (D. 1,2,2,13: *constare potest ius si sit aliquis iuris peritus*); é a pluralidade constituída pelo *ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale* (Ulpiano in D. 1,1,1,2), que é reconduzida a unidade no “sistema” (Const. Dédoken 7) do “direito romano comum”; são essas pluralidades que permanecem tais e são outrossim recompostas em unidade, que despontam com essa dúplici perspectiva pelos textos jurídicos romanos da época da formação do sistema, que tornam capazes de aderir à realidade sem preconceitos; de superar os fechamentos que acima indiquei; e de evitar a assimetria e de recuperar a sutileza e a resistência das coerências do sistema nos seus diversos níveis e na sua abertura universalista.

São essas pluralidades “compostas em unidade”, “organizadas em sistema” que, graças ao diálogo com os juristas latino-americanos, reconheci como base do direito comum da América Latina no seu ser “sistema jurídico latino-americano”. Isso, com todo o valor não só descritivo, classificatória desta locução, mas também com o “valor produtivo de direito” que desponta de uma “interpretação sistemática em sentido pleno”, isto é, de uma interpretação sistemática não tanto de um ordenamento estatal, mas construtiva do sistema, que inclui as leis próprias e o direito comum de todos os povos do continente; uma interpretação que, como tal, é, com relação às eventuais diversidades legislativas, naturalmente harmonizadora.

Esta configuração não nega o valor dos estudos que levam em consideração as especificidades de cada um dos ordenamentos, e o diálogo jurídico particular entre os ordenamentos desta ou daquela república, mas quer trazer para a luz uma dimensão ulterior, aquela do direito comum que o estatal-legalismo, sobretudo na Europa, mas com o risco de uma danosa exportação, eliminou, isolando o direito de cada estado do direito dos outros, fazendo perder a consciência da existente unidade.

Esta configuração não só não nega o seu valor, mas valoriza tal diálogo por meio da superação da impermeabilidade entre um ordenamento e outro, em nome da permanente unidade do sistema, ainda que na articulação das diversas propostas, e o torna mais produtivo. Esta configuração vale

para pôr cada particular diálogo no contexto mais vasto das coerências de todo o sistema, que, por um lado, colocam-no na sua mais plena e correta dimensão, e, por outro lado, tornam possível uma comparação não com fim em si mesma, mas tendente, antes, a buscar a portar a solução “melhor e mais capaz de produzir igualdade”, segundo o programa de trabalho perseguido por juristas romanos da época assim chamada clássica, aqueles da época de Justiniano, e aqueles nas Universidades de Bolonha, de Salamanca, de Coimbra, de São Marcos de Lima ou do México, de San Marcos de Lima, de México, de Recife-Olinda e de São Paulo, cultivando a *ars boni et aequi*.

Desenvolvendo com os colegas latino-americanos esta visão de interpretação do sistema, a atenção é chamada pela referência aos “princípios gerais do direito”, permanentemente indagados com um trabalho científico que se projeta a partir da modernidade até a época de fundação do sistema, “nucleando-os” criticamente pelos complexos de experiência jurídica que se foram crescendo.

O tempo e o dinamismo da permanente pesquisa ínsita no dever ser jurídico, “constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito” (J. 1,1pr.), estão incluídos no sistema que se acresce. Nos Digestos de Justiniano e dos seus juristas, depois de haver tratado no Livro I da justiça e do direito, das suas partes e fontes, no título segundo se evoca a importância do “princípio” como “origem” do direito romano e/ou dos diversos institutos. A origem e o processo histórico se colocam como tradição-experiência em função dos homens (no plural) dentro do sistema e alimentam os seus desenvolvimentos em uma contínua releitura e atualização, que inclui, como já evoquei, “acréscimos”.

Apraz-me recordar que, em conexão com a minha reflexão sobre a nucleação dos princípios, e preferivelmente daqueles do sistema latino-americano que inspiram o direito de cada uma das repúblicas do continente, o diálogo com os juristas latino-americanos levou a amadurecer um resultado científico conjunto: refiro-me à elaboração de uma mais explícita formulação da referência aos “princípios do direito latino-americano” contida em uma proposta relativa ao art. VIII do Título preliminar do CC do Peru, feita em ocasião dos dez anos do mesmo código.

2 | O CC/03 é o mais recente código do sistema; ele está inserido no sistema jurídico latino-americano, no interior do sistema jurídico romanístico e dos seus códigos. Ele, como fonte legislativa, entrou em vigor com referência à República Federal do Brasil; ele, porém, como obra de ciência jurídica, está plenamente inserido no sistema no seu todo segundo o valor de fonte que a ciência jurídica tem no próprio sistema, seja alimentando o momento jurisprudencial do direito, isto é, aquele da ciência jurídica perante as leis; seja o direito jurisprudencial, da ciência diretamente, produzido em ausência de leis sobre a base dos princípios do sistema; seja o ulterior momento jurisprudencial geral que, como sublinha Pomponio, “une firmemente o direito” produzido através das diversas fontes, “com o seu melhorá-lo quotidianamente” (D. 1,2,2,13), com a sua interpretação sistemática em sentido pleno, em consonância com o art. 4º da Constituição do Brasil.

Nessa linha, pode-se mencionar e seria de se aprofundar o exame da inserção do CC/03 no debate sobre a resistência dos princípios comuns, sobre a nucleação dos seus desenvolvimentos, sobre a harmonização/unificação do direito na América Latina. Por exemplo, seria interessante avaliar o aporte ao sistema dado pela estabilidade que este Código expressou em matéria de tutela da pessoa humana no seu primeiro existir (arts. 1º e 2º), ou o aporte das contribuições à codificação dos direitos da personalidade (arts. 11-21), ou da relação com o *Estatuto do Índio*. Ou, sempre só como exemplo, seria importante indagar sobre o aporte em matéria de direito das obrigações nas discussões postas novamente em movimento com a constituição do *Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano. Roma e América*, Rosário (Argentina), 2008, e chegado a um primeiríssimo esboço, em uso nos trabalhos do próprio Grupo (R. Morales Hervias-G. Priori Posada (ed.), *De las obligaciones en general. Coloquio de jusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo*, Lima, 2012).

O CC/03, com o seu consolidar-se nesse decênio no trabalho da doutrina que o “uniu firmemente em conjunto” com uma Constituição assaz extensa, com as articulações do *suis legibus uti* e com o quadro unificante dos princípios gerais do sistema e, em particular modo daqueles que inspiram

o sistema jurídico latino-americano, tinha, como os códigos pouco anteriores da Bolívia, do Paraguai, do Peru, recolhido e superado o desafio da assim chamada “decodificação”. Sem estender o discurso, pode-se aqui, de fato, sublinhar o papel do Código do Brasil neste confronto sobre o codificar, papel de reafirmação do caráter que têm os códigos no conformar o sistema, no ver em si confluir duas fontes de produção do direito, a lei e a ciência jurídica, não aplanadas pelo estatal-legalismo, verdadeira fonte da crise dos códigos na Europa.

O CC/03 orienta, outrossim, o sistema no universalismo que o caracteriza. Há alguns anos está se consolidando, como sabido, uma convergência entre alguns estados: República Federativa do Brasil, Federação Russa, República da Índia, República Popular Chinesa, aos quais se juntou, em 2011, a África do Sul, conhecida como BRICS. Não se pode não sublinhar que quatro países do BRICS pertencem, em formas próprias, ao sistema jurídico do direito romano e que nesse contexto o CC/03 constitui um ponto de referência que traz consigo o inteiro subsistema latino-americano, forte da sua tendência harmonizadora e unificadora, e que o põe no centro de um diálogo aberto para a construção de um renovado *ius gentium* que, como dito, interpreta o universalismo ínsito a ele e ao inteiro sistema do direito romano, em função dos “homens”, de todos os homens, a começar, provavelmente, pelas temáticas relativas às trocas comerciais internacionais a se fundarem sobre a *bona fides*, o *consensus*, a *diligentia*, a proibição de juros usurários, a causalidade nos contratos, a proibição de abuso do direito, e a “função social” dos próprios contratos (art. 421) que os insere na dinâmica do *aequare libertatem* que orienta o sistema.

3 | Esta reunião de escritos é fruto de uma proposta do professor Danilo de Araujo que me entusiasmou e para a qual dei o meu pleno consentimento e uma mínima contribuição para o trabalho de realização. Desejo sublinhar o seu mérito e a sua generosidade. Desejo também sublinhar a generosidade dos tradutores e a sua competência, e agradecê-los. Faço uma última precisão, com particular referência aos escritos de que sou autor, para dizer que esses são o fruto de um diálogo com as fontes, antigas e modernas,

e com os colegas latino-americanos; certo, os erros e as incompreensões são meus, mas considero grande a contribuição que me chegou a partir do diálogo com eles, e tomo a ocasião para agradecer a todos.

Sandro Schipani
Roma, 23 de dezembro de 2013.

1.

AS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA JURÍDICO ROMANÍSTICO

Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo

Em mãos, tem-se um livro que se pretende, antes de qualquer coisa, uma divulgação, para disposição e conhecimento de um público mais amplo de leitores brasileiros, da ideia do assim chamado “sistema jurídico romanístico”, que já há algumas décadas vem sendo laboriosa e incansavelmente desenvolvida e promovida sobretudo por Sandro Schipani, por Pierangelo Catalano e por seus discípulos.

Essa concepção não deixa de ser uma particular e original aplicação daquela corrente que sempre vicejou no seio dos estudos jus-romanísticos, no sentido de se reconhecer no direito romano uma dimensão e uma perspectiva que extrapola os apertados termos históricos em que se desenrolou a antiga civilização romana,¹ propugnando-se por um direito romano que seja sempre considerado matéria atual.

Da ideia de sistema jurídico romanístico despontam importantes repercussões para a América Latina, área geográfica, cultural e política para a qual Schipani e Catalano sempre voltaram as suas atenções. Com efeito, reconhece-se, no âmbito do sistema jurídico romanístico, um verdadeiro subsistema jurídico latino-americano, que seria próprio de um modo latino-americano de se fazer o direito² (caracterizado por uma comunicação direta com os princípios do direito romano comum, sempre evocados como fonte de interpretação do direito e de integração do ordenamento jurídico, e de características marcadamente universalistas, ao contrário do espírito nacionalista que permearia o subsistema jurídico europeu, e destacando-se uma tradição jurídica que exalta o papel da doutrina, reafirmando-se o papel histórico da *interpretatio prudentium*).

Por ocasião dos meus estudos do “dottorato di ricerca” que frequentei na Università degli studi di Roma II “Tor Vergata”, tive a feliz oportunidade de travar íntimo contato com a perspectiva teórico-doutrinária do “sistema jurídico romanístico”. Também pude notar que essa ideia tem

sido aproveitada mais por aqueles que têm a sorte de estar próximos das respectivas cátedras universitárias, faltando, ainda, uma maior e mais merecida divulgação no próprio território brasileiro.

Foi assim que, com a inestimável e muito honrosa coordenação do Professor Sandro Schipani, foram selecionados 12 textos até então esparsos, de cinco distintos e renomados autores italianos: Labruna, Cardilli e Saccoccio, além do próprio Schipani. Colocados numa ordenada sequência lógica entre si, esses textos conseguem dar uma plena compreensão a respeito do sistema jurídico romanístico, partindo dos seus fundamentos e do seu significado, passando pelos seus desdobramentos, até as suas aplicações práticas.

Assim, os textos “O nascimento do modelo de Código” e “‘Reler’ os Códigos de Justiniano”, ambos de Schipani, oferecem elementos fundamentais para bem se caracterizar o *ius Romanum*, apresentando como se desenvolveu, ainda no período romano, a ideia de código, até a codificação justinianeia, aí se consolidando como um dos elementos mais eloquentes e centrais para a compreensão e o desenvolvimento do sistema jurídico romanístico, permitindo uma trajetória de projeção universal, que nos chega até os dias atuais, sempre carregando consigo as marcas próprias do sistema.

Sucessivamente, os textos “*Principia iuris potissima pars principium est: Princípios gerais do direito (notas sobre a formação de um conceito)*” e “Códigos e reenvio aos ‘princípios gerais de direito’. O Código Civil espanhol como ponte entre sistema latino-americano e Códigos europeus”, sempre de Schipani, demonstram a importância fundamental, para o sistema, do conceito técnico de princípios gerais, tanto como momento constitutivo original do sistema quanto como elemento atemporal cuja remissão, sobretudo nos códigos, expressa o reconhecimento da identidade e da continuidade do sistema. Nesse sentido, o texto “Entre a Europa e a América Latina: princípios jurídicos, tradição romanística e ‘*humanitas*’ do direito”, de Labruna, aponta a vinculação entre os princípios do direito e a tradição jurídica, a englobar todo o sistema, intimamente relacionando, sobre bases romanísticas, justamente, os direitos da Europa continental e os direitos da América Latina.

Em seguida, por meio dos textos “Sistema jurídico latino-americano e códigos civis” e “Reler os *Digesta* de Justiniano: contribuições para um código latino-americano das obrigações”, ambos de Schipani, caracteriza-se com mais precisão o subsistema jurídico latino-americano, sobretudo a partir da análise dos códigos civis dos seus países, chamados de códigos da transfusão do direito romano, pois não se negam à abertura do sistema (ao contrário dos seus congêneres europeus), permitindo um diálogo direto com os princípios gerais do direito, contribuindo-se para a identidade e especificidade do próprio sistema. Além disso, vai se maturando, sempre fundada nas características próprias do subsistema jurídico latino-americano, a ideia de um modelo de código latino-americano de obrigações.

Os textos de Cardilli, “A ‘boa-fé’ como princípio do direito dos contratos: direito romano e América Latina”, de Saccoccio, “Mútuo real e mútuo consensual no sistema jurídico latino-americano”, e de Schipani, “Reler os digestos: contribuições romanísticas ao sistema da responsabilidade extracontratual”, são particularmente relevantes nessa sequência de textos porque oferecem uma aplicação prática do sistema jurídico romanístico. Com efeito, nas suas respectivas temáticas – princípio da boa-fé contratual, mútuo e responsabilidade extracontratual – e com enorme rigor, discorrem sobre como ocorreu a reflexão sobre um determinado esquema jurídico ao longo de todo o arco de tempo em que se desenvolveu o sistema jurídico romanístico, e como esse esquema jurídico foi sucessivamente recepcionado e adaptado pelos diversos ordenamentos jurídicos vigentes no âmbito desse sistema, tratando, inclusive, da recepção do esquema jurídico em questão pelos atuais ordenamentos jurídicos latino-americanos.

Enfim, o texto “*Ius romanum commune* e igualdade entre os povos nas perspectivas dos BRICS”, de Schipani, propõe uma ousada, por assim dizer, aplicação da ideia de sistema jurídico romanístico, que poderia fornecer fundamentos jurídicos da convergência constituída pelos BRICS.

As traduções, que se podem considerar realmente ótimas e que passaram por pequeníssimos ajustes a partir de sugestões dos autores originais, foram o resultado de um esforço – gentilíssimo, acurado e desprendido de qualquer outro interesse que não o de fazer circular essas ideias em terras brasileiras – por parte de um grupo de valiosos colegas brasileiros,

aos quais se deve prestar os mais efusivos agradecimentos, que nunca serão suficientes. Note-se que todos os tradutores, de alguma forma, tiveram ou ainda têm contato com as atividades promovidas pelas cátedras acadêmicas de Schipani e de Catalano.

Dada a ocasião, também ofereço, a seguir, algumas reflexões próprias, que se fazem sobretudo com o intuito de apontar aquelas que seriam as seis características essenciais do sistema jurídico romanístico, que organizei a partir da leitura das principais referências bibliográficas em tema.

* * *

Faz-se, no § 1.1, um esforço de precisão conceitual e terminológica com relação aos termos “sistema” e “ordenamento”, não só porque esses dois termos são constantemente empregados, nos seus sentidos mais próprios, pelos sucessivos textos que lidam com a ideia de sistema jurídico romanístico, mas também e especialmente porque a exata compreensão do que deve ser entendido como “sistema” e do que deve ser entendido como “ordenamento” será ulteriormente necessária para a própria compreensão da concepção de um *ius Romanum* vivo, ainda vigente, ou seja, da própria ideia de sistema jurídico romanístico.

Antes, porém, de se adentrar na identificação dos caracteres próprios do sistema jurídico romanístico, apresenta-se, com o intuito de se ter uma ainda melhor compreensão, agora a partir dos devidos contrastes e das devidas contraposições, aquilo que o sistema jurídico romanístico definitivamente não é. Assim, no § 1.2, apresenta-se, ainda que muito restritamente, a “teoria dos sistemas jurídicos”, como algo que tem a sua própria conformação e a sua própria função teórico-doutrinária, e como algo que tem valiosa serventia sobretudo para os esforços próprios da comparação jurídica, mas desde já se alertando que não há que se entender o sistema jurídico romanístico como um mecanismo para a comparação jurídica ou como uma mera teoria de sistemas jurídicos.

É no § 1.3, então, que se faz a devida apresentação das características do “sistema jurídico romanístico”, partindo-se do conceito de *ius Romanum*, tal qual definido pelos juristas Catalano e Schipani.

1.1 | **PRELIMINARMENTE:** PRECISÃO CONCEITUAL E TERMINOLÓGICA COM RELAÇÃO AOS TERMOS “SISTEMA” E “ORDENAMENTO”

Este livro se desenvolve dentro de um contexto jus-científico em que, com muita frequência, são empregadas as expressões “ordenamento jurídico” e “sistema jurídico” sob a pressuposição de que têm significados diferentes entre si, não devendo ser tratadas como expressões sinônimas. Convém, portanto, que essas expressões sejam conceitualmente mais bem precisadas, isto é, deve-se indicar qual o exato sentido que queremos entender quando aqui se emprega cada uma delas.

1.1.1 | Os objetivos dessa precisão conceitual e terminológica

Tal distinção conceitual entre os termos “sistema” e “ordenamento” permite, precipuamente:

(i) bem compreender a definição romana de direito, em que *ius* pode significar “sistema”. Com efeito, da única definição de “direito” presente nas fontes (aquela constante em Ulp. 1 *inst.*, D. 1,1,1, pr.: *ius est ars boni et aequi*), admite-se a tradução como “sistema” (*il sistema del buono e del giusto*);³ e

(ii) esclarecer as relações entre a “validade” do sistema “ideal” do *ius Romanum* (sobre o qual se falará mais precisamente no § 1.3, *infra*) e a “efetividade” dos diversos ordenamentos jurídicos concretos por meio dos quais aquele se estende ao longo dos diversos períodos, inclusive as épocas medieval⁴ e moderna.

Em outras palavras, o uso dos termos “ordenamento” e “sistema”, em acepção conceitual precisa, é útil para compreender uma realidade histórica mais ampla daquela representada pelas hodiernas soberanias estatais, bem como para compreender concepções de direito claramente distintas dos fatos que o aplicam ou o violam.⁵

1.1.2 | O preciso sentido que se deve entender no emprego das expressões “sistema jurídico” e “ordenamento jurídico”

Deve-se dar à expressão “ordenamento jurídico” o sentido de “complexo de normas jurídicas efetivas”⁶ ou, simplesmente, “direito positivo”. A noção de “ordenamento jurídico” que ora se emprega expressa, pois, uma noção de direito em sentido objetivo, como norma jurídica, exatamente. Dada a complexidade das relações sociais, a exigir uma multiplicidade de normas de direito, o conjunto de tais normas constitui o “ordenamento jurídico”, que é, portanto, o direito de uma determinada sociedade.⁷

Por sua vez, a expressão “sistema jurídico”⁸ significará a identificação de algum critério que reúna ou agrupe aquelas diversas realidades que são os ordenamentos jurídicos em concreto.⁹

Os conceitos de “sistema jurídico” e de “ordenamento jurídico” têm, portanto, contornos bem precisos: a individualização, além dos direitos estatais e nacionais (que são os “ordenamentos jurídicos”, como complexos de normas jurídicas, ou seja, o direito positivo), dos “sistemas jurídicos” que os compreendem e os superam (sistemas que se fundam sobre realidades étnicas, ideológicas, econômicas e, obviamente, sobre a comunhão de caracteres jurídico-formais e doutrinários), distinção essa que será especialmente clara nos contextos culturais e linguísticos em que o termo “sistema” conserva a possibilidade de utilizações claramente diversas daquelas dos termos derivados da raiz *ordo*.¹⁰

1.2 | **A COMPARAÇÃO JURÍDICA E A “TEORIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS”**

Para a boa caracterização do “sistema jurídico romanístico”, o discurso pode antes passar pela apresentação de uma ideia que, na verdade, lhe é contrastante: a “teoria dos sistemas jurídicos”, que tem a qualidade de ser um instrumento auxiliar da comparação jurídica.

De fato, a ciência jurídica comparatista, com o intuito de melhor afrontar problemas que lhe são próprios, desenvolveu um raciocínio de identificação de sistemas jurídicos e de ulterior classificação e agrupamento dos ordenamentos jurídicos dentro daqueles sistemas jurídicos,

raciocínio esse cujo paradigma pode ser o esquema formulado pelo comparatista David.

1.2.1 | A “teoria dos sistemas jurídicos”: classificação de ordenamentos jurídicos e dedução de sistemas jurídicos
 Não obstante a comparação entre diversos ordenamentos jurídicos ter sido praticada desde a antiguidade, foi só a partir dos últimos anos do século XIX que se iniciou uma reflexão sistemática e uma tentativa de individualizar um específico campo de estudos e de ação prática própria da disciplina que vem denominada como “direito comparado”.¹¹

É certo que, no mundo, observam-se diferentes experiências jurídicas, ou, em outras palavras, no mundo existem ordenamentos jurídicos diversificados. Pode-se dizer, então, que a tarefa do jus-comparatista será, em primeiro lugar, reconhecer essa multiplicidade de ordenamentos jurídicos e, em seguida, buscar inventariar os dados mais estáveis e mais profundos dos ordenamentos jurídicos objetos de comparação.

Note-se que os elementos mais permanentes de um ordenamento jurídico não são aqueles mais evidentes do ponto de vista político ou do direito, nem aqueles ligados aos problemas *de iure condendo*.¹² Os elementos mais estáveis são, isto sim, aqueles que podem desaparecer somente após um longo período, porque envolvem a mentalidade e os procedimentos lógicos do intérprete. São geralmente regras não escritas, criptotípicas, inclusive presentes no espírito do intérprete de modo inconsciente; são dados sobre os quais nem sempre pode valer a autoridade do legislador, chamados até mesmo de elementos *paragiuridici*,

in quanto ruotano attorno al mondo del “giuridico” inteso, questo, come mondo di norme (quelle di un dato “diritto positivo”); e ne spiegano il funzionamento o il non funzionamento; ma molte volte ne spiegano anche certe norme, e danno del “sistema” una visione più completa, dalla quale non si può, nel concreto, astrarre. In certo senso il (un dato) sistema giuridico non può esser concepito come “sistema” se non comprendedovi quegli elementi del “paragiuridico”; ne nasce un concetto di sistema “giuridico”

*diverso da quello di “ordinamento giuridico” nel senso di complesso di norme giuridiche.*¹³

Esses dados mais estáveis e duradouros têm a ver com e se referem ao peso recíproco do ensino teórico e da praxe e ao valor de fato do precedente jurisprudencial; à tendência a raciocinar com base em regras jurídicas detalhadas ou latas; aos modos escolhidos para a transmissão do saber jurídico e para a formação jurídica; ao estilo das leis; e à qualidade (ensaística ou divulgadora) da produção jurídica literária.

Ou seja, antes de uma descrição do ordenamento jurídico mediante a indicação e caracterização das fontes escritas (tipo de constituição, modelo de código civil etc.), cabe ao jus-comparatista fazer uma descrição que indique os elementos permanentes do ordenamento jurídico, que muito se ligam com a história do direito do ordenamento considerado. De posse desses elementos permanentes de um ordenamento jurídico, o comparatista redige uma espécie de retrato dos conotados próprios e caracterizadores do ordenamento jurídico tomado em consideração.

Ora, tratando-se os ordenamentos jurídicos de fenômenos comparáveis, tende-se a agrupá-los segundo as suas semelhanças. Com efeito, em um determinado ordenamento jurídico, existem alguns dados mais estáveis; em outro ordenamento jurídico, os dados mais estáveis se assemelham aos daquele outro. A semelhança ou homogeneidade dos dados mais estáveis de vários ordenamentos jurídicos conduz à identificação de um sistema jurídico que os reúne.¹⁴

Delineia-se, assim, um campo de estudos que se pode identificar com a denominação de “teoria dos sistemas jurídicos”¹⁵ que nada mais seria senão uma formulação científica que pretende auxiliar na solução de diversos problemas próprios da disciplina jus-comparatista, por meio da ideia de que existem vários ordenamentos jurídicos distintos que podem ser classificados segundo um determinado critério, agrupando-os em sistemas jurídicos devidamente caracterizados.¹⁶

Conclui-se, então, que a tarefa de classificação dos sistemas jurídicos e de agrupamento dos diversos ordenamentos jurídicos naqueles sistemas jurídicos sempre será instrumental, e não um fim em si mesmo.¹⁷

Ulteriormente, percebe-se que a “teoria dos sistemas jurídicos” é fortemente marcada por um notável esforço dedutivo. Com isso, pretende-se referir à constatação de que, em primeiro lugar, a “teoria dos sistemas jurídicos” quer identificar e caracterizar ordenamentos jurídicos; então, só em seguida, vai deduzir um sistema jurídico que os reúna.¹⁸

1.2.2 | O esquema davidiano como paradigma da “teoria dos sistemas jurídicos”. Crítica a esse paradigma

A esquematização realizada na década de 1960 pelo comparatista francês David¹⁹ pode ser considerada o paradigmático momento de consolidação desse movimento de formulação de uma “teoria dos sistemas jurídicos”.

No âmbito do esquema davidiano, identifica-se, justamente, uma “família romano-germânica” (também chamada de *civil law*)²⁰ que teria florescido a partir dos séculos XII e XIII, em um determinado contexto cultural da Europa continental. Trata-se do período do “renascimento jurídico”, em que houve a “redescoberta”, inicialmente nas universidades da península itálica, da compilação justinianeia do direito romano, este concebido como direito comum em vigência, a ser integrado e subsidiado pelas diversas fontes de direito local.²¹ Projetou-se, nesse período, a formulação de um *ius unum*, isto é, a unificação, com base no direito romano, da ordem jurídica canônica, dos direitos imperiais e dos diversos direitos locais.

Note-se que a família romano-germânica aparece, hoje, como um sistema codificado, mas se deve salientar que o seu conotado essencial não é a codificação – própria de alguns, mas não de todos os ramos dos ordenamentos jurídicos desse sistema –, mas sim o fato de que os juristas da área se formaram em universidades, em que o direito ensinado era um extrato do direito justinianeu e do direito canônico.²²

O exemplo de David rapidamente se espalhou, fixando-se, entre os estudiosos, a ideia da necessidade de apresentar os ordenamentos jurídicos por meio do seu agrupamento em famílias²³:

L’esempio di R. David ha fatto rapidamente macchia d’olio. Tutti gli studiosi hanno convenuto sulla necessità di presentare i sistemi

*raggrupandogli per famiglie, e a molti è parso che le famiglie potessero circoscriversi in conformità dei criterii proposti dal famoso comparatista francese. La configurazione delle varie discipline comparatistiche insegnate nella Faculté internationale de droit comparé di Strasburgo e nelle facoltà giuridiche di tutto il mondo, la suddivisione dei varii “gruppi” all’interno dell’Académie internationale de droit comparé possono considerarsi come testimonianze a favore del modello davidiano.*²⁴

Um influxo dos critérios davidianos de classificação é visível em muitos autores,²⁵ mas a repartição de David também não deixou de receber diversas críticas. Boa parte dessas críticas é de caráter meramente setorial, sem atingir o sentido geral do esquema davidiano.²⁶ Não obstante, outras críticas mais consistentes à classificação davidiana acusaram ora:

(i) o seu caráter extremamente centrado na Europa e na América (pois David, apesar de não negar atenção aos ordenamentos extraeuropeus, confinou-os em um capítulo residual da sua obra, intitulado *autres conceptions de l’ordre social et du droit*);²⁷

(ii) a sua insistência na grande dicotomia entre sistema romano-germânico e sistema de *common law*;²⁸ e

(iii) a sua exclusiva atenção ao direito privado.²⁹

De qualquer maneira, no que se refere aos esforços de classificação dos sistemas jurídicos e de agrupamentos dos ordenamentos jurídicos naqueles sistemas, cumpre opinar que, na verdade, não se pode pretender muito de uma classificação. Isso porque o esforço de classificação, embora não deixe de ser realmente necessário se se quiser agrupar os diversos ordenamentos jurídicos em sistemas jurídicos, sempre dependerá do critério adotado (que podem ser muitos), da variabilidade no interior de cada ordenamento e da recepção de elementos externos nos setores diversos de um ordenamento etc.³⁰ De modo que nenhum ordenamento jurídico

será plenamente fiel a um sistema jurídico, e nenhum ordenamento se combinará estritamente com um só sistema. Ou seja, fala-se de um sistema jurídico, mas uma posterior reconstrução específica dos seus ordenamentos jurídicos sempre será inevitável quando se estiver tratando da “teoria dos sistemas jurídicos”.

Quanto ao afortunado esquema davidiano, verifica-se, contudo, que esse esquema exclui a experiência jurídica que vicejou em Roma (e que é genericamente conhecida como “direito romano”) do arco de tempo em que se formou a “família romano-germânica”. De fato, na “família romano-germânica” de David estão incluídos apenas os ordenamentos jurídicos considerados “continuadores” do direito de Roma, surgidos em áreas culturais latinas e germânicas (além de outras áreas culturais bem diversas daquela original³¹), sendo que essa exclusão é expressa no texto de David:

*Le famille romano-germanique a derrière elle une longue histoire. Elle se relie au droit de la Rome ancienne, mais une évolution plus que millénaire a éloigné de façon considérable non seulement les règles de fond et de procédure, mais la conception même que l'on entretient du droit de ce qui était admis au temps d'Auguste ou de Justinien. Les droits de la famille romano-germanique sont les continuateurs du droit romain, dont ils ont parfait l'évolution; ils n'en sont en aucune façon la copie, d'autant plus que beaucoup de leurs éléments proviennent de sources autres que le droit romain.*³²

1.2.3 | “Teoria dos sistemas jurídicos” (como instrumento auxiliar da comparação jurídica) vs. “sistema jurídico romanístico”

Desponta, então, fundada no conceito de *ius Romanum*, a ideia de um “sistema jurídico romanístico”, o qual, este sim, inclui a experiência do direito romano no seu arco de tempo. E não somente como mera experiência jurídica vigente em um certo território, em um determinado período, mas, sim, como verdadeiro momento fundador e determinante das

subsequentes experiências jurídicas (*rectius*, ordenamentos jurídicos) que surgiram e se desenvolveram dentro desse sistema.

Entre a formulação de um esquema de classificação dos sistemas jurídicos (uma “teoria dos sistemas jurídicos”, como é o esquema davidiano) e a formulação do conceito de “sistema jurídico romanístico” há uma evidente diferença de raciocínio. De fato, enquanto:

(i) o esquema davidiano (como paradigmático representante do esforço de sistematização dos sistemas jurídicos empreendido pela ciência jurídica comparatista) é um esquema dedutivo de classificação, que individualiza ordenamentos jurídicos, entre os quais se observam elementos estáveis que se assemelham, a partir dos quais, finalmente, se chega à identificação de um sistema jurídico que os reúne (como se aqueles fossem casos particulares e específicos e, este, uma regra geral deduzida);

(ii) a ideia de um “sistema jurídico romanístico”, por sua vez, identifica, como se verá, um sistema jurídico potencialmente universal, a partir do qual derivam, sucessivamente, os ordenamentos jurídicos, sendo evidente que a preocupação com esquemas de classificação é quase irrelevante.

Alerta-se, nesse ponto, que a formulação de um conceito de “sistema jurídico romanístico” não surgiu como contraponto ou como crítica ao modelo davidiano. Se fosse crítica ao esquema davidiano, ou se tivesse a intenção de corrigir outras formulações de classificação de sistemas jurídicos, seria tão somente uma crítica setorial no âmbito da “teoria dos sistemas jurídicos”. O “sistema jurídico romanístico” se trata, na verdade, de formulação científica autônoma, fundada em premissas próprias e que, conforme se verá em seguida, criteriosamente admite, a fim de satisfazer determinados propósitos, a experiência romana no mesmo sistema jurídico a que pertencem os ordenamentos jurídicos que dela derivaram; ou, melhor, afirma que o arco de tempo que convencionalmente é coberto pelo direito romano é justamente o período de formação desse sistema jurídico.

Resulta, portanto, que na perspectiva da ciência jurídica comparatista a “teoria dos sistemas jurídicos” nada mais é do que um instrumento que auxilia na comparação entre ordenamentos jurídicos, ou mesmo entre sistemas jurídicos diversos. E isso sem deixar de reconhecer que a comparação jurídica é, certamente, uma tarefa que tem sua devida função e importância.

Por sua vez, a partir da identificação do conceito de *ius Romanum*, despontam valores principiológicos e conceituais que deverão orientar a formulação das soluções jurídicas e de esquemas jurídicos no interior dos ulteriores ordenamentos jurídicos.

1.3 | **AS CARACTERÍSTICAS DO “SISTEMA JURÍDICO ROMANÍSTICO”**

Sumariamente mencionada no item anterior, a ideia – fundada no conceito de *ius Romanum* – de um “sistema jurídico romanístico”, do qual já se apresentaram as diferenças fundamentais com relação à “teoria dos sistemas jurídicos”, cabe, agora, discorrer sobre as características desse conceito e as diferentes fases de sua evolução no tempo. Verificar-se-á, ao final, que o *ius Romanum*, fundamento do “sistema jurídico romanístico”, permanece em plena “vigência” (para além da efetividade da aplicação dos ordenamentos jurídicos estatais), não obstante os ataques e a repulsão que eventualmente tenha sofrido por conta do advento dos estados nacionais modernos.

As características do conceito de “sistema jurídico romanístico” são desenvolvidas, sobretudo, por P. Catalano³³ e por S. Schipani. Segundo a formulação de Catalano, o “sistema jurídico romanístico” identificar-se-ia com o conceito de *ius Romanum*, o qual teria ganhado um preciso delineamento na codificação justinianeia (embora já estivesse radicado na fundação da *urbs* Roma).³⁴

Por oportuno, transcreve-se passagem de Schipani por meio da qual se resume como se desenvolveu, até a codificação justinianeia, o conteúdo (significado) que se inclui na expressão *ius Romanum*:

Di fronte al plurale “iura”, usato dai giuristi dell’età repubblicana e del Principato, il singolare ci appare in Livio, a proposito dell XII

Tavole, “fons omnis publici privatique iuris”, che vengono qualificate come “corpus omnis Romani iuris”, e costituiscono un “corpus” legislativo ordinato dal popolo, ed includente il principio che al popolo stesso compete porre diritto. Anticipata in testi storici e filosofici di sintesi, a partire da Diocleziano l’espressione “ius Romanum” viene utilizzata in testi giuridici per elaborare e fissare concettualmente la continuità e unità nella innovazione. Giustiniano ulteriormente, nel momento in cui codifica tale “ius Romanum”, tutto includendolo, dal “principium”, verso “omne aevum”, lo identifica con il “ius commune” per tutti gli uomini. Quel “ius”, scaturito dalle XII Tavole, grazie alle quali, dopo l’ “initium civitatis nostrae”, questa “fundaretur legibus”; o scaturito dalle “quingenta decisiones”, o dalle “novelle constitutiones” che saranno necessarie; quel “ius quod in sacris, in sacerdotibus, magistratibus consistit”, o che “ad singulorum utilitatem spectat”; “ius civile, gentium, naturale”; “ius honorarium” o prodotto dal Principe attraverso la procedura “extra ordinem”; “ius, hominum causa constitutum”, ed a cui l’assenso della divinità presta un valore che lo proietta anche verso le “eterai politeiai” per le quali la Chiesa ha un proprio ruolo; tale “ius”, nella designazione “ius Romanum” trova l’espressione sintetica, puntuale, operativa, che fissa il perfezionamento della costruzione dell’unità del sistema di Giustiniano. Operativa anche per unificare il “processus” (termine utilizzato da Pomponio ed incluso in D. 1,2,2 pr.) di tale “ius” dopo Giustiniano.³⁵

No conceito de *ius Romanum*, então, podem ser individualizados os seguintes caracteres:

- (1) Expressa uma concepção universalista do direito³⁶ (exposta particularmente nas constituições imperiais *Deo auctore* e *Tanta*³⁷) em todos os aspectos: pessoal,³⁸ espacial (geopolítico) e temporal (histórico).
- (2) Não considera característica essencial dos *iura* a sua “efetividade”, quer dizer, o direito é distinto do fato da sua aplicação (ainda que

estritamente ligados, os *iura* são distintos das *arma*).³⁹ Ou, em outras palavras, a validade do “sistema” não está condicionada à “efetividade” das normas jurídicas (a validade do *ius* como *ars* – “sistema”⁴⁰ – “do bom e do justo” não deriva da força efetiva do Estado).⁴¹

(3) É fundamentalmente completo: compreende o *ius naturale*, o *ius gentium* e o *ius civile* e é projetado *in omne aevum*.⁴²

(4) Por meio do fragmento de texto gaiano contido em D. 1,2,1,⁴³ reforça uma visão da história que dá máxima importância ao *principium*.⁴⁴ Evoca-se, nesse sentido, a famosa expressão *potissima pars principium est*,⁴⁵ presente naquele texto gaiano, expondo-se uma concepção de dar maior importância às origens (o *principium*) como fundamental ponto de partida para a *interpretatio* de uma norma vigente em um ordenamento jurídico,⁴⁶ valendo, a respeito desse texto, reproduzir as contundentes palavras de Lantella: “Il testo è di grande importanza in quanto è proprio esso che, così come appare, porta in giro da secoli il suo messaggio e continuerà a portarlo anche in futuro”.⁴⁷

(5) Não conhece (ao menos originalmente) o “isolamento” do direito em relação à moral e à religião.⁴⁸ Afirma-se, nesse sentido, que *ius, fas* e *mos* estão profundamente compenetrados, no sentido de que o conceito de *ius Romanum* não separa o direito “sacro” (ou “divino”) do direito “profano” (ou “laico”).⁴⁹

(6) Não distingue “direito objetivo” de “direito subjetivo”, pois, de fato, a noção romana de *ius* não é aquela que deriva da distinção (contraposição) contemporânea entre “direito em sentido objetivo” e “direito em sentido subjetivo”. De fato, o binômio “direito objetivo”-“direito subjetivo” foi incorporado ao vocabulário romanístico sem que tenha sido formulado pelos romanos.⁵⁰

Contudo, a compreensão da concepção de *ius Romanum*, tal qual caracterizada pelos seis elementos acima enumerados, teria chegado aos

nossos tempos maculada por determinados recalques conceituais modernos (ligados, sobretudo, ao individualismo, ao nacional-estatismo, ao positivismo e ao realismo jurídico dos últimos dois séculos) e por enganos linguísticos vulgares.⁵¹

Não obstante, as características do conceito de *ius Romanum* (ou “sistema jurídico romanístico”) deixam entrever que se trata de um sistema que se pretende (virtual e potencialmente) válido para todos os povos, em todos os tempos e em todos os lugares.⁵² Assim, a amplitude do *ius Romanum* (ou seja, “sistema jurídico romanístico”) só se compreende quando se evita representá-lo como ordenamento jurídico efetivo estatal.⁵³

Tal concepção de *ius Romanum* não exclui, obviamente, que se identifiquem, ao longo da experiência jurídica que vicejou em Roma, ordenamentos jurídicos efetivos, circunscritos a um determinado período no tempo. O que importa é que, dado aquele conjunto de seis características, o *ius Romanum* ainda estaria atualmente em “vigência”,⁵⁴ mormente no que se refere à ideia do “sistema jurídico romanístico”, a congregar, no tempo e no espaço, diversos ordenamentos jurídicos efetivos.

A propósito, já o jurista inglês J. Bryce afirmava que o direito romano é um sistema “full of vitality to-day – in force over immense areas that were unknown to those who laid the foundations”.⁵⁵

Contudo, em um determinado momento histórico, houve, é verdade, um grande movimento de “repulsão” do *ius Romanum*, promovido pelos reinos e pelos estados nacionais modernos.⁵⁶ Isso porque os estados-nação europeus (nas nações latino-americanas o processo ocorreu de forma diversa) desenvolveram, ao longo do período de sua consolidação, um especial particularismo jurídico. Reafirmaram e sustentaram, mas ao mesmo tempo fecharam sobre o próprio território, os princípios de unidade jurídica, igualdade, liberdade e propriedade, formando-se tantos “direitos pátrios” quanto os estados-nação soberanos existentes, com a tendência a se apropriar de maneira exclusiva das pessoas-homens para transformá-los em “sujeitos” juridicamente existentes somente graças ao “seu” “direito próprio”, isto é, a um direito que pretende ter o monopólio sobre uma determinada população, em um território isolado.

Esse “estatal-legalismo”⁵⁷ evoca como “bandeira” justamente os códigos civis (embora, alerta-se, os códigos – *rectius*, o movimento de codificação – não tenham surgido por conta dessa tendência “estatal-legalista”, mas sim por outros motivos), usados como definitivo instrumento de “estati-zação” e de “nacionalização” do direito romano e de separação desse do seu “espaço-tempo” e de cessação da unidade-continuidade do sistema, pretendendo-se que os novos corpos de leis substituíssem materialmente os antigos, declarando-se morto o direito romano comum, do que derivaria uma nova obediência diante do Estado e da sua efetividade.

Não é que esses ordenamentos modernos contraponham-se ao direito romano. Os ordenamentos jurídicos dos países europeus utilizam o material oferecido pelo *ius Romanum*, mas o deformando.⁵⁸

Não obstante essa situação, a constatação, ao final, é a de que, mesmo depois das modernas codificações estatal-nacionais europeias, o conceito de *ius Romanum* se universalizou, paulatinamente se destacando da “efetividade” exigida para o direito positivo estatal.⁵⁹ Dada essa caracterização, o direito romano despontaria, hoje, como “matéria de caráter histórico”,⁶⁰ e não como mera “matéria histórica”, afirmando-se, ademais, que a opinião segundo a qual o estudo do direito romano sob um escopo puramente histórico constringiria esse mesmo valor histórico-cultural atribuído ao direito romano.

O “sistema jurídico romanístico” é, portanto, apto a desempenhar uma função sistemático-histórica de unificação dos diversos ordenamentos jurídicos, a ele filiados, que se estendem nos aspectos pessoal, espacial e temporal. Com efeito, projetado *in omne aevum*, a incluir o *principium*, o *processus* e o futuro, o “sistema jurídico romanístico” realiza a sua “unidade”/“continuidade” em situações e modos diversos, que podem ser distintamente identificados e considerados.⁶¹

Apenas para fazer sobressair o aspecto evolutivo e o desenvolvimento do “sistema jurídico romanístico”, desponta a possibilidade de se individualizar diferentes fases, ou momentos⁶²:

- (i) Pode ser individualizada uma fase inicial, ou “fase constitutiva”, que alcança o seu cume com a grande compilação justinianeia no século VI.⁶³

(ii) Em seguida, identifica-se uma “fase das grandes revoluções”, que começa com as grandes descobertas geográficas e, superada a formação social feudal, culmina nas codificações (códigos e constituições) que derivaram da Revolução Francesa e das revoluções da independência da América Latina.⁶⁴

NOTAS

1 Cf. a interessantíssima narrativa disposta em S. SCHIPANI, *Le scuole di diritto romano nella cultura contemporanea a Roma*, in VV.AA., “*Iuris vincula*”. *Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli, 2001, p. 327-383.

2 A respeito do assim chamado “sistema jurídico latino-americano”, que pode ser reconhecido no âmbito do sistema jurídico romanístico, a exposição que consta em PIERANGELO CATALANO, *Sistema jurídico latino-americano*, in RUBENS LIMONGI FRANÇA (idealização, planejamento e coordenação de), *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, 1977, v. 69, p. 253-261.

3 Esta é exatamente a tradução oferecida por S. RICCOBONO, *La definizione del “ius” al tempo di Adriano*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, 53-54 (12-13 da nuova serie), Milano, 1948, p. 5. A respeito desse entendimento da definição de Celso, v., ademais, S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, 2ª ed., Milano, 1949, p. 107-137, e também G. VON BESELER, *Kapitel der antiken Rechtsgeschichte. Zweite Reihe*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, 53-54 (12-13 da nuova serie), Milano, 1948, p. 97-98. Trata-se de questão sobre a qual certamente existe grande debate doutrinário e opiniões contrárias nunca pacificadas, valendo conferir, nesse sentido, a bibliografia indicada em J. IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª ed. (revisada com a colaboração de J. IGLESIAS-REDONDO), Barcelona, 1993, p. 85, nt. 2. De um lado, propugna-se que direito é “sistema”; por outro lado, afirma-se que direito é simplesmente “técnica”, havendo ainda aqueles que, como G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen, 1920, p. 322 ss.; F. PRINGSHEIM, “*Bonum et aequum*”, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 52, Wien-Köln-Weimar, 1932, p. 95; e F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953 (corrected reprint with new addenda), p. 136, consideram a frase de Celso incompreensível ou mesmo vazia de sentido.

4 Para a visualização de como o “direito romano comum” se estendeu pelos diversos ordenamentos jurídicos vigentes durante a Idade Média, v. G. ASTUTI, *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell’età del rinascimento giuridico*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti* (a cura di G. DIURNI), I, Napoli, 1984, p. 237-262.

5 P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 97.

6 Menciona-se ainda que o tema “ordenamento jurídico” é um problema sobre o qual também se debruça a filosofia do direito, que desenvolve outra ordem de considerações, diversas das nossas, a respeito do “ordenamento jurídico”.

Basta indicar, nesse sentido, as obras de S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze, 1946; H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (tradução do alemão para o inglês de A. WEDBERG), New York, 1961, especialmente p. 110-162; e N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960. Para uma visualização geral dos problemas em tema de “ordenamento jurídico”, bem como uma ampla indicação bibliográfica, v. os seguintes textos: W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in A. AZARA & E. EULA (diretto da), *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, p. 1-3; A. G. CONTE, *Ordinamento giuridico*, in A. AZARA & E. EULA (diretto da), *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, p. 45-54; V. FROSINI, *Ordinamento I. Ordinamento giuridico; a) Filosofia del diritto*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 639-654; M. BRUTTI, *Ordinamento I. Ordinamento giuridico: b) Profili storici*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 654-678; e F. MODUGNO, *Ordinamento I. Ordinamento giuridico: c) Dottrine generali*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 678-736.

7 Para a contextualização do problema do “ordenamento jurídico” no direito romano, v. os seguintes textos: M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Tübingen, 1939; F. WIEACKER, *Vom römischen Staat als Rechtsordnung*, Freiburg, 1949; A. GUARINO, *Il concetto dell'ordinamento giuridico alla luce dell'esperienza romana*, in *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, 142-143, 1952, p. 3-33; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1967, p. 1-85; R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e storia del diritto*, in ID., *“Diritto”. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 395-421; e R. ORESTANO, *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica*, in ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 343-384.

8 Não se deve olvidar que o termo “sistema” é claramente equívoco e, nesse aspecto, uma análise da evolução etimológica do termo grego *systema* (cf. T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Conceito de sistema no direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*, São Paulo, 1976, p. 8-12, com importantes citações bibliográficas que evidenciam essa evolução) permite uma compreensão dessa equivocidade de significações. Aqui, a expressão “sistema jurídico” é empregada com a significação mais próxima do conceito original (e imediatamente posterior) do termo “sistema”, quando se aludia à ideia, mais extensa, de uma totalidade construída, composta de várias partes, ou seja, de um conglomerado, de uma justaposição classificatória, ou de um esquema ordenado. O uso moderno do termo “sistema” também tem uma significação mais restritiva, de *nexus* que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução, despontando o “pensamento

sistemático” como uma espécie característica de construção mental. É com essa significação moderna do termo “sistema” (de que não nos ocuparemos) que, na filosofia do direito, a questão do “sistema jurídico” é a da unidade sistemática do direito, ou seja, “el conjunto armónico de las normas y de los principios, reducido a una cierta unidad” (cf. J.L. DE LOS MOZOS, *Norma, principio y sistema en la integración del Ordenamiento Jurídico*, in VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, 1976, p. 341-343).

9 Note-se que o significado que aqui se emprega da expressão “sistema jurídico” é diverso daquele que o conceito de “sistema jurídico” assumiu ao longo de discussões próprias da teoria do direito. Para a história do conceito de “sistema jurídico” na teoria do direito, v. as informações dispostas em T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Conceito de sistema no direito* cit., especialmente p. 13-69; e N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, cap. I, § 2, em que se podem especialmente conferir as inovações da escola histórica, em que se emprega a expressão “sistema jurídico” com o significado de subsistema da realidade social. Ainda sobre o uso do termo “sistema” pela escola histórica alemã, v., também, N. NOGUEIRA SALDANHA, *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*, 2ª ed. (revista e aumentada), Porto Alegre, 1978, p. 103-106; e A. POLACEK, *Systeme und Strukturen. Beiträge zur Methodik der Geisteswissenschaften*, Kiel, 1976, *passim*.

10 Cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 98-99; v., também, M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, 1971, p. 39 ss.; e H. EICHLER, *Codificación de derecho civil y teoría de los sistemas de derecho*, in *Revista da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), 68, 1973, 2, p. 229-256.

11 Cf. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Milano, 1998, p. 145. No presente texto, não cabe, obviamente, uma análise dos problemas próprios da disciplina jurídica comparatista (conceito, objeto, funções e escopo, método e história do direito comparado). Então, para uma introdução ao direito comparado e aos seus problemas gerais, remete-se, entre outros, aos seguintes textos mais recentes (bem como à ampla bibliografia de direito comparado neles indicada), ora listados em ordem meramente cronológica: L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, 3 vv., Paris, 1972-1983 (I, *Introduction au droit comparé*, Paris, 1972; II, *La méthode comparative*, Paris, 1974; e III, *La science des droits comparés*, Paris, 1983); R. RODIÉRE, *Introduction au droit comparé*, Paris, 1979; R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8ª ed. (par C. JAUFFRET-SPINOSI), Paris, 1982, especialmente p. 3-19; K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I. Grundlagen*, 2ª ed., Tübingen, 1984,

especialmente p. 1-71; G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma, 1989; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, especialmente p. 1-183; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati cit.*, especialmente p. 145-178; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato I. Grandi sistemi giuridici*, 2ª ed., Torino, 2001, especialmente p. 1-48; G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001, especialmente p. 1-31; A. GAMBARO & R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, 2002, especialmente p. 1-23; e M. RAINER, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 2004, especialmente p. 1-65.

12 Cf. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8ª ed. (par C. JAUFFRET-SPINOSI), Paris, 1982, p. 15-18; e A. GAMBARO & R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, 2002, p. 12-14.

13 G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI, Roma, 1989, p. 4.

14 Lembra-se, ainda (cf. G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001, p. 16; e A. GAMBARO & R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, 2002, p. 14-15), que uma disciplina própria, a *sistemologia*, surgiu justamente com a preocupação de recolher os dados úteis para os fins de caracterização de um ordenamento jurídico e de definir os critérios com os quais os sistemas jurídicos serão classificados.

15 Cf. K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I. Grundlagen*, 2ª ed., Tübingen, 1984, p. 72.

16 De fato, veja-se a seguinte consideração: “Die in der Theorie der Rechtsvergleichung entwickelte Lehre von den Rechtskreisen will im Grunde mehrere Fragen beantworten” (K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I. Grundlagen*, 2ª ed., Tübingen, 1984, p. 72), que se reforça com essa outra: “La comparazione giuridica per poter maneggiare l’imponente massa dei dati di cui è chiamata ad occuparsi, ha dovuto necessariamente dedicare importanti sforzi a classificare gli ordinamenti in famiglie” (U. MATTEI & P. G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, p. 51).

17 Mas há quem afirme que a classificação dos ordenamentos jurídicos seja a própria razão de ser da comparação jurídica (cf. R. B. SCHLESINGER, H. W. BAADE, P. E. HERZOG & E.M. WISE, *Comparative law: cases, texts, materials*, 5ª ed. (1994 Supplement), New York, 1994, p. 68): “In a sense, classification is the ultimate purpose of any kind of comparative

scholarship: comparison implies a statement about the relationship between peculiar objects of study, their resemblances and their differences”.

18 De fato, evidencia-se que os comparatistas que se valem da ferramenta da classificação dos sistemas jurídicos o fazem coletando os dados dos seus ordenamentos mais representativos.

19 Cf. a primeira edição de R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1964. A classificação geral aí proposta é um aperfeiçoamento daquela anteriormente apresentada pelo mesmo R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction a l'étude des droits étrangers et a la méthode comparative*, Paris, 1950, p. 215-393.

20 Para as raízes e a estrutura da “família romano-germânica” do esquema davidiano, v. o próprio R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1964, p. 33-158.

21 Cf. G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Torino, 2005, p. 206.

22 Cf., nesse sentido, as considerações dispostas em A. GAMBARO & R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, 2002, p. 235-280.

23 Para um inventário das iniciativas de classificação anteriores ao esquema davidiano, v. P. ARMINJON & B. NOLDE & M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, Paris, 1950, n. 18, p. 42-47; e também L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit compare III. La science des droits comparés*, Paris, 1983, p. 93-138.

24 Cf. A. GAMBARO & R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, 2002, p. 17-18.

25 Por exemplo, v. R. RODIÉRE, *Introduction au droit comparé*, Paris, 1979, p. 28-32; e M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, 1971, p. 43 ss.

26 Cf., por exemplo, M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000; e K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I. Grundlagen*, 2ª ed., Tübingen, 1984, p. 78-86.

27 Nesse sentido, remete-se aos textos de: J. VANDERLINDEN, *A propos des familles*

de droit en droit civil comparé, in VV.AA., *Hommage à & Hulde aan & Tribute to René Dekkers*, Bruxelles, 1982, p. 363 ss.; ainda o mesmo J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Diegem, 1995, p. 307-389; F. REYNTJENS, *Note sur l'utilité d'introduire un système juridique "pluraliste" dans la macro-comparaison des droits*, in *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 41, 1991, p. 41-50; e U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in VV.AA., "Scintillae iuris". *Studi in memoria di Gino Gorla I. Gino Corla: la figura e l'opera. Le fonti, il precedente, la sentenza. La cultura del diritto*, Milano, 1994, p. 775-797.

28 A esse respeito, v. J. GORDLEY, "Common law" v. "Civil law". *Una distinzione che va scomparendo?*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3º millennio I. Storia del diritto. Diritto comparato. Diritto internazionale. Diritto uniforme. Diritto straniero*, Milano, 1994, p. 559-585.

29 Cf. G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001, p. 29.

30 V., nesse sentido, as considerações dispostas em A. GAMBARO & R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Torino, 2002, p. 19-22.

31 Como áreas que, não obstante a diversidade cultural com relação àquela em que originalmente surgiu o "sistema jurídico romano-germânico", pode-se citar os casos do Japão, da Turquia e, atualmente, da China: países que sentiram a difusão e a influência do "sistema jurídico romanístico" por causa, sobretudo, da codificação, e encontraram nesse sistema os elementos para a atualização dos seus direitos.

Particularmente, o *Code Napoléon* (1804) e o *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) ampliaram sobremaneira o horizonte linguístico do "sistema jurídico romanístico", antes extremamente vinculado à língua latina (cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 103).

32 Cf. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8ª ed. (par C. JAUFFRET-SPINOSI), Paris, 1982, p. 33.

33 O esforço desse autor nesse sentido já se faz sentir desde P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, especialmente p. 1-48. Nesse texto, o autor faz uma profunda investigação sobre o *ius fetiale*, reconstruído como *diritto sovranazionale romano*, isto é, como um sistema de *iura communia* virtualmente válido para todos os povos, fundado sobre uma base religiosa, e a partir dele se desenvolvendo uma concepção geral muito

ampla do direito romano no seu complexo. O conceito de *ius Romanum* como fundamento de um “sistema jurídico romanístico” vai ganhar contornos mais bem precisos em posteriores textos do autor: nesse sentido, v., sobretudo, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano* cit., p. 89-119.

34 Cf. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 90. Para um aprofundamento sobre o conceito de *ius Romanum* tal qual delineado pela codificação justinianeia, bem como uma investigação das suas raízes já na fundação da *urbs* e do seu ulterior desenvolvimento, v. o mesmo P. CATALANO, “*Ius Romanum*”. *Note sulla formazione del concetto*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 53-87, em que se afirma (p. 59): “Il concetto di ‘ius Romanum’ ha una funzione sistematico storica di unificazione degli ‘iura Romana’ in divenire espansivo”. V., também, S. SCHIPANI, *La codificazione giustiniana del “ius Romanum commune”*, in ID., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999 (ristampa accresciuta), p. 6-15, em que se descreve a paulatina estrada percorrida pelas fontes dos *iura populi Romani* até a codificação justinianeia.

35 Cf. S. SCHIPANI, *Il diritto romano del Nuovo Mondo*, in G. VISENTINI (a cura di), *Il diritto dei nuovi mondi. Atti del Convegno promosso dall’Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza. Genova, 5-7 novembre 1992*, Padova, 1994, p. 56-57.

36 Cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 90.

37 Sobre o conteúdo dessas duas constituições imperiais de Justiniano, em especial com referência ao seu caráter de sintetizar o alcance pessoal, espacial e temporal do conceito universal de *ius Romanum*, v. P. CATALANO, “*Ius Romanum*”. *Note sulla formazione del concetto*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 85-87.

38 No aspecto pessoal (quer-se dizer, com relação ao conjunto das pessoas que estão potência e tendencialmente abrangidas pelo *ius Romanum*), o universalismo romano é notável na constituição imperial de Caracala, do ano de 212, com a qual se estende a cidadania romana a todos os habitantes do império. Também um paralelo entre o alcance pessoal universal do *ius Romanum* e o universalismo cristão não seja talvez despropositado, no sentido de que o *ius Romanum* não se formou com vistas a um “povo eleito”, quer-se dizer, o direito romano não faz, de partida, qualquer ressalva excludente a qualquer pessoa.

39 Cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 90-91.

40 Para um aprofundamento sobre os conceitos de “validade” e de “efetividade” (no que se refere, contudo, ao ângulo dos critérios dogmáticos de um dado ordenamento jurídico), v. T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução aos estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*, 5ª ed., São Paulo, 2007, p. 197-203.

41 Cf. P. CATALANO, *Religione morale diritto nella prospettiva dello “ius Romanum” (da Tertulliano ad Alfonso Maria de’ Liguori)*, in VV.AA., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne cit.*, III, p. 398).

42 Cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 91.

43 Trata-se de texto fundamental para a caracterização do conceito de *ius Romanum*, e por isso vem a seguir transcrito: Gai. *I ad leg. tab.*, D. 1,2,1: “Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est. Deinde si in foro causas dicentibus nefas ut ita dixerim videtur esse nulla praefatione facta iudici rem exponere: quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque illotis ut ita dixerim manibus protinus materiam interpretationis tractare? Namque nisi fallor istae praefationes et libentius nos ad lectionem propositae materiae producunt et cum ibi venerimus, evidentiore praestant intellectum”.

44 Cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 91.

45 V. L. LANTELLA, “*Potissima pars principium est*”, in VV.AA., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 283-338, para uma preciosa seleção da literatura em questão até então acumulada e para a discussão das diversas possíveis interpretações desse fragmento gaiano.

46 V. S. SCHIPANI, “*Principia iuris. Potissima pars principium est*”. *Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto*, in VV.AA., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, p. 631-665, em que também se faz uma profunda análise etimológica do termo latino *principium*, inclusive na obra de Cícero. Ensina ainda F. GALLO, *La storia in Gaio*, in VV.AA., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, p. 91-96, que a teoria gaiana não nega a sequência “antes-depois” no plano temporal, mas apenas pretende que seja atualizado conceitualmente o *principium*, considerado *potissima pars* dos institutos e das normas vigentes objeto de atividade interpretativa.

47 Cf. LANTELLA, “*Potissima pars principium est*”, cit., p. 288, em que se afirma a importância do texto ainda que não corresponda exatamente ao texto original de Gaio (pois existe discussão nesse sentido).

48 A respeito da original indissociação entre direito e religião, ou mesmo a respeito da particular função exercida pelas crenças religiosas, pois as tradições religiosas seriam a causa determinante do processo de evolução das instituições jurídicas, políticas e sociais, vale lembrar as sugestões presentes em N. D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique. Étude sur le cult, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 22^a ed., Paris, 1912, *passim*. Sustenta Fustel de Coulanges a tese de que as crenças sobre a morte e o culto dos extintos teriam fornecido os princípios constitutivos da família antiga e teriam garantido coesão a este instituto, bem como legitimado o caráter sacro da autoridade.

49 Cf., particularmente, P. CATALANO, *Religione morale diritto nella prospettiva dello “ius Romanum” (da Tertulliano ad Alfonso Maria de’ Liguori)*, in VV.AA., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne cit.*, III, p. 393-404, em que se afirma, para fins de sustentar tal ideia, que: (i) da definição de *ius* de Celso sucede a denominação dos juristas como *sacerdotes iustitiae* (Ulp. *I inst.*, D. 1,1,1, pr.); (ii) a jurisprudência é *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (Ulp. *I reg.*, D. 1,1,10,2); (iii) a *religio erga deum* é compreendida, como primeiro exemplo, no direito das gentes (Pomp. *ench.*, D. 1,1,2); e (iv) em Ulp. *I inst.*, D. 1,1,1,2, apresenta-se a tripartição *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. A respeito dessa mencionada tripartição, afirma, porém, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 2003 (unveränderter Nachdruck der 1934 erschienen ersten Auflage), p. 19, que tal tripartição não seria genuína. Sobre essa interpretação de Schulz, P. CATALANO, *Religione morale diritto nella prospettiva dello “ius Romanum” (da Tertulliano ad Alfonso Maria de’ Liguori)*, in VV.AA., *Nozione formazione e interpretazione del diritto*

dall'età romana alle esperienze moderne cit., III, p. 398, qualifica-a como uma projeção, na antiguidade romana, do “isolamento” do direito que se sente hodiernamente. Ainda acrescenta Catalano (p. 393) que o “isolamento” (*Isolierung*) do direito da religião e da moral teria sido um resultado da formação dos “Estados modernos” e das revoluções burguesas (a partir daquela dos Países Baixos no século XVII), que organizaram o conceito de soberania do Estado (ou soberania nacional) e o princípio do isolamento do direito. Note-se, ainda, que nesse citado texto de Catalano, em que se discorre sobre a religião, a moral e o direito no âmbito do conceito de *ius Romanum*, o autor busca ulteriormente reforçar (p. 399-403) determinadas concepções sobre o direito à vida do nascituro e sobre princípios em matéria de dívida, que pretende sejam reconhecidos nos dias atuais, como uma projeção justamente daquela indivisibilidade entre religião, moral e direito que estaria originalmente presente no conceito de *ius Romanum* de que ora se trata.

50 Para uma ampla investigação de como o binômio “direito objetivo”-“direito subjetivo” foi incorporado ao vocabulário romanístico (sem que tenha sido formulado pelos romanos!), bem como uma “limpeza conceitual” (de grande rigor filológico e dogmático) para captar qual teria sido o verdadeiro sentido empregado pelos romanos com o termo *ius*, v. P. CATALANO, *Diritti, soggetti, oggetti. un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12*, in VV.AA., “*Iuris vincula*”. *Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, p. 95-117, em que se encontra ulterior indicação bibliográfica sobre a questão. Atente-se que a noção de *ius* deve ser compreendida (cf. P. CATALANO, “*Ius Romanum*”. *Note sulla formazione del concetto*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 54, nt. 1) evidenciando-se, nos diversos usos do termo *ius* localizados nas fontes, as referências que poderiam ser diversamente definidas como “normativas” ou “potestativas”.

51 Cf. CATALANO, *Religione morale diritto nella prospettiva dello “ius Romanum” (da Tertulliano ad Alfonso Maria de’ Liguori)*, in VV.AA., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne*, cit., III, p. 398.

52 Nesse sentido, já a lição de H. DONEAU (DONELLUS), “*Commentarii de iure civili*”, Frankfurt, 1589-1590, I, XVI, VII, no sentido de que o direito romano também vige mesmo nos povos nos quais não seja vigente *pro suo*, pois não se pode negar que o *ius naturale* e o *ius gentium* a todos vinculam, e, assim, os demais povos podem ignorar somente aquilo que é próprio da *civitas Romanorum*. Sobre esse parágrafo de Doneau, em que se busca identificar o direito natural e o direito das gentes com o direito romano, v. as preciosas considerações de A. GUZMÁN BRITO, “*Ratio scripta*”, Frankfurt a.M., 1981, p. 141-147.

53 Cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 96.

54 A doutrina romanística é sede de intensa polêmica sobre a continuação da “vigência” ou não do *ius Romanum* no direito atual. Contra a concepção do *ius Romanum* ainda “vigente”, desenvolveu-se, na Europa continental, uma corrente de pensamento que distingue claramente *diritto romano dei Romani* (como realidade – histórica – determinada, que, convencionalmente, vai das “origens” de Roma até a compilação justinianeia) e *tradizione romanistica*: nesse sentido, v. B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, p. 1-10, em que se emprega a expressão – “direito romano” – elevando-a a verdadeira categoria meramente histórica. Também vão nesse sentido os seguintes textos, dos quais nitidamente emerge a imagem de que a relação do direito romano com o direito atual é somente uma relação da qual o jus-cientista se deve liberar, sobretudo depois da cessação do *usus modernus Pandectarum*, em virtude da promulgação do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão: V. ARANGIO-RUIZ, *Gli studi di storia del diritto romano*, in C. ANTONI & R. MATTIOLI (a cura di), *Cinquant’anni di vita intellettuale italiana. 1896-1946. Scritti in onore di Benedetto Croce per il suo ottantesimo anniversario*, 2ª ed., Napoli, 1966, p. 375-381, em que os estudos de direito romano são enquadrados no âmbito das disciplinas históricas, sem qualquer relação com o direito atual; o mesmo V. ARANGIO-RUIZ, *Scienza romanistica e storia dell’antichità. Spunti per una discussione*, in VV.AA., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, p. 3 ss.; e também L. LABRUNA, *La “romanistica”*, in VV.AA., *Introduzione allo studio della cultura classica 2. Linguistica e filologia*, Milano, 1973, p. 147 ss. Para uma análise dessa concepção que dissocia o direito romano de qualquer relação com o direito atual, v. as considerações (de caráter também metodológico) em R. ORESTANO, *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*, in ID., *Scritti II. Saggistica*, sezione prima, Napoli, 1998, p. 881-989; ainda o mesmo R. ORESTANO, *Problema del diritto romano e della sua storicità*, in ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 454-511; e ainda R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in ID., *Scritti II cit*, p. 993-1.030; e F. WIEACKER, *Über “Aktualisierung” der Ausbildung im römischen Recht*, in VV.AA., *L’Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Milano, 1954, p. 513-541. Posição diametralmente contrária é oferecida desde C. FERRINI, *Lezioni di diritto romano*, Pavia, 1898, p. 5, a que se seguem C. LA PIRA, *Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana*, in VV.AA., *Atti del V Congresso nazionale di studi romani*, V, Roma, 1946, p. 22; e G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, 4ª ed., Torino, 1960, p. 12, nt. 1. Uma sumária e aguda reflexão sobre o problema vem nas preciosas informações presentes

em S. SCHIPANI, *Diritto romano e diritto attuale (appunti sulla situazione italiana)*, in *Klio. Beiträge zur alten Geschichte*, 61, 1979, p. 143-156, concluindo-se pela plena ocorrência da relação entre direito romano e direito atual.

55 Cf. J. BRYCE, *The Extension of Roman and English Law throughout the World*, in ID., *Studies in History and Jurisprudence*, I, Aalen, 1980 (reprint of the edition Oxford, 1901), p. 85. Com relação a Bryce, ainda se afirma (assim P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 93-94) que os estudos do jurista inglês teriam aberto a estrada para a comparação entre sistemas jurídicos, em particular aqueles que considerava vigentes em sua época: o sistema romano e o sistema inglês. O direito romano, nos textos do jurista inglês (v., também, J. BRYCE, *The Methods of Legal Science*, in ID., *Studies in History and Jurisprudence*, II, Aalen, 1980 (reprint of the edition Oxford, 1901), p. 172-208), é analisado fazendo referência aos seus *institutions, conceptions and rules, principles*, e mesmo a sua *extension* (termo que poderia ser traduzido como “difusão”) teria conservado a sua *underlying unit*. Para uma análise da ideologia e da concepção histórica de Bryce, v. as considerações em O. BARIÉ, *Idee e dottrine imperialistiche nell’Inghilterra vittoriana*, Bari, 1953, p. 258-262. Comente-se ainda que a perspectiva comparatista oferecida por Bryce é útil para superar o positivismo jurídico estatizante que fecha os ordenamentos jurídicos, pretendendo cortar os seus vínculos com o *ius Romanum*. Essa mesma concepção – perspectiva comparatista que supera o positivismo jurídico estatizante – também pode ser visualizada na obra de C. BEVILAQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, 2ª ed., Salvador, 1897, *passim*. Vale lembrar que também A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de direito romano. História III. Influência universal do direito romano*, Rio de Janeiro, 1931, *passim*, professa no mesmo sentido de Bryce, ou seja, de considerar ainda vivo o direito romano.

56 Cf. S. SCHIPANI, *Il “ius Romanum commune” codificato e i codici dell’età delle grandi rivoluzioni*, in ID., *La codificazione del diritto romano comune cit.*, p. 32-33. Tal ordem de considerações é avançada em ulteriores textos do mesmo autor, destacando-se S. SCHIPANI, *Codici e rinvio ai “principi generali del diritto”. Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei*, in ID., *La codificazione del diritto romano comune cit.*, p. 119-173.

57 Toma-se emprestada a expressão *statale-legalismo*, cunhada por SCHIPANI, *Il “ius Romanum commune” codificato cit.*, *passim*.

58 V. SCHIPANI, *Il “ius Romanum commune” codificato* cit., p. 36-43, para a caracterização dos códigos europeus.

59 Cf. P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 91-92.

60 Cf. E. PÓLAY, *L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti*, in VV.AA., *Studi sassaresi I. Università*, Milano, 1969, p. 589-590. No mesmo sentido, v. A. DÍAZ BIALET, *La “crisis del derecho e la crisis del derecho romano”*, in VV.AA., *Studi giuridici in memoria di Fillippo Vassalli*, I, Torino, 1960, p. 547-555.

61 Cf. S. SCHIPANI, *A proposito di Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, in *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici*, 14, 1986, p. 1.

62 Cf. P. CATALANO & P. SINISCALCO, *Aspetti storico-religiosi e giuridici dell'idea di Roma: tradizione e rivoluzioni*, in VV.AA., *Roma Costantinopoli Mosca. Atti del I Seminario internazionale di studi storici “Da Roma alla Terza Roma”, 21-23 aprile 1981*, Napoli 1983, p. 559 ss.

63 A respeito dessa fase, v., especialmente, G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti romani nelle moderne codificazioni*, in *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici*, 14, 1986, p. 19-32; e também F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici*, 14, 1986, p. 33-46.

64 Para a caracterização da chamada *età delle grandi rivoluzioni*, remete-se a S. SCHIPANI, *Il “ius Romanum commune” codificato e i codici dell'età delle grandi rivoluzioni*, in ID., *La codificazione del diritto romano comune* cit., p. 31-80.

2.

O NASCIMENTO DO MODELO DE CÓDIGO*

Sandro Schipani

Tradução de Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes

2.1 | **PREMISSA**

Paris é um lugar no qual um encontro de estudo sobre os códigos e o direito romano tem um particular significado. O *Code Napoléon* nos guia. Assim como nos guia o trabalho dos autores de obras de Instituições que, no rastro de Gaio e de Justiniano, mas abraçando também a *coutume* (penso, por exemplo, em Loisel, Bourjon¹), o precederam e prepararam; ou assim como nos guia o trabalho de Pothier, que, nas suas *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*,² elaborou aquele famoso Título 17 do livro D. 50, *De diversis regulis iuris antiqui*, no qual verteu uma quantidade de regras muito maior do que aquela ali reunida pelos juristas de Justiniano, ordenando-as segundo a ordem das instituições e escrevendo aquilo que não hesito em considerar como o verdadeiro primeiro projeto do *Code*; ou assim como nos guia aquela unificação do direito para o povo francês,³ e que, além daquela, o acompanha na vasta adoção na Europa;⁴ ou assim como nos guia a reforma dos estudos jurídicos sucessiva ao *Code*, quando entrou em vigor (Lei 22 do ventoso do ano XII), à qual estão em parte ligadas obras de comentários ao próprio *Code*, que tecem uma série de referências às fontes romanas⁵ e traduzem em páginas de papel impresso aquela perene ligação do código com o sistema que o acompanha na sua gestação, passando pelo seu nascimento e primeiros decênios de vida até o momento no qual o legalismo estatal não tentará mais lhe enfraquecer em nome do estado nacional, mas sem conseguir, tanto que o *Code* continua o seu caminho,⁶ concorrendo, com os outros códigos, à contínua concretização histórica do universalismo do sistema do direito romano, do qual é elevada expressão.⁷

2.2 | **AS TESES QUE SUSTENTO**

Para facilitar a compreensão desta minha exposição, necessariamente breve, sintetizo as teses que sustento.

(1) Os Códigos justinianeus são o ponto de convergência de uma série de fundamentais formas de elaboração do direito que amadureceram no curso dos séculos, da fundação de Roma a Justiniano, e não constituem a expressão de uma virada radical produzida por uma concepção chamada de bizantina; isto é, eles, ainda que com contornos de novidade, não constituem algo de desconhecido, de “outro” com relação ao período chamado clássico, mas se colocam na linha da *civitas augescens*, do acréscimo (linha com a qual está em consonância aquele “tradicionalismo do jurista”, sublinhado por G. Grosso, que não é conservação, mas se vale da experiência racionalmente valorada e pode traduzir-se, outrossim, em “revolução”⁸), e isso faz necessário dedicar algumas observações àqueles que podemos considerar os “antecedentes” dos códigos, seguindo um esquema expositivo desenvolvido por Pugliese.⁹

(2) São esses Códigos o fruto do confluir de duas fontes de produção do direito do sistema e de dois princípios ordinatórios que estão na base delas: o poder do povo de impor leis e a perícia e ciência dos juristas que sustentam a autoridade da sua atividade constitutiva do direito; eles projetam essas duas fontes ao futuro do sistema.

(3) Os Códigos de Justiniano e dos seus juristas incorporam e projetam ao futuro, *in omne aevum*, o sistema jurídico do direito romano com os seus princípios fundamentais, a começar pela centralidade destes no sistema e pela abertura universalista do próprio sistema a todos os homens; arraigados em tais princípios, estão, ademais, abertos aos acréscimos que pedir a história sempre nova (esses, então, são indicados como “vecteur de transmission du droit romain”, do qual são eles mesmos elemento constitutivo, fator da sua resistência e identidade).¹⁰

2.3 | OS “ANTECEDENTES” DOS CÓDIGOS DE JUSTINIANO

Desde as origens de Roma, *Iuppiter* está no vértice do ordenamento cívico como “existência interétnica”, guardião do sistema jurídico-religioso, do qual já eram “virtualmente” parte também os outros povos, com os quais Cícero diria que havia *multa iura communia*.¹¹ Para o direito romano, a

familia é aberta a integrar como filhos também pessoas não nascidas nela, mas adotadas/ad-rogadas; o pai de família pode dar liberdade e cidadania a qualquer estrangeiro que tenha se tornado seu escravo; o estrangeiro é integrado, outrossim, por meio do *asylum* etc.

2.3.1 | As Leis das XII Tábuas

Em Roma, a *civitas augescens*, isto é, o conjunto de cidadãos organizado ao qual se acresce; esse *populus*, “multidão reunida (*congregata*) e transformada em sociedade pelo consenso acerca do direito e da comunhão daquilo que é útil”,¹² poucos decênios depois da instauração da *res publica*, elabora e decreta voluntariamente as Leis das XII Tábuas (451-450 a.C.).

Nestas, a comunidade cívica estabelece que tudo aquilo que ela enfim tenha decretado é lei,¹³ e conjuntamente reconhece que aquelas (a) são lembradas como “a fonte de todo o direito público e privado”,¹⁴ tanto que a partir delas “a cidade foi fundada nas leis”;¹⁵ (b) são um instrumento para *aequare libertatem* no conflito entre duas ordens, patrícia e plebeia;¹⁶ (c) são um instrumento para tornar certo e conhecido por todos o direito;¹⁷ (d) para a interpretação de tais leis, contudo, “foi necessária a competência dos juristas”,¹⁸ que tem origem, portanto, paralelamente a elas e que é ligada ao objetivo de produção de certeza e de equalização da liberdade,¹⁹ mas da qual, depois, tem origem o direito civil, que vai além de tais leis.²⁰

Muitos são os problemas conexos àquilo que indiquei e que não posso mencionar nesta sede, mas quero indicar ainda um outro contorno dessas leis, que marca também a contribuição a longo prazo: é aquela da estrutura dos enunciados normativos: muito breves e, igualmente, autossuficientes; que se pode relacionar principalmente ou à forma imperativa²¹ ou à forma de juízo condicional.²²

2.3.2 | O método sistemático e constitutivo de direito dos juristas na elaboração de *fattispecie* e de uma ordem geral

A *interpretatio* se havia posto ao lado das XII Tábuas e se transformara no direito civil, que não derivava a sua vigência do estar escrito nas leis.²³ A *iuris prudentia* representa, assim, uma outra fonte central para a formação

do sistema e dos códigos: ela se apoia nas XII Tábuas tecendo sobre elas um trabalho²⁴ que, porém, com desenvolvimentos posteriores, depois as engloba, com as outras leis, em um produto próprio, tanto que foi, do mesmo modo que aquelas, qualificado como “fundamento” do direito civil.²⁵ Essa “fundação” do direito civil se aperfeiçoa com a adoção de um método científico, “por gêneros e espécies”, “constitutivo” do direito assim elaborado,²⁶ que dá a força das relações harmônicas que o sustentam à quotidiana melhora do direito que toca aos juristas e sem o qual este não pode estar conjuntamente estável.²⁷

São essas as passagens fundamentais da ciência jurídica de Públio Múcio, Bruto e Manílio, e, depois, de Quinto Múcio, por sua vez seguido de Sérvio, cujos discípulos, Alfeno e Aufídio Namusa, escreveram os *Digesta*, “obras ordenadas”.²⁸

Acerca do trabalho, que assim se desenvolve, deve-se sublinhar que o núcleo principal dos enunciados é representado, antes de tudo, por enunciados com os quais se elabora, de modo preventivo, as *fattispecie* e as consequências jurídicas a elas ligadas, combinando e adequando os elementos oferecidos pelos enunciados normativos do que foi estatuído potestativamente (leis, plebiscitos, e o edito perpétuo que vinha se configurando), e produzindo, ademais, muitas novas *fattispecie* com *rationes* próprias, verificadas entre os expertos de modo casuístico, adequadas à variedade das especificidades da realidade, mas também reduzidas a conceitos, institutos e normas atentos a abrangentes relações harmônicas.

Em tais momentos do trabalho dos juristas, apoia-se a reflexão de Cícero sobre o *ius in artem redigere* conexas à definição do escopo do direito como *aequabilitatis conservatio*;²⁹ também na mesma linha se inserem, sucessivamente, as Institutas de Gaio; estas recolhem dele a mensagem relativa à importância de um momento didático, formativo, fortemente comunicativo de alguns elementos essenciais, em um contexto de ampliação rápida da participação de povos diversos no uso do direito romano. O termo *ars* vem usado também por Celso na sua famosa definição do direito como, precisamente, *ars boni et aequi*,³⁰ na qual encontramos aquele princípio de igualdade utilizado para indicar a função das XII Tábuas e também o rigor técnico de algumas fórmulas.³¹ O termo *ars*, dessa definição, indica algo feito com

arte por los juristas (F. Gallo), com certa antecipação, não tão grave, foi também traduzido por “sistema” (Salvatore Ricobono³²): sistema daquilo que é bom e équo. Antecipação não tão grave, porque o *digerere*, presente, como acima lembrado, neste caso, foi continuado e estendido. Na elaboração constitutiva do direito por obra dos juristas, que o *digerere* designa, foram selecionados e incluídos os rescritos, as cartas, as sentenças do imperador que são, por sua vez, reconhecidas como “constitutivos” de direito (por isso, tais atos, cada qual formalmente dotado de um nome próprio, adquiriram o nome comum de constituições); foram maturados os resultados das controvérsias entre juristas, que são o caminho inevitável percorrido por um direito que cresce na busca da solução mais verdadeira, por meio do confronto e da discussão científica; foi reunido em vastas exposições todo o direito que toca a cada cidadão,³³ coincidindo com o trabalho de comentário ao edito (*infra*). Por fim, o *digerere* foi interpretado pelos juristas de Justiniano como *systema*, precisamente: constituir o sistema.³⁴

Ao lado desses tipos de discurso (*ius generatim constituere, digere, instituere*, todos orientados à elaboração das *fattispecie* abstratas e dos seus efeitos no quadro de amplas relações harmônicas internas, e à construção de uma ordem geral), está presente também uma simplificadora elaboração de *regulae*.³⁵

2.3.3 | Leis amplas e previsões de *fattispecie* articuladas

Não são só os projetos de César de reunir, *ad certum modum* e em pouquíssimos livros, as leis que constituem uma outra contribuição desses séculos, mas também leis que tendem a regular amplos setores do ordenamento, também com referência ao ordenamento dos municípios e colônias. Os enunciados normativos dessas leis nos revelam uma particular postura: todo capítulo delas é autossuficiente, tende a regular completamente uma situação, mas eles são bem amplos, diversas linhas de um estilo complexo para regular em um único dispositivo normativo situações muito articuladas.³⁶ Todavia, com relação às leis desses séculos, amadurece, outrossim, a conhecidíssima regra interpretativa formulada por Celso: “Quando for citada qualquer pequena parte de uma lei, é juridicamente incorreto judicar ou responder sem tê-la examinado toda”.³⁷

Essas formulações tornaram-se ainda mais complexas nos séculos posteriores, nas Constituições imperiais que constituem as *leges generales* dos séculos IV e V, cujos enunciados normativos conservam a completude da previsão dos elementos necessários para regular a situação em consideração.

2.3.4 | O edito perpétuo: relação completa das situações tuteláveis pelos particulares, descritas por meio de normas também divididas em uma pluralidade de cláusulas

O edito perpétuo tem sido qualificado como “a ordenada relação de todos os interesses privados que, com base no *ius civile-ius gentium* e no próprio edito, podiam obter tutela jurídica durante o ano em curso”.³⁸ Com efeito, depois da *lex Cornelia* de 67 a.C., que obrigava o pretor a respeitar aquilo indicado no edito no início do seu ano de cargo, e depois da *lex Iulia* de 17 a.C., que generalizava, salvo poucas exceções, o processo formular, quase todas as controvérsias eram enfrentadas e resolvidas com base no que estava previsto no edito e ele próprio estava comprometido, na sua redação, com as tendências ordenadoras presentes na ciência jurídica.³⁹ A posterior fixação dele por obra do jurista Sálvio Juliano, apoiada pela expansão da possibilidade de interpretação analógica,⁴⁰ aproxima ainda mais o seu papel àquele de um código.

Também pelos enunciados normativos nele presentes é útil um esclarecimento. Como é sabido, o edito perpétuo não constitui uma norma dirigida ao cidadão, mas uma regra que o pretor dirige a si próprio, de autolimitação do próprio poder discricionário. O cidadão deduz a norma relativa a sua conduta, ou as consequências jurídicas dos pressupostos pelo próprio pretor individualizados.⁴¹ Esclarecido isso, os enunciados normativos que, portanto, foram elaborados com essa técnica, escritos no edito, e que constituem as diversas partes da fórmula, são relativamente sintéticos, mas, outrossim, não muitas vezes completos: as situações, de fato, podem ser enquadradas juridicamente por meio de uma composição, por vezes muito complexa, de cláusulas provenientes também de diversas partes do mesmo edito. A diferença do que por último foi indicado é notável:

há cláusulas que podem ser inseridas em mais fórmulas e há uma certa busca de economia de enunciados.⁴²

Esses enunciados, entretanto, desenvolvem um papel bastante decisivo na elaboração do direito romano, com referência às suas palavras escritas, das quais se desenvolve a interpretação; eles esculpem, também, como dito, por vezes, mediante cláusulas gerais e com atenção à economia de enunciados, a relação jurídica nos seus elementos essenciais, quase elementos primeiros da construção da *fattispecie*,⁴³ já citada a propósito do trabalho dos juristas.

2.3.5 | O Codex Theodosianus, e o surgimento do novo suporte do texto

Em função do exaurimento da vitalidade do edito perpétuo e da crise da grande jurisprudência que selecionava, orientava, fazia estar junto, melhorando quotidianamente o direito,⁴⁴ as constituições imperiais ficaram expostas ao perigo de uma inadequada gestão do que estava disposto nelas; as determinações que o imperador adota, na ausência do exame crítico por parte dos juristas, podem dar lugar a abusos. Foi, por conseguinte, elaborada a categoria das *leges generales*, que deveriam valer sozinhas.

Na Segunda Roma, foi concebido o projeto de um “código” no qual deveriam estar presentes sejam as constituições, sejam passagens dos *tractatus* e dos *responsa* dos juristas: isso “mostrará a todos aquilo que se deve seguir e aquilo que se deve evitar [... de modo que], eliminada qualquer contradição do direito, torne-se magistério de vida”.⁴⁵ O projeto não chega a ser realizado, e, redimensionado, o Codex Theodosianus depois não realiza completamente tal projeto, mas recolhe somente as constituições, abreviadas de modo a conter *solum ius*, isto é, a parte normativa que, assim reduzida, “reluza pela clareza”.⁴⁶ Essas constituições são colocadas em ordem, e, no seu conjunto, são assim indiretamente sustentadas pelos escritos dos juristas, o permanente uso dos quais foi regulado inserindo-se no código a chamada lei das citações.⁴⁷ Esta constituição confirmava o papel essencial dos escritos dos juristas não somente na formação do jurista, mas também nos tribunais, indicando critérios a serem adotados em caso de divergência entre os próprios juristas com relação a situações

específicas (tratava-se, como sabido, de critérios extrínsecos, de maioria ou de prevalência do parecer de um jurista sobre aquele de outro). O Código, ainda assim, coordena todo o direito, direta ou indiretamente. Mesmo se, evidentemente, não garantisse a material tradição do texto de tais escritos dos juristas, com todos os problemas de incerteza a ele conexos.

Já mencionei a respeito da estrutura dos enunciados normativos das constituições incluídas no Codex Theodosianus. Agora, interessa-me, pelo contrário, indicar características do suporte material do texto: o código, de fato, é, antes de mais nada, o novo suporte para a escrita de textos extensos, que prevaleceu em comparação com o rolo que era usado em época anterior. Dessa mudança editorial, desenvolvida a partir do fim do século II d.C., e que abrange as reedições de textos jurídicos nos séculos III-IV, tenho como relevante acentuar que o suporte do texto por ele difundido é: (a) mais fácil de ser transportável; (b) de maior resistência ao uso, na medida em que o enrolar-desenrolar o rolo desgasta as margens dele; (c) acima de tudo, torna mais fácil ter sob os olhos lugares diversos do texto, mesmo distantes muitas linhas, algumas páginas (os antigos tinham uma memória melhor do que a nossa, mas é igualmente relevante o fato de que a forma “código” seja aberta a uma mais fácil gestão de remissões hipertextuais que aproximam, conforme uma pluralidade de possíveis ligações, partes diversas de um texto). O termo “código” que indicava tal suporte agora não somente conserva em outros âmbitos o seu significado geral, mas, no âmbito do direito, adquire um significado específico, que conecta o conteúdo de um conjunto ordenado de enunciados normativos.

Desse novo objeto tenho a intenção agora de precisar as características básicas da obra sustentada por Justiniano, na qual, como veremos, foram recolhidos, desenvolvidos e integrados os contornos que sinteticamente evoquei acerca da experiência precedente.

2.4 | OS CÓDIGOS DE JUSTINIANO E DOS SEUS JURISTAS

Como sabemos, Justiniano promove primeiramente a execução de um Código que, como o Teodosiano, recolhe as constituições imperiais (528-529).⁴⁸ Ele lhe dá o seu nome: *Codex Iustinianus*, enquanto não pensava em inserir ao seu lado outras obras, tanto que inclui nele a chamada lei das citações,

para regular indiretamente o uso de textos dos juristas antigos que teriam permanecido não codificados. Justiniano adere, depois, provavelmente em razão de proposta de Triboniano, a uma mais articulada visão da produção do direito e ao projeto de recolher e selecionar também os escritos dos juristas antigos e preparar aquela obra que toma precisamente o nome de *Digesta* (530-533).⁴⁹ Por fim, de fazer uma obra de instituições (533).⁵⁰ E, posteriormente, de fazer uma segunda edição do *Codex* (534).⁵¹ Justiniano qualifica todas as três obras: *Codex*, *Digesta* e *Institutiones* como “os meus códigos”,⁵² sublinhando, assim, como, seja por meio de fases sucessivas e reflexões tardias, essas obras constituíam um todo unitário e, fora as diferenças, evidentes, elas tinham características comuns que, justamente, tal designação capta.

Não pertencem aos Códigos as *Novellae constitutiones*, cuja necessidade seria esperada e que foram depois reunidas e, quase um milênio depois, indicadas junto aos códigos como parte do *Corpus Iuris Civilis*.⁵³ Faço referência a ele somente para destacar imediatamente uma característica dos Códigos que o precederam, ou seja, que estes, mesmo se concebidos de modo a valer *in omne aevum*, não foram concebidos de modo a fixar de modo imodificável o direito, mas, ao contrário, este podia posteriormente se desenvolver, inovando-se.

2.4.1 | As fontes de produção do direito que convergem na produção dos códigos

Uma primeira característica dos Códigos justinianeus é aquela relativa às suas fontes de produção.

A sistematização levada a cabo pelos juristas com relação às fontes do direito romano levou à produção de listas destas, das quais aqui chamo a atenção para aquela apresentada nas Institutas justinianeias: leis, plebiscitos, senatus-consultos, constituições do príncipe, editos dos pretores, pareceres dos juristas, costume.⁵⁴ As primeiras quatro fontes foram decisões tomadas direta ou indiretamente pelo povo, produto da *potestas* dele;⁵⁵ também a última, o costume reconduz à vontade do povo e é diverso das primeiras na medida em que é direito não escrito.⁵⁶ Os editos são expressão da *iuris dictio*,⁵⁷ fundada no *imperium* que é conferido por meio de

uma manifestação da vontade do povo, que elege o magistrado. Expri- mem um polo diverso com relação a todas estas, um outro princípio orde- nador, os pareceres dos juristas, que se fundam na sua *peritia, prudentia*, da qual deriva uma *auctoritas* que lhes é publicamente reconhecida e que, durante o Principado, será também reconhecida pelo príncipe, que a amplia com a sua própria *auctoritas*.⁵⁸

Atrofiando-se o edito dos pretores, restam duas fontes: as normas esta- tuídas pelo povo, com as diversas formas derivadas, e a *peritia, pruden- tia, scientia* do direito; tudo aquilo produzido por elas constitui, ademais, duas grandes massas de textos normativos: *leges* e *iura*, ao lado das quais se apresentam os costumes.

Os Códigos fundam-se nesses dois princípios, nessas duas fontes do direito escrito: a norma estatuída pelo povo, que conferiu ao imperador sua *potestas*,⁵⁹ com base na qual Justiniano aprova com constituições a obra dos juristas; e a obra destes últimos. Preciso que individualizo a obra dos juristas não tanto com referência aos textos que foram utilizados (o *Codex* utiliza *leges*, isto é, constituições; os *Digesta* e as *Institutiones* uti- lizam *iura*, isto é, escritos dos juristas), mas com referência aos princípios que, dos códigos como tais, produzem este novo objeto; sustentam a vigência deles.

Em contraste com uma leitura que me parece fruto de concepções que se tornaram hegemônicas somente a partir do fim do século XIX, parece- -me importante sublinhar o papel dos juristas da época de Justiniano que integram as comissões que elaboram os códigos; papel que Justiniano foi levado a reconhecer.

Se, de fato, em 529, parece prevalente, em uma constituição de Justi- niano, a perspectiva segundo a qual *in praesenti* o Imperador é o único *conditor legis*,⁶⁰ embora já se faça referência nela ao reconhecimento que, da competência legislativa do Imperador, é elaborada por juristas antigos, qualificados *veteris iuris conditores* (note-se a identidade do termo: *con- dere*⁶¹), parece-me certo que, na Constituição *Tanta*,⁶² na qual se elogiam os juristas envolvidos na composição dos Digestos, pretende colocar-se em uma linha de continuidade, com o reconhecimento dado, na abertura dos próprios Digestos, aos juristas antigos *veteris iuris conditores*. O

fragmento de Pompônio⁶³ e os citados parágrafos da Constituição *Tanta* devem ser lidos conjuntamente.

Os juristas de Justiniano adquiriram, de fato, novamente a alta competência que lhes consente não somente conhecer os textos dos seus antigos predecessores, ensiná-los e apresentá-los no tribunal, onde deveriam ser observados, mas superar o critério proposto pela chamada lei das citações, de confronto mecânico e quantitativo entre as opiniões dos juristas individualizados; eles são chamados a escolher *quod aequius melius* constitui o resultado da comparação, sem ter relação com maioria ou minoria, com o fato de a conclusão ser aquela de um jurista antigo de maior ou menor autoridade; eles devem, evidentemente, atuar graças a sua competência.⁶⁴ É novamente ativa aquela discussão entre juristas, vivos ou do passado, que tinha caracterizado a grande jurisprudência que tinha acompanhado o desenvolver-se do direito até o século III d.C., que leva a se buscar *quod aequius melius*, comparação do *bonum et aequum* da definição do direito já citada (recorde-se que Pompônio tinha sublinhado que o direito não pode estar coeso solidamente se não há juristas que, diariamente, o levam adiante em busca do *melius*). Desse reatualizado papel dos juristas, do qual eles são os primeiros autores, é prova aquilo que na Const. *Tanta* se diz qualificando os juristas da comissão como *huius operis conditores*: fundadores desta obra, deste código.⁶⁵ *Condere* é termo denso de significado, a começar pela fórmula *ab Urbe condita* (da fundação de Roma).⁶⁶ Lembrei acima que Pompônio tinha usado *fundare*; *condere*, relacionado aos juristas, encontramos em Gaio,⁶⁷ e, depois, encontramos várias vezes usado nas constituições justinianeias.⁶⁸ A tecnicidade dessa expressão não pode ser colocada de lado ou reduzida. Essa perspectiva envolve o inteiro sistema dos três códigos, reunido na sua unidade.⁶⁹

*Deo autore, deo adnuente*⁷⁰: *augere* indica o “aumentar” uma obra ou coisa ou pessoa já em si em ato ou existente; com relação ao codificar, não substitui nem modifica a natureza e a responsabilidade da obra do imperador e dos juristas; enquanto a menção à divindade confirma aquele seu papel, no vértice do sistema, ao qual fiz referência inicialmente.

2.4.2 | Os objetivos da codificação

A justiça constitui o objetivo do direito indicado nas primeiras linhas dos Digestos.⁷¹ Para esse fim, torna certo o direito e, como agora indicado, melhorá-lo constitui um objetivo declarado dos códigos;⁷² formar os juristas constitui outro.⁷³ Certeza e constante melhora do direito, finalidade didática e formativa dos juristas emergem em momentos diversos dos acontecimentos históricos aos quais fiz menção; entrelaçam-se nos códigos justinianeus e determinam a sua elaboração. Assim também o *aequare libertatem*, que agora se projeta em um horizonte mais vasto: da *concordia ordinum* àquela dos povos. A grande tensão entre as diversas partes do império, entre parte ocidental “latina” e parte oriental “grega”, e a busca de consolidar a integração delas,⁷⁴ a aspiração à incorporação dos povos que migravam nos confins do Império ameaçando-os e a mediata renovação da concepção de um direito para todos os homens e todos os povos são outros três fatores que levam à codificação em idade tardo-antiga.

2.4.3 | As características internas dos Códigos

2.4.3.1 | BREVIDADE

Com relação ao muito abundante material de *iura*⁷⁵ e de *leges*, os códigos são compostos de poucos livros escritos, breves que “recolhem tudo, tendo reunido uma matéria vastíssima, tanto que resulta pobre a antiga multiplicidade ‘de textos’ e, ao contrário, muito opulenta a nossa brevidade”.⁷⁶

2.4.3.2 | PALAVRAS QUE ESCULPEM A RELAÇÃO; CONFIGURAÇÃO PRÉVIA DAS *FATTISPECIE* E DOS SEUS EFEITOS; CONCRETUDE

Essa “muito opulenta brevidade” incorpora formas expositivas diversas, linhas de raciocínio e discussões, aberturas problemáticas e normas estabelecidas potestivamente, nas diversas formas lembradas acima de leis ou do edito, com os conexos comentários articulados; sem deixar de dar uma específica importância, quase de coroamento, às definições e às regras (D. 50, 16 e 17). Conjuntamente, deve-se dizer que a forma dos enunciados normativos desses códigos, de um lado, é portadora da herança do edito e do trabalho desenvolvido sobre ele, centrado no exame das palavras nele

escritas, que esculpem os elementos essenciais da relação; de outro lado, é portadora das casuísticas construções de *fattispecie* e previsões de consequências jurídicas guiadas por extensas relações harmônicas de um sistema aberto a colher qualquer matiz do concreto e articular-se da realidade. Os Digestos, apoiados no Código, formam o jurista e orientam a leitura do todo a partir da pré-compreensão dele, que deriva disso; com eles, consolida-se a centralidade do método dos juristas, sinteticamente lembrado acima.

2.4.3.3 | UNIFICAÇÃO CONCEITUAL DE TODO O DIREITO, COERÊNCIA INTERNA DELE, PLURALIDADE DE CONJUNTOS DE NORMAS

Trata-se de códigos gerais, que, melhor dizendo, levam em consideração todo o direito público e privado (para repetir as palavras de Lívio com relação às XII Tábuas) e os apresentam em uma exposição unitária e (tendencialmente) sem contradições internas, enquanto os unificam conceitualmente com a expressão *ius Romanum commune*. Os *iura populi Romani* (*ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale*; *ius fetiale*; *ius quod in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* etc.) foram, nos passos da virada de Constantino, e com o posterior desenvolvimento, designados unitariamente ao singular *ius Romanum commune*,⁷⁷ enquanto unitário é o suporte dos códigos que os incluem. A unificação conceitual não anula, note-se bem, a pluralidade. A coerência interna, a ausência de antinomias, sempre cercada, não obstante de controvérsias, é explicitamente indicada como um pressuposto fundamental. A *consonantia* é a base e o produto da *peritia* do intérprete.⁷⁸ Encontramos o mesmo termo, fortalecido pela referência à unidade, também na Constituição de promulgação dos Digestos: *in unam consonantiam*,⁷⁹ e foi explicado que, dado o trabalho por concluído, não se encontra entre os textos nenhuma contradição e também nenhuma repetição.⁸⁰

2.4.3.4 | A EXTENSÃO TEMPORAL DO SISTEMA

“Todo o curso das leis que descende da fundação da cidade de Roma e dos tempos de Rômulo”, “todo o direito antigo, impreciso por quase 1.400 anos e por nós purificado”, inclui também as contribuições da “antiga sabedoria já à época dificilmente cognoscível mesmo aos próprios homens

mais eruditos”,⁸¹ foi “todo ordenado de modo que nada possa ser deixado da mencionada decisiva realização”⁸² que, em verdade, seleciona aquilo que caducou e caiu. E não se considera somente a *origo*, e o *processus*; não se preocupa somente de “dispor leis ótimas para a nossa época, mas também para qualquer época, tanto presente quanto futura”,⁸³ em vista do que, “porque as coisas divinas são perfeitíssimas, enquanto a condição do direito humano sempre transcorre ao infinito e não há nela nada que possa estar fixo em perpétuo”,⁸⁴ foram predispostos, como já indicado, os instrumentos de ulterior desenvolvimento, segundo uma concepção aberta a sucessivas integrações que restam fundadas no *principium potissima pars*.⁸⁵

2.4.3.5 | TENDÊNCIA À UNIFICAÇÃO DO RESPEITO JURÍDICO AOS HOMENS E CENTRALIDADE DELES MESMOS

Os códigos justinianeus põem ao centro dessa relação harmônica os homens, individualizados na sua pluralidade,⁸⁶ desenvolvendo, com a eliminação da diferença entre cidadãos e latinos e, posteriormente, daquela entre cidadãos e estrangeiros, a unificação do respeito jurídico com fundamento neles (foi observado que, sendo a condição de estrangeiro que é feito prisioneiro de guerra a fonte primária da escravidão, com esta eliminação se dá um passo à eliminação também desta última⁸⁷). Este é seguramente um dado fundamental.⁸⁸ Ele não anula de modo abstrato as diferenças entre as pessoas (por exemplo, aquelas que podem e aquelas que não podem, por motivo de idade, ou por outro motivo, tutelar sozinhas os próprios interesses), mas acompanha outras afirmações, como aquela de contrastar algumas diferenças presentes em costumes regionais, entre *masculi et feminae*.⁸⁹ Os homens concretos, na sua unidade fundamental e nas suas diferenças, constituem o parâmetro que baseia a seleção do direito comprovado, experimentado, transmitido; unificado em torno a eles e “sistemizado”. A coerência geral do direito é em função dos homens. Não é a lógica das necessidades próprias da produção e/ou apropriação e/ou circulação dos bens, ou da solução de controvérsias, ou da punição dos ilícitos, ou da cobrança dos tributos, ou da organização do

exército etc.; não é nenhum desses problemas em si, mas são os homens o polo por meio do qual todas as conexões relativas a todos esses problemas, nas suas múltiplas possíveis sistematizações presentes ou futuras, devem convergir e se constituir; são os homens a base do sistema e do modelo dos códigos justinianeus. Isso não exclui, evidentemente, nem erros nem falsidades; mas põe, ainda assim, uma *ratio* para uma contínua comprovação e para o, já lembrado, “cotidiano conduzir adiante o direito ao seu melhor”⁹⁰ (a mesma *iustitia* é indicada dinamicamente como aquilo que não é alcançado, mas que se deve perseguir de modo permanente, com “constante e perpétua vontade”⁹¹).

2.4.3.6 | OBRAS SISTEMÁTICAS E PLURALIDADE DE ORDENS EXPOSITIVAS DE CONJUNTO

Os livros citados são ordenados segundo duas linhas expositivas, aquela das Institutas e aquela do Código de Justiniano e dos Digestos.

A primeira irradia a sua carga didática e simplificadora baseada em uma organização estática que reconduz todo o direito a poucos gêneros, constituídos por objetos substanciais, com relação aos quais as causas das situações deles são colocadas em segundo plano, como se refletisse a sua eficácia limitada ao âmbito do objeto substancial ao qual se referem (como é notório: direito e fonte do direito, e, depois, *personae*, *res*, *actiones*; estes constituem os poucos gêneros nos quais se articula uma construção em que o já sublinhado primado das pessoas é traduzido na ordem da exposição,⁹² e nos quais, com referência às *res*, encontramos individualizados os elementos do patrimônio, constituindo três gêneros, isto é, coisas que podem ser tocadas e direitos reais, direito à sucessão hereditária, obrigações, por sua vez divididos em espécies segundo aquele modelo piramidal tão desenvolvido em época moderna; construção na que, depois, cada gênero é caracterizado, tendencialmente, por próprios modos de aquisição ou de transferência/constituição ou de extinção [a *traditio* de um lado para as coisas que podem ser tocadas e o *contractus*, o *delictum* e a *solutio* de outro lado para as obrigações]; assim como por próprios contrapostos instrumentos de tutela [*actiones in rem* e *actiones in personam*]⁹³).

A segunda linha expositiva, no *Codex* e nos Digestos, é inspirada naquela do edito perpétuo, muito mais dinâmica no seu articular-se, prevalentemente em torno aos atos daqueles que agem na cena do direito. Ela é muito mais completa, mas também menos fácil e comunicativa, e no seu âmbito já emergem também núcleos de possíveis separações (por exemplo, o direito penal em D. 47-48; o direito relativo ao processo em D. 2-4). A sua menor compacidade deixa aos desenvolvimentos futuros mais aberta a possibilidade de produzir outras sequências, que não perdem, contudo, o fundamento no princípio substancial do sistema já mencionado: a centralidade dos homens, de todos os homens, que nela é indicado explicitamente como guia para todo o direito.⁹⁴

2.4.4 | Códigos para todos os homens, para *una consonantia* de todos os povos

A relembração eliminação da categoria dos estrangeiros é coerente com a destinação dos códigos a todos os povos e a relembração *una consonantia* expande-lhes o *aequare libertatem*.

Os códigos de Justiniano e dos seus juristas são instrumentos concebidos para esse fim. Eles põem a coerência e a solidez do unitário direito comum nele contido, fisicamente materializado na unidade e compacidade do suporte no qual é escrito, a serviço dos homens. Esses códigos exprimem o alargamento do nexa posto entre *aequare libertatem* e *concordia ordinum* na fundação da *civitas* nas leis, e colocam a igualdade e a concórdia entre os povos em uma perspectiva na qual a divindade interétnica, no vértice do sistema, ajuda, sustenta os homens em tal obra por meio das instituições da comunidade a isso destinadas.

À *civitas*/cidadania universal, que se propõe construir, oferece-se como lugar de agregação simbólico a *una consonantia* do direito codificado; ou, em outras palavras, os códigos representam simbolicamente a igualdade da liberdade dos povos que foram reunidos (*congregati*) por eles em uma *civitas*, em uma cidadania universal; são os instrumentos para realizar aquele “consenso do direito e da comum utilidade” que transforma um “agrupamento” em um “povo”, e fundamenta a cidade nas leis. Os códigos constituem o sistema, na observância do qual vive o próprio imperador

“ainda que, de fato, (enquanto titulares da *potestas* recebida pelo povo legislador, no exercício de tal poder) sejamos livres pelas leis, todavia, vivemos segundo as leis”, conforme as palavras dos imperadores Sétimo Severo e Antonino Pio, já lembradas e feitas próprias por Justiniano nas Institutas,⁹⁵ com as quais se dirige aos *Iustiniani novi*.⁹⁶

Esse direito comum codificado não elimina a pluralidade, não somente com relação à pluralidade já mencionada *supra*, de *ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale* etc. Como sinal dessa pluralidade, que penetra profundamente nos próprios conceitos, pode-se observar que em Constantinopla, Segunda Roma, os códigos, elaborados em latim, foram relidos e traduzidos em outras línguas: pelos falantes de grego, que em Constantinopla em grego se qualificavam “romanos”, ele foi traduzido em grego (em particular, as Basílicas) tornando estrutural aos códigos a pluralidade das línguas do direito do nosso sistema; depois, foram traduzidos em eslavo antigo; depois, chegaram a Moscou, Terceira Roma. Enviados à Itália, à Ravena, séculos depois, em Bologna, na Universidade, por meio da renovada ciência jurídica, e uma renovada classe de estudiosos, de juristas constituída nas Universidades que se difundem seguindo o modelo de Bologna, foram lidos em latim. Apoiadas pelas *Siete Partidas* em espanhol, os códigos justinianeus abrem-se às línguas modernas do século XIX.⁹⁷ Traduzir implica uma transferência e, frente a um sistema como aquele dos Códigos em exame, uma transformação da própria língua que recebe; mas, sobretudo quando é paralela a um novo ordenamento que se inspira no sistema do direito romano e que o recebe na sua dimensão prescritiva e prática, adequando-o a si, implica, outrossim, uma tensão entre os dois textos, em latim e em uma língua moderna, que, de fato, propende a apoiar, quase a indicar a expansão recíproca.

2.5 | **OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS**

Os fios sutis e resistentes que, por meio de um longo *processus* ligam a *ipsius iuris origo* com a obra de Justiniano e dos seus juristas, no curso do tempo foram recolhidos e conectados por muitas mãos, e foram desenvolvidos. Se se isolarem os particulares momentos, ou contornos, podem-se perder de vista as relações harmônicas de conjunto, que foram se estabelecendo

pelo seu próprio confluir e que constituem a ossatura interna em torno da qual o corpo tomou formas diversas, que podem oportunamente ser diferenciadas com várias periodizações, adequadas a diversos tipos de experiência, mas que não devem ignorar a unidade do sistema de tais relações harmônicas. Ou seja, se contemplamos os mais antigos documentos sacerdotais, as Leis das XII Tábuas, o *ius civile* e o trabalho da *iuris prudentia*, o *ius honorarium* e o edito do pretor, o articular-se de formas da vontade do povo e o direito produzido pelo Príncipe, o recolher de constituições destes em códigos, e se, na análise qualquer desses núcleos, deixamo-nos entusiasmar pela lógica dessas diversas experiências, que, em alguns casos, se configuram como ordenamentos racionais, e que aderem à pluralidade da história, pode não ser compreendido que a sua própria harmonia e inteligibilidade plena está ligada ao todo que elas vem estruturando, à construção com a qual concorrem. A consciente conceituação unitária, como *ius Romanum commune*, a tradução dele em um conjunto unitário de códigos, maneáveis, em função dos quais se pode ter defronte de si muitos textos, de modo a *iudicare vel respondere tota lege perspecta* (D. 1,3,24) (os suportes eletrônicos atuais talvez multipliquem a possibilidade de incorporar, de relacionar, de ler), sem contradições apresenta-se como instrumento interpretativo dos *iura populi Romani*, como manifestação de uma utopia de consecução daquilo que é meta permanente, instrumento de uma *constans et perpetua voluntas*, símbolo de uma convivência universal à qual é subordinado o próprio poder.

Os códigos, como fonte na qual é incorporado o direito romano, não coincidem com nenhuma das particulares fontes a partir das quais esse direito foi produzido no seu desenvolvimento; nem só com as *leges/constitutiones*, nem só com a *iurisprudentia*. De ambas, os códigos obtêm a sua vigência, da *potestas populi* e da *prudentia iuris*, e ambas são deles responsáveis *conditores*. Eles são caracterizados pela exigência de produzir certeza, de formar juristas, de igualar os povos. Eles incluem todo o direito, conceitualmente unificado e constantemente melhorado; reduzindo-o a uma forma breve, coerente e sem contradições, que representa o sistema deles; formulando-o por meio de enunciados de estrutura diversa, a partir dos quais emerge a elaboração prévia e abstrata de *fattispecie* e suas consequências,

e, outrossim, aflui a relevância da coleção de leis; fundando-o no seu princípio e nos necessários acréscimos dele, em função da igualdade de todos os homens, dos quais tende a unificar a consideração jurídica.

Os códigos de Justiniano e dos seus juristas fundam um desenvolvimento do sistema que, na lei e na obra dos juristas, tem as suas fontes principais, e essas facetas dos próprios códigos estão presentes na codificação moderna, para a qual são modelos. As facetas que procurei aclarar e apresentar constituíram pontos de referência reinterpretados, mas frequentemente presentes.

NOTAS

* Texto da apresentação feita no Colloquio italo-francese sobre: “La codification comme vecteur de transmission du droit romain. Aspects historiques et contemporains”, Paris, 20 a 27 de novembro de 2009, na Universidade de Paris II, Panthéon-Assas.

1 LOISEL, *Institutes coutumières*, 1605; ARGOU, *Institution au droit François*, 1692; BOURJON, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, 1747: estas obras, por meio de conceitos, ordem expositiva, e método de elaboração, aproximaram de fato o *droit coutumier* ao *droit écrit*.

2 R.-J. POTHIER, *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, 1748-1749 (a contribuição desse título desta obra de Pothier mereceria maiores estudos).

3 Refiro-me, evidentemente, à unificação jurídica entre regiões de *droit écrit* e regiões de *droit coutumier*, realizada pelo *Code*, também graças aos tipos de obras institucionais lembradas *supra* n. 1.

4 Ao lado dos motivos mais contingentes da política de Napoleão, também se tenha presente essa chave de leitura, por exemplo, no exame da adoção do *Code* na Itália, onde, com efeito, projetos de código eram em fase avançada de elaboração (acerca do mais maduro deles, cf. P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*, Milano, 1971).

5 Cf. H.-J.-B. DARD, *Code Civile des Français, avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations*, 1805; J.A. PERREAU, *Principes généraux de droit civil privé*, Paris, 1805; J.M. DUFOUR, *Code civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*, 1806; J.B. DELAPORTE, *Novum iuris compendium, in quo precipue servatur ordo Codicis gallici, ab Imperatore Napoleone I promulgati [...]*, 3 v., Paris, 1806-1808; O. LE CLERCQ, *Le droit romani dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, v. 8, Lüttich, 1810-1812; A.M. BIRET, *Applications au Code civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste avec la traduction en regard*, 1824 (trad. ital. Napoli, 1825); C.B.M. TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du code*, 1-14, Paris, 1811-1831; CL.-É. DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français conformément aux dispositions du Code Napoléon*, v. 3, Paris, 1808 (depois, *Cours de code Napoléon*, v. 2, Paris, 1913; *Cours de code civil*, v. 3, Paris, 1818-1819).

Paralelamente, em conformidade com a reforma dos estudos da Lei 22 do ventoso do ano XII, o direito romano passou a ser explicado com referência ao *Code*: A.-T. DESQUIRON DE

SAINT-AGNAN, *L'esprit des Institutes de l'Empereur Justinian compare avec les principes du Code Napoléon*, v. 2, Paris, 1807; J.A. PERREAU, *Examen ad juris romani elementa, juxta justinianeas Institutiones, et quaedam a jure nostro selecta*, Paris, 1810; A.M.J.J. DUPIN, *Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum J.G. Heineccii*, v. 2, Paris, 1810, com comparação com o Código de Napoleão; CL.-E. DELVINCOURT, *Iuris Romani elementa secundum ordinem Institutionum Iustiniani, cum notis, ad textos explicationem eiusque cum iure Gallico collationem, compositis*, Paris, 1814 etc.).

6 Penso também na última proposta de reforma dele, o chamado projeto Catala, Paris, 2006 (permito-me, simplificando, considerar tal proposta uma forma de rescrita do *Code*, sem querer diminuir a relevância das novidades que contém) e na atenção que há suscitado sobre ela (cf., por exemplo, a tradução em espanhol de F. HINESTROSA – E. CORTÉS MONCAYO, publicada em Bogotá, ou o Colóquio realizado em Suzhou, no âmbito da discussão sobre a nova lei chinesa da responsabilidade extracontratual).

7 Creio que o evento mais atual seja aquele da codificação na RPC, sobre a qual cf. S. SCHIPANI, *Il diritto romano in China*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2009, p. 527 ss.; L. FORMICHELLA, G. TERRACINA, E. TOTI (org.), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino, 2005.

8 Cf. G. GROSSO, *Il valore della tradizione* (1945) e *Il tradizionalismo dei giuristi* (1953), reimpr. em *Tradizione e misura umana nel diritto*, Milano, 1976, respectivamente p. 25 ss., 35 ss. e agora em *Scritti storico giuridici*, v. I (*Storia Diritto Società*), Torino, 2000, p. 128 ss., 269 ss., sobre os quais S. SCHIPANI, *Diritto romano e diritto attuale (appunti sulla situazione italiana)*, in *Klio*, 61, 1979, Leipzig, p. 143 ss.

9 Cf. G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni*, in *Index*, 14, 1986 (Atas do Colóquio *Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*), p. 19 ss.

10 Sobre o que se segue, ao que acrescento alguns esclarecimentos, permito-me remeter, também para uma mais ampla análise dos problemas mencionados e para as oportunas referências bibliográficas, a S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, 2^a ed. ampliada, Torino, 1999 [com breves *Note aggiuntive*, Torino, 2011]; ID., *Il giuristi iuris conditores/fondatori del diritto*, in *Roma e America*, 13/2002, p. 275 ss.; ID., *Premessa*, in S. SCHIPANI (coord.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I, 1-4, Milano, 2005, p. VII ss.; ID., *Huius operis conditores*, in *Le sfide del Diritto. Scritti in onore card. A. Vallini*, org. por G. DALLA TORRE – C. MIRABELLI, Roma, 2009, p. 395 ss.; ID., *Los códigos de Justiniano*

2. O NASCIMENTO DO MODELO DE CÓDIGO

como modelos de búsqueda de la consonantia en las transformaciones y reformas del derecho y de la sociedad, y los códigos modernos, in RChHD, 22, 2010 – Estudios en honor de Bernardino Bravo Lira, Santiago de Chile, p. 137 ss.

11 Cf. P. CATALANO, *Linee del sistema soprannazionale romano*, 1, Torino, 1965, p. 37 e 43.

12 Cícero, *de Rep.* 1,25,39;1,32,49.

13 XII Táb. 12,5 = Liv. 7,17,12; cf. também Liv. 9,34,7.

14 Liv. 3,34,6.

15 D. 1,2,2,4.

16 Liv. 3,31,7.

17 D. 1,2,2,3-4: *populus Romanus incerto magis iure et consuetudine [...] postea, ne diutius hoc fieret.*

18 D. 1,2,2,5.

19 Pense na posterior definição de Celso (D. 1,1,1 pr.), que se refere ao *aequum*.

20 Antes das Leis das XII Tábuas, já havia uma produção de leis, que tem significativamente origem na ação do próprio Rômulo e que tende a levar a uma superação da incerteza do direito na qual o povo se encontrava atuando (*populus sine lege certa, sine iure certo agere instituit*). Elas, “expulsos os reis, caíram em desuso”. Merecem ser observados: (a) que essas leis, aprovadas sem ordem, foram levadas à unidade ordenada (*sine ordine latae, in unum composuit*) pelo trabalho de um jurista, Sexto Papirio; (b) que esse trabalho, ainda que não tendo sido traduzido em comentários, é relevante justo pela unidade que compôs; (c) que vemos, também para essa primeira fase, o relacionamento à lei do trabalho do jurista (D. 1,2,2,1-2).

21 Cf., por exemplo, XII Táb., 10,1: “Não se enterre nem se creme na cidade um homem morto”.

22 Cf., por exemplo, XII Táb., 8,12: “Se ‘alguém’ cometer um furto à noite, se ‘a

vítima' o matar, 'o ladrão' seja considerado morto conforme o direito"; 8,21: "O patrono, se tiver violado a confiança do cliente, seja *sacer*" (a forma sintética é ainda presente em importantíssimas e muito conhecidas leis posteriores: cf. a *lex Aquilia*, do século III a.C., acerca da qual se veja o texto em D. 9,2,2 pr. e D. 9,2,27,5).

23 D. 1,2,2,5: *haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus [...] appellatur ius civile.*

24 D. 1,2,2,38: no livro de Sexto Elio *lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtextitur legis actio.*

25 D. 1,2,2,39: Públio Múcio, Bruto e Manílio *fundaverunt ius civile.*

26 D. 1,2,2,41: Quinto Múcio *ius civile primus constituit generatim.*

27 Assim Pompônio, no conhecido texto D. 1,2,2,13.

28 D. 1,2,2,44.

29 Cic., *de Orat.* 1,42,187-189, assim como a obra sobre o assunto que não chegou até nós. Cf., outrossim, Topica 2,9-20 I: *aequitas constituta.*

30 D. 1,1,1 pr. cit.

31 Gai. 3,137.

32 F. GALLO, *Celso e Kelsen*, Torino, 2010; S. RICCOBONO, *La definizione del ius al tempo di Adriano*, in *BIDR*, 54-55, 1948, p. 5 ss.

33 Sobre as obras acerca dos *Digesta*, naturalmente além de F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, cf. F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 127 ss.; mas o mesmo método estende-se também além das obras assim designadas.

34 Const. *Δέδωκεν* 7.

35 Sobre a literatura acerca das *regulae*, cf. B. SCHMIDLIN, *Die Römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970; P. STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966.

36 Cf., por exemplo, a *lex Irnatana*, Capítulo 21: “Aqueles dentre senadores, decuriões e conscritos que foram ou serão nomeados magistrados do município Flávio Irritano, nos modos previstos pela presente lei, no momento em que saiam do cargo, tornem-se cidadãos romanos junto aos próprios genitores, o cônjuge e os filhos que se encontrem sujeitos ao poder do genitor em seguida a núpcias legítimas – assim como os netos e netas, filhos dos próprios filhos, que se encontram sujeitos ao poder do genitor –, contanto que o número de novos cidadãos romanos não seja superior ao número de magistrados que precisarão ser nomeados com base na presente lei”.

37 D. 1,3,24 (o texto de Celso referia-se, provavelmente, a uma *lex Iulia* em matéria de dote).

38 G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti cit.*, p. 23.

39 D. 1,2,2,44.

40 Cf. Const. Tanta 18 *in fine: ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit instruere*, sobre o qual F. GALLO, *Alle origine dell’analogia*, in *Diritto e processo nella esperienza romana*, Napoli, 1994, p. 39 ss., agora em ID., *Opuscula selecta*, Padova, 1999, p. 895 ss.

41 D. 1,2,2,10.

42 Por exemplo, com relação aos delitos dos filhos e escravos que estão sob o poder do pai e do proprietário, pense-se na cláusula que permite a *noxae deditio*; ou em matéria de contratos, na *exceptio pacti conventi* etc.

43 Sobre o incisivo “valor e posição da fórmula como momento de determinação e definição formal do direito”, cf. as precisas observações de G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino.

44 Pompônio no já citado D. 1,2,2,13, que parafraseei adaptando.

45 Constituição de Teodósio II e Valentiniano III, de 429, em CTh. 1,1,5.

46 Constituição de Teodósio II e Valentiniano III, de 435, em CTh. 1,1,6 pr.-1.

47 Constituição de Valentiniano III, de 426, em CTh. 1,4,3.

48 Os trabalhos foram dispostos estabelecidos com a Const. *Haec que necessário*, de 13 de fevereiro de 528, e o Código foi aprovado com a Const. *Summa rei publicae*, de 7 de abril de 529.

49 Os trabalhos foram estabelecidos com a Const. *Deo auctore*, de 15 de dezembro de 530, e os Digestos foram aprovados com a Const. bilíngue *Tanta-Δέδωκεν*, de 16 de dezembro de 533. Da mudança de postura com relação ao direito é certamente testemunho fundamental a reforma dos estudos prevista com a Const. *Omnem*, do mesmo 16 de dezembro de 533.

50 As Institutas foram publicadas com a Const. *Imperatoriam*, de 21 de novembro de 533, e a entrada em vigor delas foi confirmada na citada Const. *Tanta* 11.

51 O *Codex repetitae praelectionis* foi aprovado com a Const. *Cordi*, de 17 de novembro de 534.

52 Cf. *Deo auct.* 11. O Digesto, depois, é designado “código” em *Deo auct.* 6;8;12;14 e em *Tanta* 15; é assim designado junto às Institutas em *Tanta* 23.

53 Como sabido, é Godofredo que, dando-lhes um nome, explicita essa unidade, que, de resto, já se tinha consolidado na prática.

54 J. 1,2,3 ss.; cf. também Gai. 1,2 ss.; Papiniano em D. 1,1,7; Pompônio em D. 1,2,2,12.

55 Os plebiscitos, embora aprovados somente pela plebe, valiam para todo o povo graças à *lex Hortensia*, aprovada por todo o povo, que lhes reconhece tal valor (J. 1,2,4); as constituições do príncipe, embora aprovadas somente por uma pessoa, valiam para todo o povo graças à *lex regia*, aprovada por todo o povo, que fundamenta o poder do príncipe de concluir atos tendo tal valor (J. 1,2,6); os senatus-consultos, embora aprovados somente pelo senado, pareceram equitativos que valessem para todo o povo, porque não era possível reunir todo o povo (J. 1,2,5).

56 Com relação ao costume, aqueles que o usam (segundo o texto de Juliano em D. 1,3,32,1: o povo) manifestam o seu consenso e isso imita a lei (J. 1,2,9).

57 J. 1,2,7 (mais precisamente, Papiniano sublinha a diferente posição do direito assim criado: D. 1,1,7,1).

58 Cf. J. 1,2,8, e, outrossim, D. 1,2,2,49, e o significado do que Adriano estabeleceu por rescrito; a competência, e a *auctoritas* que deriva dela, pode ser aumentada, mas não dada. A referência à *auctoritas* dos juristas é, de outro bordo, baseado em Pompônio na sua obra a partir das Leis das XII Tábuas: D. 1,2,2,5, como já lembrado acima.

59 Não se deve jamais deixar de acentuar que esse princípio é tão enraizado de modo a ser várias vezes repetido nos códigos em questão: J. 1,2,26; D. 1,2,2,11; D. 1,4,1 pr. Para uma renovada reflexão sobre a *lex de império*, cf. L. HECKETSWEILER, *La fonction du peuple dans l'Empire romain. Réponses du droit de Justinien*, Paris, 2009.

60 C. 1,14,12,5.

61 Cf. C. 1,14,12,1. Poder-se-ia notar o reconhecimento de um independente fundamento de tal opinião dos juristas antigos implícito na invocação dela em benefício próprio, porque teria bem pouca relevância invocar em benefício próprio o parecer dos juristas se estes derivassem a força dos próprios pareceres do Imperador.

62 Const. *Tanta-Δέδωκεν* 9; cf. também *Haec quae necessário* 1; *Summa*, 1-2; *Deo auct.* 3; *Imp.* 3.

63 D. 1,2,2,35-53

64 Const. *Deo auct.* 6 = C. 1,17,1,6.

65 Const. *Tanta* 17.

66 Também Varrão teria usado *condere* para a fundação da *urbs*: D. 50,16,239,6.

67 Gai. 1,7;4,30.

68 Os juristas justinianeus qualificam como *conditor* seja Juliano, e não somente por ser o fundador do edito (Const. *Tanta* 18), seja também os outros juristas anteriores (C. 1,14,12,1 e 5; C. 4,29,25,1; C. 4,39,9). Para tal uso em constituições anteriores, cf. C. 2,12,23.

69 O que possa implicar essa convergência de duas fontes de produção do direito não posso examinar aqui. Certamente, a convergência das constituições do imperador que estabelecem a observância dos códigos levou à qualificação também dos textos dos juristas como *leges* e a considerá-las como tal. Ao mesmo tempo, o sistema desenvolveu-se com

base nessas duas fontes principais: a lei, como norma estatuída baseada na vontade do povo, ainda que por meio de suas diversas formas, e os pareceres dos juristas, e gostaria de dizer que os juristas de qualquer época paulatina e autonomamente elaboraram a modalidade do seu *iura condere*, e devo sublinhar que os códigos justinianeus caracterizam-se por oferecer ao sistema a presença confirmada dessas duas fontes de produção do direito. O universalismo do *imperium* encontra-se com aquele da ciência jurídica por um direito virtualmente válido para todos os homens (*infra*) e podemos observar que, na evolução posterior, o universalismo da ciência jurídica sustenta o universalismo do sistema também quando o *imperium* se eclipsa.

Incidentalmente, e somente a título de exemplo, gostaria de sublinhar que R. DAVID, no seu *Les grands Systemes juridiques contemporains* (muitas edições), confirma a perspectiva interpretativa de uma permanente presença dessas duas fontes no nosso sistema, ainda que ela seja negada pelo legalismo estatal contemporâneo.

Gostaria, outrossim, de sublinhar que para esses códigos não seria adequado o que observa G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 18 ss., sublinhando que os códigos configuram-se como objetos “pré-constituídos e externos” com relação à interpretação dos juristas e à sua responsabilidade; ele observa isso para os códigos modernos, mas na medida em que essa característica dos códigos, agora enfatizada por mim para os justinianeus, encontra-se também naqueles modernos, como entendo, a afirmação acabaria revista.

70 Cf. a constituição que teve o *incipit* citado, também no parágrafo 12, e a constituição *Tanta* 21; *Imperatoriam* 1.

71 D. 1,1,1 pr. e a mesma rubrica de tal título inicial. Os códigos são indicados como: *templum iustitiae* em *Deo auct.* 5; *Tanta* 20; os operadores do direito são qualificados como *satélites iustitiae* em *Omnem* 6.

72 Cf., por exemplo: Const. *Haec quae necessario* pr.; 3.

73 Cf., por exemplo: Const. *Imp.* 7; e sobretudo Const. *Omnem* 6.

74 A atenção de envolver os povos das duas partes do império é notada de modo evidente, por exemplo, em J. 1,2,2, com as referências a atenienses e romanos, a Homero e Virgílio; J. 1,2,3, com as referências à distinção do direito escrito e não escrito, como o dos Gregos, com a posterior remissão a Atenas e Esparta (J. 1,2,10) etc.

75 Para as obras dos juristas, diz-se que elas constituíam uma vasta biblioteca de

quase 2.000 livros, em um total de 3 milhões de linhas, que foram reduzidas a 150 mil (Const. *Tanta* 1).

76 Const. *Tanta* 17.

77 Cf. a elucidação de P. CATALANO, *Ius Romanum. Note sulla formazione del concetto*, in *La nozione di 'Romano' fra cittadinanza e universalità. Atti del II Seminario internazionale di Studi Storici. Roma, 21-23 aprile 1982*, Da Roma alla Terza Roma. Studi II, Napoli, 1984, p. 531 ss.

78 Const. *Imp.* 2; *Tanta* pr.; 13-16.

79 Const. *Tanta* pr.

80 Na Const. *Deo auct.* 8 se sublinha *una concordia, una consequentia*.

81 Const. *Deo auct.* 1; 5.

82 Const. *Imp.* 4; *Deo auct.* 5.

83 Const. *Tanta* 12.

84 Const. *Tanta* 18; 16; 21; *Cordi* 4.

85 D. 1,2,1.

86 D. 1,5,2.

87 Cf. P. CATALANO, *Seduta inaugurale degli atti del Congresso Internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Roma, 12/14 dicembre 1983*, in *Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani. Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, org. por S. Schipani, Padova, 1988, p. 12.

88 Sobre o desenvolvimento, nos códigos modernos, da tendência à unificação do respeito jurídico com fundamento nos homens, que foi também identificada como unificação do sujeito de direito, e que vê novamente confirmada a plena superação da distinção entre cidadãos e estrangeiros a partir do CC do Chile, de 1856, art. 57, e do CC italiano de 1865, art. 3, cf. S. SCHIPANI, *Il 'modello' romano del 'Code Napoléon': problemi*

del diritto delle persone, in *La nozione di 'romano' tra cittadinanza e universalità. Atti del II Seminario Internazionale di Studi Storici. Roma, 21-23 aprile 1982*, Da Roma alla Terza Roma. Studi II, Napoli 1984, p. 135 ss.; ID., *Codici civili del Risorgimento e codici dell'Indipendenza latinoamericana: base comune e consonanze (principi generali del diritto e considerazione giuridica degli stranieri)*, in *Il Risorgimento italiano in America Latina. Atti del Convegno internazionale. Genova 24-25-26 Novembre 2005*, Ancora, p. 209 ss. (= *Studi per Giovanni Nicosia*, v. VII, Milano, 2007, p. 325 ss.).

89 Cf. Nov. 21 em matéria de sucessão hereditária.

90 D. 1,2,2,13.

91 J. 1,1 pr.; D. 1,1,10 pr.

92 Não é mera coincidência que, com relação às pessoas, emerja, por exemplo, a afirmação daquele princípio relativo às coisas, segundo o qual *expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*/ “é, de fato, interesse da comunidade organizada que ninguém faça mal uso daquilo que é seu” (J. 1,8,2), que sempre muito cansativamente foi reconhecido, mas que também caracteriza o modelo.

93 Essa simplificação é talvez excessiva: não esqueço os modos de aquisição a título originário da propriedade; nem os problemas ligados às *traditiones et stipulationes*, nem a fusão entre *usucapio* e *longi temporis praescriptio* etc.; nem os problemas acerca do enquadramento da sucessão hereditária; todos temas muito discutidos que não modificam as linhas fundamentais de uma divisão entre modos de aquisição de direitos reais e fontes de obrigações, cuja superação abrirá uma significativa divisão do sistema, mas não parece comprometer a base mesma do modelo, constituída pela referência às pessoas. Cf. G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano: cose – contratti*, Torino, 1974.

94 Cf. depois os títulos sobre o direito e suas fontes, D. 1,5 *De statu hominum*, D. 1,6 *De his qui sui vel alieni iuris sunt*, e o já citado D. 1,2,5,2.

95 J. 2,17,8 (7); cf. também C. 1,14,4; D. 32,23.

96 “Novos Justinianos”: de fato, assim Justiniano denomina enfaticamente os estudantes de direito em Const. *Omnem* 2.

97 Vemos aparecer na França a tradução de H. HULOT, P.A. TISSOT, J.F. BERTHELOT,

A. BÉRENGER, *Corps de droit civil romain*, v. 1-7, ed. Behmer et Lamort, Metz-Paris, 1803-1804, e pode-se ligar a essa tradução ligar também aquela de R. J. POTHIER, *Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae*, org. por BRÉARD-NEUVILLE, Paris, 1818-1823; na Alemanha, de C. E. OTTO, B. SCHILLING, C. F. F. SINTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis (Romani) in's Deutsche übersetz*, v. 1-4, ed. C. Focke, Leipzig, 1830-1832; na Itália, F. FORAMITI, *Corpo del diritto civile*, v. 1-4, ed. G. Antonelli, Venezia, 1836-1844; G. VIGNALI, *Corpo del diritto*, v. 1-10, ed. V. Pezzuti, Napoli, 1856-1862; de vários autores italianos, *Corpus Iuris Civilis*, Roma, 1885, v. 5 e podem ser relacionadas aquelas organizadas respectivamente por D. MANIN e por A. BAZZARINI da já mencionada obra de Pothier, respectivamente Venezia, 1824-1831, v. 9; e Venezia, 1833-35, v. 4; na Espanha, I.L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, v. 1-6, ed., Jaime Molinas, Barcelona, 1889-1898 (este autor, *Prologo*, p. IX, dá notícia de uma tradução dos Digestos de A. RODRIGUEZ DE FONSECA, do final do século XVIII, rist. Madrid, 1874, e de outras traduções parciais, 1861 e Barcelona, 1867, mas não pude ver esses textos).

Posteriormente, podemos recordar, após uma pausa de mais de meio século: A. D'ORS, F. HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO – J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, v. 1-3, ed. Aranzadi, Pamplona, 1968-1975; em russo, primeira antologia, de E.A. SKRIPLEV, *Iustiniani Digesta: fragmenta selecta*, 1 v. (relativo aos livros 1-26), ed. Nauka, Moscou, 1984, e, agora integral, org. por L.L. KOFANOV (coord.), *Digesta Iustiniani*, v. 1-7, ed. Statut, Moscou, 2002-2004; em inglês, org. por A. WATSON (coord.), *The Digest of Justinian*, v. 1-4, ed. University of Pennsylvania, Philadelphia, 1985; em alemão, de O. BEHREND. R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H.H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, v. 1-3 (*Institutiones e Digesta*, livros 1-27 – a continuar), ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1990-1999; em holandês, de J. E. SPRUIT, R. FEENSTRA, K. E. M. BONGENAAR, *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertalig*, v. 1-6, ed. Walburg Pers, Zutphen, 1994-2001; em italiano, de S. SCHIPANI (coord.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, v. 1-3 (livros 1-19), Milano, 2005-2007 (a continuar). A tradução em sérvio de A. MALENICA, *Justinijanova Digesta. Prva Knjiga*, ed. Službeni glasnik, Beogrado, 1977, não parece o começo de uma tradução completa; uma tradução em japonês, também parcial, mas de muitos livros dos Digestos, é mencionada por colegas alemães, mas não a vi (*Corpus Iuris cit.*, II, p. xxvi); uma em chinês é iniciada como uma antologia, org. por S. SCHIPANI, *Corporis Iuris Civilis fragmenta selecta*, com traduções de HUANG FENG, FEI ANLING, DING MEI, MI JIAN, FAN HUIJUN, XU GUODONG, v. 1-6, ed. CUPL, Pequim, 1992-2001 (com sucessivas reedições parciais), e agora os colegas foram orientados a traduzir livros inteiros: MI JIAN, *Corpus Iuris Civilis. Digesten. Liber septimus*, ed. Law Press, Pequim, 1999; LIU JIAN'AN, *C.I.C.: Digesta. Liber XVIII*, ed. CUPL, Pequim, 2001; XUE JUN, *De iudiciis publicis. L. 48*, ed. CUPL, Pequim, 2005; LUO ZHIMIN, *Digesta. Liber I*, ed. CUPL, Pequim, 2008; CHEN AN, *Digesta L. 6*, Pequim, 2009; CHEN AN, *Digesta L. 8*, Pequim,

2009. Ademais, as traduções do século XIX em francês, em alemão e em espanhol foram reimpressas, respectivamente ed. Scientia, Aalen, 1979; ed. Scientia, Aalen, 1984; ed. Lex Nova, Valladolid, 1989.

3.

“RELER” OS CÓDIGOS DE JUSTINIANO

Sandro Schipani

Tradução de Dalva Carmen Tonato

1 | O Código Justiniano, os Digestos e as Instituições são códigos realizados pelo Imperador Justiniano graças ao trabalho e competência de um seleto grupo de juristas – dentre os quais se destaca Triboniano – com o “suporte de Deus”. Todos esses códigos encerraram a idade da formação do nosso sistema jurídico romanístico, iniciada com a fundação da cidade de Roma, adquirindo crescente unidade e coerência internas, características que sustentariam a sua projeção nas épocas sucessivas e “em todas as épocas”. Os Digestos, em particular, reúnem textos extraídos das obras de juristas dos séculos I a.C. a III d.C. e representam, segundo nossa opinião, o mais importante desses códigos.

2.1 | Justiniano (482-565 d.C.), erigido Imperador em 527, na cidade de Constantinopla – a Segunda Roma – aprestou-se em realizar um primeiro código que reunisse as constituições dos imperadores que o haviam antecedido (ou seja, os atos dos imperadores com força de lei que, à época, eram chamados *leges*), com a finalidade de tornar o direito mais certo e de abreviar a duração dos juízos (*amputare prolixitas litium* / acabar com a prolixidade das lides).

Com a constituição *Haec quae necessario*, de 13 de fevereiro de 528, dirigida ao Senado, Justiniano constituiu uma comissão de especialistas encabeçada por João (da Capadócia?) – “excelentíssimo”, ex-questor do sacro palácio imperial, o equivalente a um ex-ministro da justiça, de classe consular – e composta de outros seis funcionários ou ex-funcionários, entre os quais: Triboniano, cujo papel na atividade codificadora cresceu sucessivamente; Teófilo, de quem se sublinha ainda a qualidade de “doutor” de direito na Universidade de Constantinopla, além de dois advogados do foro do prefeito do pretório. De todos esses especialistas são exaltadas tanto a doutrina quanto a competência prática.

Esta comissão recebeu como encargo completar, atualizar e substituir os precedentes códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, incluindo as constituições imperiais posteriores a 438 (ano em que fora completado o código Teodosiano); abreviar os textos das constituições a serem incluídas no novo código, relativamente ao prefácio destas e a eventuais contradições ou repetições, além de eliminar as disposições caídas em desuso e sistematizar os fragmentos segundo uma ordem abrangente da totalidade do texto, o que comportava a inserção, em alguns casos, de partes de uma mesma constituição sob títulos distintos (*Haec quae necessario* 2). A comissão realizou sua obra com extrema brevidade, concluindo-a em pouco mais de um ano.

O Código – confeccionado “tendo Deus como preposto à tarefa” e designado com o nome do Imperador “Código Justiniano” – foi publicado com a constituição *Summa rei publicae*, de 7 de abril de 529, dirigida ao prefeito do pretório e entrou em vigor em 16 de abril seguinte. Contextualmente, vedou-se (*Summa* 3), sob pena de falsidade, o uso das constituições não incluídas no novo código nos juízos, quer das eliminadas, quer dos textos originais das constituições incluídas (disposição esta que necessariamente considerava a questão – em uma realidade de reprodução manuscrita e não centralizada dos textos – da superveniente redefinição da redação dos textos, os quais somente na nova redação [oficial] passavam a ser considerados autênticos).

Nos juízos, todavia, continuava sendo possível usar os textos justinianus dos juristas antigos, manifestando-se a consciência de que aquele Código não era autossuficiente e de que os escritos dos juristas possuíam uma função perene, inclusive prática. Especificamente, com relação ao uso de tais escritos nos tribunais, pelo que podemos conhecer por meio de um notório papiro de Ossirinco (P. Oxy. 1814), no Código Justiniano era conservada a dita “Lei das Citações”, constituição de 426 de Valentiniano e Teodósio, segundo a qual era confirmada a atribuição do valor de “fontes do direito” às obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino e Gaio (ou seja, os quatro grandes juristas da época dos Severos, aos quais se acrescentava Gaio) e aos pareceres dos outros juristas referidos por eles em suas obras, como Scévola, Sabino, Juliano e Marcelo, assim

como a todos os outros que fossem citados, desde que se fizesse a citação com o texto original. Em caso de desacordo entre os pareceres destes diversos juristas, prevaleceria a opinião da maioria, em caso de paridade, a opinião de Papiniano e, na falta desta, o juiz poderia escolher a opinião que preferisse. Ficava vedado o uso das notas de Paulo e Ulpiano a Papiniano (cf. o Código Teodosiano 1,4,3). Em razão da presença no Código Justiniano da constituição sobre a Lei das Citações e da falta de qualquer menção a um trabalho de compilação dos escritos dos juristas, costuma-se deduzir que a ideia de compor os Digestos (que, por sua vez, os compilam) não tivesse sido acolhida até então. Isso contribui para explicar a própria denominação de tal código, ao qual Justiniano quis dar o seu nome não pensando em fazer outros.

2.2 | Com a constituição *Deo auctore*, de 15 de dezembro de 530, ou seja, poucos meses após a publicação do referido código, Justiniano dirige-se diretamente a Triboniano para que este, com a colaboração de uma comissão escolhida a seu critério – que comporia exclusivamente com juristas, professores (*antecessores*) e advogados (*togati*) de Constantinopla e Beirute –, realizasse um código no qual estivessem recolhidos os escritos dos juristas antigos.

Aparentemente, a comissão deveria extrair apenas os escritos dos juristas munidos de *ius respondendi* (*Deo auctore* 4; D. 1,2,2,49), mas este limite foi superado e Justiniano sublinha, a seguir, com leves exageros, que teriam sido selecionados dois mil livros perfazendo três milhões de linhas, os quais foram reduzidos às 150 mil linhas de uma vasta antologia de fragmentos extraídos de tais livros, fielmente indicados na *inscriptio* dos próprios fragmentos, reunidos em títulos, por sua vez reunidos em 50 livros de um único código, ordenado e unitário (Tanta – *Δέδωκεν* 1).

O trabalho foi realizado pelos juristas integrantes da comissão eliminando as repetições e tudo o que se tornara ultrapassado ou, às vezes, promovendo a intervenção legislativa (a propósito, recordam-se tanto as *quingenta decisiones* quanto as *aliae constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* – as primeiras, talvez, preparatórias à própria atividade da comissão). Também foi realizado selecionando o texto mais

apropriado, enfrentando os contrastes de opiniões que restaram abertos nas discussões entre os juristas anteriores e – ponto certamente a ser ressaltado – resolvendo-os não mais com base no critério extrínseco e formal disposto pela referida “Lei das Citações”, mas com o reconhecimento da igual dignidade a todos os escritos dos juristas anteriores, optando pela melhor solução. Isso aperfeiçoava o labor de “conduzir adiante o direito, em direção ao melhor” e de fazê-lo “manter-se firme”, coeso em seu conjunto, de acordo com a atividade que havia sido descrita por Pompônio como própria dos grandes juristas clássicos. Os juristas integrantes da comissão, em função desta atividade, readquiriram competências e com estas a capacidade de diálogo com os juristas clássicos, de compreensão dos problemas abertos e de pesquisa das vias para resolvê-los, passando a ser tal atividade finalmente reconhecida como própria deles mesmos e de cada jurista a partir da inserção das palavras de Pompônio nos primeiríssimos títulos do Digesto (D. 1,2,2,13).

A comissão realizou toda a obra em aproximadamente três anos. É discutido pela romanística como tenha podido realizar tal trabalho em um período tão breve e sobre isso foram elaboradas duas conjecturas. Bluhme, em 1820, deu à matéria uma contribuição cujos principais resultados permanecem válidos até hoje (*Zt. f. die gesch. Rechtswissenschaft*, 4, 1820, 257 s.; trad. ao it. por Conticini, Pisa, 1838). Ele notou que, ao interno de cada título dos Digestos, os fragmentos das diversas obras dos juristas romanos reconhecíveis pela respectiva *inscriptio* sucedem-se fundamentalmente segundo uma ordem, composta de quatro séries das quais, mesmo não estando sempre na mesma sequência, conservam-se no geral as três principais. Isso permitiu conjecturar que as obras a serem extraídas tivessem sido subdivididas em três ou quatro grupos, chamados *massae*, contemporaneamente extirpadas por três ou quatro subcomissões que teriam, depois, em reuniões conjuntas, mesclado as respectivas recolhas de fragmentos a começar por quanto extraído pela subcomissão que de tanto em tanto se fazia referir por primeiro (as subcomissões que contribuía sucessivamente à primeira aportavam um menor número de fragmentos para evitar repetições sempre que a contribuição do fragmento por aquela primeira proposto não fosse de qualidade superior). As massas foram

denominadas: (a) sabiniana – porque a série de obras a ser extraída iniciaria com as obras de comentários de Ulpiano, Pompônio e Paulo ao tratado de direito civil de Sabino – o célebre jurista da época de Augusto, do qual derivou o nome de uma das duas famosas escolas de juristas do final do I e início do II século d.C.; (b) edital, porque a série de obras a ser extraída iniciaria com as de comentários ao edito do pretor de Ulpiano, Paulo e Gaio (exceto os livros centrais de tais obras); (c) papinianeia, porque a série de obras iniciaria com as de respostas e questões de Papiniano, o célebre jurista da época dos Severos; e (d) apêndice. A esta conjectura, opôs-se outra, a do chamado “pré-digesto”, formulada por Hoffmann (*Die Compilation der Digesten Justinianus*, Viena, 1911, publicação póstuma), segundo a qual a comissão presidida por Triboniano ter-se-ia valido de um trabalho precedente, realizado para o ensino nas escolas, trabalho que a Comissão teria tão somente agregado. Desta segunda conjectura – que se deve considerar superada –, derivaram inúmeras variações que apontam, mais do que para a existência de um antecedente unitário do digesto (um pré-digesto), à possível existência de livros antológicos parciais ou de “cadeias de textos” ainda não materialmente reunidas em um livro, mas relativamente consolidadas, para uso didático. Um resumo relativo às modalidades de ensino antes da reforma justinianeia, contido na Constituição *Omnen* 1, e quanto se pode reconstruir a partir da ordem dos fragmentos de títulos específicos, são os sustentáculos desta tese na sua formulação mais articulada, a ser verificada título por título e não irreconciliável com a conjectura relativa às massas. Parece, portanto, que no período posterior a Teodósio II e anterior à obra de Justiniano, os docentes nas escolas tenham trabalhado sobre alguns dos escritos dos juristas clássicos, que os tenham comparado, desenvolvendo linhas de leitura que os combinavam/selecionavam e que tenham amadurecido de modo crescente uma preparação específica a ponto de elaborar linhas didáticas que não se limitavam a utilizar o livro de um único jurista clássico, mas vários livros, confrontando-os, o que tornou concebível um projeto tão ousado como aquele de Triboniano, cuja realização, em sua globalidade, não seria errado dizer que “ninguém havia jamais esperado e nem se pensava possível à engenhosidade humana” (*Tanta-Δέδωκεν* pr.).

Este código, realizado graças ao “favor divino” e denominado *Digestos* ou *Pandectas*, foi publicado com uma constituição bilíngue latina e grega dirigida ao Senado e a todos os povos, a *Tanta-Δέδωκεν*, de 16 de dezembro de 533.

Relativamente a ele, talvez com um parcial amadurecimento de perspectiva sobre as precedentes afirmações, Justiniano reconhece o papel de “fundadores desta obra” aos juristas da Comissão que a haviam realizado (o termo *conditores* é particularmente rico de significado: basta recordar que é este a designar a fundação de Roma na fórmula *ab urbe condita*, ecoante novamente em *Deo Auct.* 1; *Tanta pr.*, com correspondência ainda em D. 50,16,239,6, sendo também usado por Justiniano para designar, além do próprio papel de fonte do direito – por exemplo, em C. 1,14,12,5 –, aquele das outras fontes do direito – por exemplo, em *Deo Auct.* 7 –, assim como, sob a influência de Gai. 1,7; 4,30, aquele dos primeiros juristas, *conditores* do antigo direito – por exemplo, em C. 1,14,12,1.5 –, entre os quais se elenca o próprio Juliano, *Tanta* 18). E, de fato, considerando o conjunto dos tipos de intervenção realizado pelos juristas da Comissão sobre os textos e o direito neles expresso, colhe-se na plenitude tanto a adequação daquele reconhecimento quanto o significado de continuidade ideal entre a sequência dos juristas clássicos redigida por Pompônio, o qual ressaltava os grandes méritos e a competência no já mencionado texto, a inserção desta nos inícios dos *Digestos* (D. 1,2,2,35 s.) e a sequência dos juristas da Comissão redigida por Justiniano nesta constituição (*Tanta-Δέδωκεν* 9).

Justiniano, a seguir, apropria-se da obra ao emparelhar à autoridade dos juristas – fundada sobre uma elevada preparação específica no direito – a sanção do seu poder – fundada na lei com a qual o povo lhe conferiu o império e o poder de emanar deliberações com valor de lei –, ordenando a publicação e a entrada em vigor dos *Digestos* em 30 de dezembro de 533. Neste contexto, veda o uso em juízo ou em outras sedes dos demais textos que não os incluídos no Código, sob pena de falsidade (par. 19); dita regras que excluem a redação de comentários, mas não de traduções, resumos junto aos títulos e referências a trechos paralelos (par. 21); proíbe, ainda, o uso de siglas na redação das cópias para evitar induzir a erros de leitura (par. 22),

tudo isso na perspectiva de salvaguarda do texto que se coloca à disposição, assim, emendado. Idêntica perspectiva evidencia-se com relação ao código de constituições, conforme quanto já acima descrito.

(Os Digestos, na atualidade, são citados usualmente com a abreviatura D., o número do livro, do título, do fragmento e, se este é subdividido em parágrafos, do parágrafo, que, se é o primeiro, chama-se *principium* e abrevia-se *pr.*; ou seja, por ex.: D. 7,1,58,1. Em épocas anteriores, indicavam-se o fragmento, também dito *lex* e o parágrafo, a seguir, a abreviatura D. e o número do livro e do título, ou seja, fr. (ou *l.*) 58 § 1 D. 7,1; e, na época medieval, indicavam-se as palavras iniciais do fragmento, do parágrafo e o título, enquanto, no lugar de D., utilizava-se *ff.*, corruptela de Π, ou seja, *l. defuncta § Sempronio ff. de usu fructu*. Cada fragmento, como já dito, traz a indicação, na *inscriptio*, do jurista, da respectiva obra e do livro do qual foi extraído [F. Reinoso-Barbero, *Modus allegandi textus qui in Pandectis continentur*, Madrid, 2013, elenca todas as formas medievais de citação, expondo-as ao lado das atuais]).

2.3 | Falta uma constituição com a qual se disponha a respeito da composição das Instituições, as quais, no entanto, já são preanunciadas junto aos Digestos (*Deo auct.* 11). A obra, realizada por Triboniano e seus colegas Teófilo e Doroteu, foi rapidamente redigida tendo por base, principalmente, as *Institutiones* de Gaio, mas também as obras institucionais de Florentino, Marciano, Ulpiano e Paulo, além de outras obras introdutórias ou úteis. Esta foi publicada com a constituição *Imperatoriam*, de 21 de novembro de 533, dirigida aos jovens desejosos de aprender o direito, a qual, sancionada pelo poder imperial, adquiria vigência idêntica àquela das constituições emanadas após 30 de dezembro de 530 (*Tanta* 23).

(As Instituições são, atualmente, citadas com a abreviatura I., por vezes II., seguida do número do livro, do título e do parágrafo. Os textos nelas contidos, ainda que oriundos de obras de juristas anteriores, não possuem *inscriptio* que as indiquem).

2.4 | As obras supramencionadas foram incorporadas na reforma dos estudos: de fato, quase contemporaneamente à sua aprovação com a Constituição

Omnem, dirigida a oito professores de direito das cidades de Constantinopla e Beirute em 15 de dezembro de 533, foi organizada uma vasta reforma dos estudos jurídicos que as colocou, como um todo unitário, ao centro dos programas, na condição de textos básicos destes. No início do primeiro ano, devem ser estudadas as Instituições e os jovens estudantes são designados “novos Justinianos”; estes, sucessivamente, sempre no primeiro ano, estudam os quatro primeiros livros dos Digestos, ou seja, a “primeira parte do direito”. Os estudantes do segundo ano, designados como já de costume “editais”, estudam, em anos alternados, os sete livros dos Digestos – D. 5-11 – ou seja, “Sobre os juízos ‘em defesa das coisas’” ou os oito livros – D. 12-19 – ou seja, “Sobre as coisas ‘que são devidas’”, a que se agregam quatro livros únicos – D. 23, D. 26, D. 28 e D. 30 – extraídos da quarta e quinta partes sucessivas e introdutórios dos temas do dote, tutela e curatela, testamento, legados e fideicomissos. Os estudantes do terceiro ano, que também conservam a designação já existente de “papinianistas”, estudam, em anos alternados, a segunda ou terceira partes não estudadas no segundo ano, ao que se acrescentam três livros únicos, ou seja, D. 20-22 (cinco títulos do livro D. 20 iniciam com fragmentos de Papiniano, justificando-se a mencionada designação dos estudantes). Os estudantes do quarto ano, designados “solucionadores ‘de casos jurídicos’” devem ler repetidamente os dez livros únicos restantes da quarta e quinta partes ainda não estudadas no ano anterior (D. 20-36). Com este estudo, conclui-se o aprendizado dos Digestos, cujos 14 livros restantes, constitutivos das partes sexta e sétima dos Digestos, serão entregues aos estudantes para uma sua leitura sucessiva e para a utilização. Os estudantes do quinto ano, designados “solucionadores”, têm como objeto de estudo o Código Justiniano, que não devem somente ler, mas “penetrar com sutil perspicácia”.

Justiniano e seus colaboradores são conscientes que códigos como aqueles redigidos, elaborados sob a direção de uma forte *iuris prudentia* – quer por quanto obtido do passado, quer por quanto produzido no curso dos trabalhos das comissões – não podem ser lidos, compreendidos e utilizados sem “codificar”, no entanto, uma formação conforme dos juristas. A reforma dos estudos constitui, portanto, uma importante expressão do programa

de codificação: atualiza-se e aperfeiçoa-se o circuito entre formação do jurista, ciência do direito e outras fontes de formação do direito.

2.5 | A composição dos Digestos com a atividade legislativa decorrente e a redação das Instituições haviam deixado o *Codex* ultrapassado muito rapidamente. Justiniano, portanto, nomeou uma comissão com Triboniano, Doroteu e três advogados para a elaboração de uma nova edição do código, que foi publicado com a Constituição *Cordi*, de 17 de novembro de 529, endereçada ao Senado da cidade de Constantinopla. O Código Justiniano *repetitae praelectionis* – dividido em 12 livros, subdivididos a sua vez em títulos abrangentes das *leges*, ou seja, fragmentos de constituições que indicam fielmente na *inscriptio* e na *subscriptio* todos os extremos da identificação (o imperador ou os imperadores que a emanaram, o destinatário, o lugar e a data de emanação) – com integrações e modificações relativamente ao Código anterior, substitui totalmente este e é o único que chegou até nós (do anterior restou apenas o índice do papiro de Ossirinco, já citado).

(O *Codex* é citado com o uso da abreviatura C., o número do livro, o número do título, o número da constituição e com o número do parágrafo se o fragmento da constituição é extenso e dividido em mais parágrafos).

2.6 | Justiniano não terminou com estas obras sua atividade relativa à produção do direito, mas, como havia também expressamente previsto, emanou numerosas *novellae constitutiones*, das quais algumas de grande relevância pelas reformas que introduziram. Ele havia previsto compilá-las (*Cordi* 4), mas depois não concretizou tal propósito. Estas só foram compiladas posteriormente, junto a constituições de outros imperadores e incorporadas às obras supramencionadas. Todo o conjunto da obra veio a constituir um *corpus* que encontramos denominado por Godofredo, em uma edição dirigida pelo mesmo em 1583, *Corpus Iuris Civilis*. Código, Digestos e Instituições constituem, porém, mesmo ao interno deste conjunto, uma específica unidade que Justiniano qualificou de “os meus Códigos”, utilizando a qualificação de “código” para as três e, mesmo sem fazer cessar a pluralidade, unificando-as conceitualmente, como

expressões de uma atividade unitária, de codificação precisamente, que orienta o todo.

3 | O termo “código”, por sua vez, mantivera-se como designação de um específico suporte instrumental da escrita que, nos séculos III-V d.C., veio suplantando o “rolo”. Em especial, este indicava um suporte constituído por folhas dobradas e costuradas juntas que, no uso, resulta mais resistente, manuseável, compacto e transportável que o rolo. A aptidão ao manuseio facilita, na leitura, a colocação lado a lado de pontos do texto distantes entre si e, de certo modo, a consulta na presença simultânea destes com menor esforço mnemônico, facilitando, portanto, a atividade de pôr em evidência uma eventual multiplicidade de nexos entre as partes de um único texto. O termo “Código”, que continua a designar este tipo de suporte instrumental, já no século V é usado em linguagem jurídica também de modo específico, técnico: não indica mais apenas um tipo de suporte editorial, mas vai se assimilando às características do texto jurídico nele contidas, as quais vão sendo definidas, também, graças ao uso dele feito por Justiniano.

Se, para além das diferenças já indicadas entre as três obras referidas, ou seja, Digestos, Instituições e Código (especificamente na segunda edição deste, que é a única conhecida), buscarmos captar as características a elas comuns, poderemos individuá-las sobre dois planos distintos: (a) da fonte que as produziu; e (b) da finalidade pela qual foram produzidas, das características internas da obra e dos destinatários (a respeito disso, veja-se o artigo relativo ao nascimento do modelo de código, publicado neste volume).

Tais características dos Códigos de Justiniano, que assim recolhem e conectam uma série de constantes progressivamente emersas do sistema, plasmaram os desenvolvimentos sucessivos deste e, entre outras coisas, as características dos códigos modernos, os quais delas se apropriaram em parte e das quais, por sua vez, transformaram-se em portadores.

4.1 | É em Constantinopla que os três Códigos de Justiniano e de seus juristas dão início à concretização de sua trajetória de projeção universal. Estes

foram retomados pela ciência jurídica que enfrentou, desde cedo, o problema de traduzi-los ao grego, pondo em ato uma grande obra de transferência do conteúdo e, por vezes, também linguística, de reinterpretação e de ulteriores desenvolvimentos. Foram desenvolvidos os índices dos Digestos por Doroteu, Cirilo, Estevão e Teófilo; do Código por Talileu, Isidoro, Anatólio e Teodoro; assim como a paráfrase grega das Instituições, por Teófilo, que expandiu o seu conteúdo triplicando-o; além das traduções-paráfrases dos Digestos, de autor anônimo. Em Constantinopla, a ciência jurídica não atuou sempre sozinha na atividade de transmitir e adequar os Códigos e as Novas Constituições (*Novellae*) que foram surgindo em um conjunto unitário, como já foi recordado. Nesse sentido, a *Ekloghé tôn nómon* (do ano 726) – que pertence predominantemente ao gênero das epítomes – foi também publicada pelo imperador Leão III (717-741) e por seu filho Constantino Copronimo e influenciou o desenvolvimento do direito entre os povos eslavos. Compilações de caráter setorial são o *Nomos gheoghikós*, célebre lei agrária, o *Nomos Rodíon nautikós*, regulamento marítimo, o *Nomos stratiotikós*, regulamento de disciplina militar. Sob Basílio I, o Macedônico (867-886), foram publicados o *Prókeiros* e a *Epanagoghé*, nos quais o direito justinianeu mesclado com normas posteriores, disposições eclesiásticas e costumes foi compilado e difundiu-se quer na Itália meridional como entre os povos eslavos. Na Itália – onde a presença do Império romano prolongou-se até a rendição de Bari, em 1071, protagonizada por Roberto “o Astuto” –, a tradição grega dos códigos de Justiniano é testemunhada pelo *Πρόχειρος*, manual composto provavelmente na Calábria por volta do final do século X com a utilização da *Eklogé*, *Prókeiros*, *Epanagoghé* e outras fontes e, depois, retocado até a segunda metade do século XII.

A reconstrução da codificação justinianeia em grego, programada por Leão VI, “o Filósofo” (886-911), foi concretizada nos Basílicos graças à atividade de uma comissão presidida por Simbásio. Estes contêm o resumo em grego da obra, fragmento por fragmento, a partir das traduções já existentes, sendo organizado unitariamente em 60 livros segundo a ordem expositiva do Código. Os Basílicos tiveram ampla difusão e seu conteúdo foi sendo, durante o século X, enriquecido por inúmeras notas (escólios), deduzidas estas também das traduções, paráfrases e comentários dos

juristas dos séculos VI-VII. Para tornar mais acessível um texto tão complexo, foram redigidos índices, entre os quais a *Synopsis Basilicorum* (séculos X-XI), e repertórios, entre os quais o mais conhecido é o *Tipucitus* (*Tí poû keîtai* = onde se encontra). Desenvolveu-se também a produção dos manuais, entre os quais uma síntese em seis livros (*Exábiblos*, conhecido também como *Manuale legum*, de 1345), do juiz de Tessalônica Constantino Armenopoulos e, o substancialmente contemporâneo, *Syntagma* alfabético de Mateus Blastares.

A queda de Constantinopla (1453) teve efeitos diferenciados sobre esta vertente da presença do direito de Justiniano. No Império Otomano, textos da tradição oriental em língua grega continuaram a ser utilizados pelos cristãos e não somente se manteve o uso do *Exábiblos*, em particular, mas foram produzidas também novas compilações (o *Nomokánon* de M. Malaxos, em 1561, o *Nomikon* de Teófilo, em 1788 etc.). A Grécia independente (1821) utiliza ainda o *Exábiblos*, do qual produz uma edição oficial (1835) e, sobre a base da tradição da qual este é expressão, reelabora o próprio direito do século XIX, que converge de modo sempre mais intenso – também pela fundação da Universidade de Atenas (1837) – com os desenvolvimentos da tradição derivada de Bolonha (*infra*) para desembocar no Código Civil de 1946. Este encontro entre as duas tradições é multifacetado: enquanto nos países da área os costumes e o direito locais ligados às instituições feudais tendem a desaparecer, a tradição oriental em língua grega dos textos de Justiniano produz também obras que compartilham das características das codificações modernas (*infra*), como o *Nomikon Prócheiron* de M. Foteinopulos (1756) e, em 1833, na Moldávia, foi instituída uma comissão para verificar a conformidade com os *Basilicos* dos artigos do Código civil moldavo de 1816-1817, que também derivam, textualmente, do *ABGB*. O direito unitário da Romênia, como estado nacional, amadurece com o Código Civil de 1864, que toma em especial consideração o Código Civil francês de 1804 e, mesmo continuando a conservar o substrato da tradição oriental, expande também este a presença da tradição que deriva de Bolonha.

A tradição oriental, que teve início a partir das traduções, ulteriormente desenvolveu sua vocação penetrando na vida de outros povos e transferindo

os próprios significados nas respectivas línguas, frequentemente até nisso, em estreita conexão com o direito canônico. Na Bulgária, por exemplo, encontramos no século XIII uma tradução em língua eslava do *Nomos gheoghikós* e da *Ekloghé*, assim como o referido *Syntagma*, traduzido em sérvio. Esta perspectiva do fenômeno é ainda mais relevante com referência à Rússia de Kiev, onde primeiramente foi confirmada a existência de extratos fragmentários e, a seguir (século XIII), na *Merillo pravednoje* (“Justa medida”), a tradução em eslavo antigo da *Ekloghé tôn nómon* e de capítulos do *Prócheiron*. Sucessivamente, a fundação de Moscou como “Terceira Roma” e, após a queda de Constantinopla, o reconhecimento de João IV (Ivan, o Terrível) como “Imperador dos cristãos ortodoxos de toda a ecumene” (1561) consolidou a via à recepção da tradição oriental do direito romano codificado, contido em livros, e incrementou a tradução e a reedição de compilações anteriores. Também esta grande corrente confluuiu para os desenvolvimentos da tradição bolonhesa, ou talvez tenha restado como que nela submersa. A Universidade de Moscou, fundada em 1755 e a de São Petersburgo, em 1802, foram ambas precedidas, em Moscou, pela Academia eslavo-greco-latina, fundada no século XVII, em seguida rebatizada de Academia eslavo-latina, expressão do esforço para manter unidas e coesas as duas principais correntes da vida cultural do País, relativamente ao que vinha prevalecendo, entre contrastes, a orientação em direção ao ocidente. O Código de 1832 (*Svod Zakonov*) renova a tradição de um direito escrito frente aos costumes relativos às instituições medievais. O que vem a se formar é, portanto, uma ciência jurídica forte, de derivação bolonhesa, leitora direta dos códigos francês e alemão (*infra*); mas a presença do direito canônico deve ser considerada (saliente-se que a superficialidade desses acenos não é adequada à importância desses acontecimentos orientais relativos ao sistema jurídico romanístico, derivada da mesma base dos Códigos de Justiniano; cfr., para tudo, as contribuições da pesquisa *Da Roma alla Terza Roma. Roma-Costantinopoli-Mosca*, Coleção dirigida por P. Catalano-P. Siniscalco, Napoli, 1983).

4.2 | De Constantinopla, os Códigos de Justiniano foram transmitidos para a Itália em seguida à *pragmatica sanctio*, de 13 de agosto de 554, a pedido

do Papa Vigílio, após o reestabelecimento do poder do Império. Com isso, conseqüentemente, superava-se em território italiano o precedente Código Teodosiano e as modalidades conexas a este relativamente ao uso dos textos dos juristas. Diversos fatos históricos e institucionais, sobretudo o reino dos Longobardos – com a sua capital em Pavia, conquistada em 572 –, retardaram esta superação em uma parte da península, que restou dividida, e tornaram mais complexo o conjunto dos acontecimentos. De um lado, é provável que tenha sido aplicada em Roma a reforma dos estudos jurídicos quista por Justiniano e que ali tenham sido produzidas glosas ao Código (em Roma encontra-se uma citação dos Digestos em carta de 603 do Papa Gregório Magno). Grande centro de cultura jurídica ligada à obra de Justiniano foi Ravena, até sua queda em 751. Outros manuscritos revelam traços da presença da obra de Justiniano. Na parte da Itália meridional que restou por mais tempo ligada à Constantinopla, encontramos operante a tradição oriental de língua grega já referida (*supra*). De outro lado, a utilização protraída do Código Teodosiano, ainda que indiretamente por meio da *lex Romana Visigothorum* e outras leis e editos, não obstaculizou certamente na Itália, como em outras partes da Europa – com análogos ou diversos substratos – a difusão da obra de Justiniano do modo que a seguir se realizou por meio da Universidade, ou seja, pelos juristas que dela se fazem fonte e pelo Império.

4.3 | A coroação de Carlos Magno como Imperador em Roma, no Natal do ano 800, por obra do pontífice Leão III, tinha posto em movimento uma dinâmica unificadora daquele aglomerado de povos e instituições que haviam se concentrado sob o poder do soberano franco, o que abria a reflexão sobre a perspectiva da *lex communis* e, portanto, da *lex Romana*. Concluída tal experiência em 843, no ano 962, Óton I “o Grande”, Rei da Alemanha, era novamente coroado Imperador em Roma. A problemática da *renovatio* e da *translatio Imperii* dos *Grecis in Germanos* e das relações entre Império e Igreja, que sucessivamente emerge e reveste aspectos fundamentais da organização política medieval, é parte dos acontecimentos desta fase do sistema jurídico romanístico, o qual, deste encontro, retira significativo alimento e, segundo uma específica perspectiva, retira

fundamento para o uso do direito romano codificado por Justiniano e pelos seus juristas (*ratione imperii*).

Também sob esta perspectiva deve-se, todavia, ressaltar que o sistema jurídico romanístico não se molda em um único sistema comum com a integralidade das instituições jurídico-medievais, restando, antes, em concorrência com muitas destas, como, por exemplo, o feudo; e a inclusão dos *libri feudorum* entre os *libri legales* não elimina esta contraposição.

4.4 | O fundamento do uso do direito romano é, no entanto, também baseado em sua qualidade intrínseca – motivo pelo qual este vale, como se costuma dizer, *imperio rationis* – e na perícia dos juristas que com este vinham sendo formados continuamente, fazendo-se seus portadores e levando-o adiante, em direção ao melhor, tornando-o, assim, coeso.

Percebeu-se, de modo sagaz, que o autor do *Liber legis Longobardorum* (ou *Liber Papiensis*) exprimia a mudança que se estava preparando ao observar que “devemos antes crer na autoridade da lei romana do que na autoridade da retórica” (*Exp. ad Ottonem*, I, 3 par. 14). Com Irnério (falecido em 1140), considera-se nascido o “Estudo bolonhês” da segunda metade do século XI. O ensino nos moldes de Irnério prosseguiu com quatro doutores, Búlgaro, “boca de sentenças áureas”, Martino, “grande conhecedor das leis”, Hugo, “que colhe o espírito das leis”, e Giácomo, indicado pelo próprio Irnério como seu sucessor. A fama daquele ensino difundiu-se por toda a Europa.

Estes trabalhavam esclarecendo os textos de Justiniano com anotações marginais (*glossae*) que explicavam a palavra usada por meio de uma rede crescente de referências e confrontos com os outros usos desta, prevalentemente internos à obra de Justiniano. Casos expostos eram examinados e reformulados (*casus*), assim como as regras que emergiam (*regulae*), e breves sínteses de recapitulação (*summae*) eram elaboradas. Envolvia-se o texto em uma rede de esclarecimentos com base em conexões, prevalentemente com outros pontos destes, as quais orientavam a sua leitura e interpretação sem, todavia, reescrevê-lo, mas desenvolvendo profundamente o princípio da unidade e coerência interna do texto em toda a sua complexidade e extensão. A partir do texto, são enucleados os

dogmata, ou seja, aqueles *principia et radices super quibus regulariter constituitur fundamentum* (segundo as palavras de Azo). A Glosa de Acúrsio (por volta de 1260) conclui aquela época extraordinária reunindo e fixando os frutos de um século de enorme atividade científica, sendo ainda um precioso instrumento de trabalho do jurista. Esta, fisicamente, nas edições impressas que atualmente usamos, apresenta-se com o texto justinianeu ao centro de uma página cujas margens são completamente cobertas por outro texto – as glosas – ou seja, por uma grande quantidade de breves textos conectados com suas referências ao primeiro e densos de explicações fundadas sobre menções a outros textos da inteira obra.

Com este trabalho, nos primeiros séculos do milênio passado, eram, portanto, estudados e postos em prática, de modo amplo e com altíssimo nível, a substância e o método da *ars boni et aequi* desenvolvidos pelos juristas romanos na Primeira e na Segunda Roma, adquirindo centralidade os Códigos de Justiniano. Substância e método estes que consistiam na elaboração preventiva das *fattispecie* e das respectivas consequências sobre a base de fundamentos racionalmente verificáveis e de um concreto e universalmente aberto sistema ético-jurídico de conceitos, princípios, institutos e normas – dinamicamente constituídos em sistema em torno ao povo e ao cidadão, à *libertas*, à *potestas*, à *fides*; ao *bonum et aequum* recém-recordados, a ser permanentemente melhorado e desenvolvido. Elaboração de *fattispecie* destinadas quer a orientar cada caso que a variedade da vida produz – com obra de sapiente subsunção e adequação não repetíveis, mas racionalmente fundadas – quer a serem estudadas para a formação de novos juristas.

O trabalho dos Glosadores, relativamente à atividade dos juristas antigos, tinha suas peculiaridades, mas, basicamente, via-se a recolher a mensagem antiga por meio do texto escrito dos códigos, feitos próprios pelo Imperador – como já indicado *supra* – no quadro de uma confluência do papel das fontes: a ciência do direito e a lei. Os Glosadores souberam evitar que tal confluência conduzisse à prevalência da lei e que paralisasse o seu próprio papel de fonte do direito. Ao contrário, obtiveram desse fato suporte ao captar o papel fundante da ciência jurídica nos códigos e sobre esta desenvolver o seu trabalho, tanto que podemos dizer que precisamente

os códigos de Justiniano e de seus juristas foram os portadores da função da ciência jurídica e, como textos de ciência jurídica produtora de direito, de certo modo a refundaram com tal papel e responsabilidade. Soube o trabalho dos Glosadores, ainda, situar a própria elaboração em seu preciso contexto, realizando admiravelmente mediações e acréscimos por meio das técnicas já indicadas, com grande sensibilidade às exigências práticas e científicas.

Os juristas que vinham a Bolonha, provenientes de diversos países da Europa – da Península Ibérica à Polônia – quando formados, retornavam aos vários países da Europa levando consigo aquele método, aquela substância, aqueles textos e técnicas, assim como a consequente autoridade que haviam adquirido – ao ponto de serem *doctores* – e que transferiam no exercício da sua profissão nos atos, argumentações, decisões e ensinamentos. Estes, graças a tal competência, quotidianamente “constituíam” novamente tal direito, fazendo-o “ficar coeso em seu conjunto” e melhorando-o. Em torno a estes, graças à autoridade do Império e da Igreja ou dos diversos soberanos, floresciam novas Universidades ou se desenvolvia, nestas, o estudo do direito com prestígio internacional: Salamanca (1218), Pádua (1222), Toulouse (1229), Orléans (1235), Montpellier (1260 aprox.), Avinhão (1256 aprox.), Valladolid (1293), Roma (1303), Perugia (1308), Praga (1348), Pavia (1361), Colônia (1388), Lovaina (1425), assim como Nápoles (1224), Lisboa/Coimbra (1288), Kracóvia (1364), Viena (1365), Heidelberg (1386), Erfurt (1392), Turim (1404), Saint Andrews (1413), Rostock (1419) etc.

Universidades, juristas e sua formação são o motor do grande evento da compreensão *sub specie iuris* e, portanto, normativo e transformador da realidade social. Logo, são estes que devem constantemente encontrar em si mesmos, na própria capacidade de inovação, os instrumentos para desenvolver o direito para a realidade histórica em contínuo desenvolvimento.

Quando surgiu a Glosa, Azo, com a *Summa Codicis*, já havia indicado novos horizontes. À técnica dos glosadores segue um tipo de obra que se afasta do texto estudado e o reformula, dando vida a comentários que consentem novos espaços para desenvolvimentos interpretativos inovadores. Os Comentaristas, entre os quais despontam as figuras de Cino de Pistoia

(1270-1336), Bártolo de Saxoferrato (1314-1357) e do seu aluno Baldo de Ubaldis (1327-1400), Paolo de Castro (1360/62-1441), Giason do Maino (1435-1519), dão vida àquele que foi designado o *mos Italicus iura docendi et discendi*, que prolonga a sua atualidade até concorrer, com os outros métodos que sucessivamente se desenvolvem, à realização da codificação moderna e além. Estes enfrentam, mais do que os seus antecessores, o problema do enquadramento da relação do sistema de direito romano e do universalismo da jurisdição do imperador com o novo direito emergente nas regras das corporações de mercadores e banqueiros, nos Estatutos e nos costumes que, enquadrado como “direito particular” e em parte territorial, deve ser aplicado prioritariamente ao direito comum, mas interpretado restritivamente (*statuta stricte interpretanda*).

4.5 | Também o direito da Igreja desenvolve, graças à influência que recebe dos Códigos de Justiniano, o seu completo amadurecimento como um direito comum, sem contradições e, ao mesmo tempo, a sua posição paralela aqueles. Vivendo a grande parte dos cristãos dos séculos das origens segundo o direito romano, este havia penetrado na vida da Igreja, que passou a assumir termos, técnicas e instituições por ela transformados, algumas vezes, de modo profundo (pense-se, por exemplo, na questão da *aequitas*), com reflexos também no âmbito da elaboração eclesiológica e teológica (pense-se, por exemplo, no *corpus*, nas *res communes* etc.). Se em época antiga as compilações dos textos deste direito limitaram-se aos atos legislativos (cânones conciliares, decretais etc.), o objetivo da harmonização dos textos – posto ao centro da *Concordia discordantium canonum*, dito Decreto de Graciano (por volta de 1140) – manifesta a penetração profunda de um método que se concretiza seja na construção dos casos escolásticos, seja nos *dicta Gratiani* ou nas ligações que instaura também com os textos do direito romano, assentando as bases teóricas para uma elaboração sistemática que torna própria e independente. Isso se estabiliza na formação dos juristas *in utroque iure* e no *Corpus Iuris Canonici*, que constitui a referência em torno ao qual se organizam os textos posteriores até o *Codex iuris canonici* de 1917. Algumas das Universidades distinguem-se exatamente pelos estudos de direito canônico, como é o caso de

Oxford e Cambridge, fundadas no início do século XIII; em Paris – fundada por volta de 1200 –, o ensino do direito romano foi proibido a partir de 1229, permanecendo a Faculdade de direito canônico.

4.6 | Na Península Ibérica, à presença de juristas de formação bolonhesa se conecta a produção da *Ley de las Siete Partidas* (1265), de Afonso X, “o Sábio”, fruto de uma complexa exigência de traduções em língua castelhana e de sínteses simplificadoras dos textos da inteira obra de Justiniano. Nesta, de modo semelhante a quanto já se indicou ter ocorrido também com a tradição oriental, o conjunto dos textos de Justiniano foi traduzido, parafraseado, epitomado, composto sob uma nova ordem unitária na qual foram integrados também os textos de direito canônico, as fontes bíblicas e os escritos dos pais da Igreja (Patrística), dos glosadores e de juristas castelhanos, além de normas de direito do reino. De um lado, a permanência das fontes mais antigas (*Fuero Real*, *Fuero Juzgo*), na hierarquia das fontes fixada pelo *Ordenamiento de Alcalá* (1348), expressão de outras articuladas estratificações precedentes; de outro, a variada, mas difusa acolhida das *Siete Partidas*, estendidas a Portugal, e a colocação ao lado destas do aparato das glosas de Gregório Lopez (1496-1560), que desenvolve, com uma diferença substancial em relação à Magna Glosa, remissões não tanto internas ao próprio texto, mas, sobretudo, externas a este, conectando-o significativamente à Magna Glosa e aos escritos dos Comentaristas. Essas duas realidades caracterizam e articulam o uso da codificação justinianeia na Península Ibérica, uso que vê o poder legislativo operar de modo mais amplo, empenhado também em compilar as ordens que dita (particularmente, em Castela, após a tentativa do *Ordenamiento de Montalvo*, de 1484, a *Nueva Recopilación*, de 1567 e, em Portugal as *Ordenações Afonsinas*, de 1446, *Manuelinas*, de 1521 e *Filipinas*, de 1603). O importante florescer das universidades, a formação homogênea dos juristas e a autoridade de Bártolo e Baldo constituem a base integradora e unificadora dessas variadas e convergentes experiências.

Nos “Pays de droit écrit”, da França do sul, durante o século XIII, a preparação científica em direito romano recebida nas Universidades ultrapassa o precedente uso do Código Teodosiano no âmbito de uma atuação

que atinge um elevadíssimo nível científico (o “Piacentino” ensinou em Montpellier; J. de Révigny e P. de Belleperche ensinaram em Orléans). Na Alemanha, a recepção do direito romano desenvolve-se no quadro de referência do Império e da formação, em seu interior, de estruturas administrativas racionais orientadas por diversos princípios, assim como da substituição do tipo de processo alemão – expressão do juízo dos pares – por uma forma de juízo e de sistema de prova racionais, conforme o modelo do direito comum romano-canônico. No curso dessas transformações, a experiência vinha demonstrando que os juristas provenientes das Universidades eram superiores, seja aos nobres que aos outros tipos de operadores do direito tradicional, tanto na análise quanto na resolução das questões. A consequência foi que os nobres viram-se obrigados a estudar o direito se quisessem desempenhar bem as suas funções. É, portanto, o profissionalismo aliado à competência – armada de *rationes, regulae, casus, definitiones* etc., dos argumentos e lógicas verificáveis do direito romano codificado – a prevalecer sobre aqueles que não os possuíam. É a perícia dos juristas que leva à aplicar aquele corpo de direito complexo e, provavelmente por isso, capaz de dar respostas aos problemas de uma sociedade que se tornava, ela também, cada vez mais complexa. Um reconhecimento definitivo desta recepção, produzida pelos juristas por meio do desenvolvimento da sua atividade profissional, tem-se com a criação do *Reichskammergericht* – Tribunal de Câmara do Império (1495) –, cujo regulamento determinava que a metade dos juízes devesse ser composta de peritos em direito romano e a outra metade de cavalheiros também preparados em direito. O Tribunal, de todo modo, devia julgar com base no “direito comum”, isto é, com base no *Corpus iuris civilis* (com exclusão de algumas partes, que não se faz necessário precisar nesta sede); este devia valer-se dos direitos locais, basicamente consuetudinários, somente quando comprovados pelas partes em juízo, o que exigia a redação por escrito destes, raramente existente, e favorecia o uso do direito romano. Também nos Países Baixos a centralização judiciária associa-se à presença dos juristas romanistas e leva à constituição do Grande Conselho de Malines (1474) e à adoção do processo romano-canônico e do direito romano. É digno de nota como, no bojo desta adoção, tenha sido também ordenada

a redação dos costumes por Carlos V, em 1531, para que estes pudessem ser utilizados em juízo –, o que, de fato, foi implementado na Bélgica. Na Holanda, separada do sul, o comando de redação dos costumes não teve sequência, adquirindo vida um fenômeno de intenso uso exclusivo e nacionalizador do direito romano que desaguou no “direito romano-holandês”, difundido a seguir em seu vasto império colonial (África do Sul, a atual Guiana britânica, Ceilão, Índias holandesas) e perdurante na África do Sul – *Roman-Dutch-Law* – onde o uso inclusive prático das obras doutrinárias elaboradas sobre os textos justinianeus não foi envolvido no evento da renovada codificação moderna (*infra*). Em outros países, como a Polônia, por exemplo, na falta das citadas intervenções de centralização judiciária, cresceu o uso do direito romano codificado pela formação dos juristas e da Universidade. Todavia, não é esta a sede apropriada para se tratar analiticamente de uma difusão dos textos justinianeus ao mesmo tempo tão variada quanto profundamente homogênea em sua substância, que parte de Bolonha e se espalha pela Europa – do Atlântico até as regiões não alcançadas pela tradição oriental –, nas quais, no entanto, o veículo principal de tais textos foram os juristas, sua formação, sua capacidade de dar soluções racionais e portadoras de um conteúdo vertido em texto escrito, na elaboração do qual e em confronto com o qual desenvolve-se cientificamente a sua experiência e perícia, assim como a possibilidade de discutir racionalmente as suas conclusões.

4.7 | Uma ulterior contribuição, mais indireta, ao uso da obra justinianeia chega com o humanismo jurídico, que se desenvolve na Itália do norte e na França a partir das pessoas e obras de A. Alciatus (1492-1550), Budeus/Budé (1467-1540), U. Zasius (1461-1535), recebendo o nome de *mos Gallicus*. Vão recordados J. Cuiacius/Cujas (1522-1590), D. Godofredo (1549-1622), A. Fabro (1557-1624), F. Hotman (1524-1570), H. Donellus (1527-1591). Diversamente do que acontecia na Idade Média, a postura relativa à antiguidade que amadurece com o Humanismo restringe a sua avaliação positiva ao período que vai do século I a.C. ao século III d.C., cujo epicentro é constituído pela época de César e Cícero, Virgílio, Augusto, Trajano e Adriano. A tensão em direção à busca do direito

dos juristas clássicos para além das alterações introduzidas por Triboniano, que são concebidas como verdadeiros “delitos” contra o pensamento e a obra dos grandes juristas cujos escritos foram utilizados nos Digestos, faz preferir às vezes, ao pressuposto da unidade e coerência do texto justiniano, a admissão de possíveis contradições conexas com a história e o remanejamento dos textos e faz individuar as interpolações. A ênfase ciceroniana sobre o *ius civile in artem redigere*, traduzida também em uma obra que não chegou até nós, mas presente no texto *De Oratore*, 1,42,187 e s., concorre ainda a motivar uma profunda rejeição com relação à ordem expositiva do Código de Justiniano e dos Digestos e a apreciar aquela das Instituições, radicada na obra de Gaio e centrada sobre algumas poucas categorias sistemáticas gerais (D. 1,5,1: *personae, res, actiones*), que evidenciando na sua sequência o primado do direito das pessoas estão em consonância com a visão geral de mundo então sustentada; esta induz a tentar construir uma nova e mais racional ordem de exposição da matéria. Nessa reorganização sistemática dos conteúdos, assim como com a aceitação das possíveis contradições entre os textos e dos remanejamentos, abrem-se novos espaços e o reconhecimento de uma maior riqueza e variedade de perspectivas provenientes dos próprios juristas antigos. Isso renova ulteriormente as interpretações, sempre partindo, porém, daqueles textos codificados por Justiniano, aos quais se retorna para criticar certas leituras e propor outras novas que também se inserem, de modo vital, no posterior trabalho dos juristas, entrelaçando-se com os resultados do trabalho dos juristas do *mos Italicus* e acrescentando-os. O maior interesse pelo discurso sistemático encontra-se, em seguida, com os desenvolvimentos do racionalismo.

4.8 | A idade das grandes revoluções e das codificações do sistema jurídico romanístico começa com as grandes descobertas geográficas: da descoberta daquele que foi chamado o “Novo Mundo” à circunavegação de todo o globo. Realiza, portanto, a superação do universalismo fechado da Idade Média, chegando a conceber o Império como algo em que “o sol jamais se põe”. Completa, também, a superação da estrutura feudal da sociedade e da conexas contraposição entre as suas instituições e as do direito romano

do Império, *ratio scripta* para uma *iuris dictio* que renovou o seu próprio universalismo estrutural, culminando com as revoluções políticas e sociais – da Francesa àquela da independência latino-americana, à de Outubro, e a da República Popular Chinesa –, assim como com o processo de codificação e constitucionalização em que se desenvolve o confluir das duas grandes fontes de direito do sistema: a ciência jurídica e a lei. Este longo processo ainda está em curso (Cuba, que havia recebido o Código espanhol de 1889, em 1987, criou um próprio; a Federação Russa aprovou um novo Código Civil entre 1994-1995 e o Brasil em 2002; a China o está elaborando,¹ ou seja, ainda estão em curso de elaboração projetos de códigos que possam responder às exigências de unificação supranacional do direito).

4.8.1 | No início desta época, a Segunda Escolástica espanhola enfrenta a nova realidade das “Índias” desenvolvendo a parte do sistema codificado de Justiniano que é a mais direta expressão da *ratio*, ou seja, o direito das gentes e o direito natural; realiza isso acentuando a utilização dos resultados da reflexão filosófica, de matriz aristotélico-tomista. Tal desenvolvimento, sustentado pelo direito canônico (bula papal *Sublimis Deus*, de 1537), traduz-se na vedação de reduzir à escravidão os homens que são, em tal Novo Mundo, os donos das suas coisas (R.P., Madri, 2 de agosto de 1530 e cap. 20-25 das *Leyes nuevas de Indias*, de 1542), o que não consegue impedir, todavia, nem muitos abusos graves nem tampouco o transporte, para ali, de escravos trazidos do Velho Mundo, mas que apesar disso estabelece as bases para uma sociedade que em breve renova a consciência no nexos entre *res publica* – independência – eliminação da escravidão (unidade da *libertas* em oposição ao *regnum*, à *dominatio*, à *servitus*). A tal desenvolvimento se fazem acompanhar as disposições (1530 e 1555) de Carlos V sobre o respeito dos “costumes e as formas de viver dos indígenas” (*Recopilación de Indias* 2,1,4; 5,2,22) – forte expressão da perspectiva do Império atento à pluralidade dos povos e ao valor do costume (recordei já a atenção deste soberano aos costumes com relação à Bélgica) –, além da elaboração da doutrina das “duas repúblicas”, uma dos indígenas e outra dos espanhóis (*Instrucción* a Canete, de 1556). Ulteriormente,

a ideia de “Quinto Império” do jesuíta português Padre Antônio Vieira (1608-1697), entre direito e profecia, abre caminho à ideia da “Roma Americana” avançada por José da Silva Lisboa no momento da independência e conectada com a formação dos juristas, a ser radicada, já então, no Brasil.

A presença do sistema de direito romano codificado é alimentada, a seguir, pelas migrações – principalmente de espanhóis e portugueses – por meio das quais se realiza uma “transusão” deste e da já mencionada tradição ibérica, castelhana e lusitana, nos séculos XVI-XVIII. Transferem-se as *Siete Partidas*, fundam-se as Universidades (San Marcos, de Lima e a do México, em 1551), os navios espanhóis transportam às Índias bibliotecas inteiras de direito romano comum e de direito régio, derivantes da obra de Justiniano e de seus juristas, assim como obras fundamentais foram também impressas na América. Desenvolveu-se a ciência jurídica local do barroco americano, herdeira de uma precoce superação das instituições feudais, acompanhada por uma forte intervenção de um legislador longínquo, cujas disposições não sempre podem ser “cumpridas” e que o jurista deve saber avaliar (*recurso de suplicación; la ley se obedece, pero no se cumple*) e de um exercício da jurisdição com vértices centralizantes e unificadores. Esta ciência – refiro-me a juristas como Hevia Bolanos (1570-1623), J. de Solorzano Pereira (1575-1655), até F. J. de Gamboa (1717-1794); a estes, de certo modo, poderiam ser emparelhados os tratadistas e “decisionistas” portugueses, cujos escritos projetavam-se sobre o território brasileiro, a começar por A. Valasco (1526-1593), F. de Caldas Pereira de Castro (1543-1597), A. da Gama Pereira (1520-1595) – valeu-se do método e das soluções dos romanos para guiar a convivência daquela nova realidade de povos em imensos e inimagináveis espaços, os quais, pela primeira vez, são vividos e concebidos de modo articulado, porém unificado pelo direito romano; naquela América que, após a independência e diante do risco de perder a própria consistência, com um desenho de unificação e defensivo decidiu-se chamar “Latina”.

4.8.2 | A racionalidade intrínseca à postura dos juristas romanos, plasmada nos Digestos e nos textos das fontes antigas, constituiu uma via para

enfrentar a crise gerada pela Reforma e pelas guerras a ela conexas no centro da Europa. Nas obras produzidas, o sistema que vem sendo edificado – deduzido de princípios filosóficos – intersecciona-se com o sistema de conceitos e institutos do *Corpus Iuris*; mas os novos princípios filosóficos assumidos, que gravitam em torno do desenvolvimento do individualismo, oferecem os instrumentos para uma unilateralidade de perspectivas e de releituras do direito romano que o transforma notavelmente; estes promovem um programa de transformações da sociedade que desemboca no iluminismo jurídico e na Escola do Direito Natural. No quadro da filosofia da época, Leibniz (1646-1716) ressalta “além dos escritos de geometria não há nada que se possa comparar à sutileza dos escritos dos juristas romanos”, nos quais encontramos “certíssimas e quase que matemáticas demonstrações”. O uso moderno das Pandectas nutre-se também de métodos e resultados deste discurso jusnaturalista que, precisamente, conecta-se com o seu trabalho na atualização do direito. Se pensarmos em H. Grócio (1583-1645), ou em *Les lois civiles dans leur ordre naturel* de J. Domat (1625-1696), ou nas *Institutiones iuris naturae et gentium* de Christian Wolff (1679-1754), vemos uma extraordinária riqueza de linhas que vão sendo desenvolvidas e, reciprocamente, influenciando-se.

Dessa situação resulta indireta, mas ulteriormente reforçado, o tipo de trabalho centrado sobre as *Institutiones*, que já vinha sendo valorizado desde os humanistas mais do que não o fora em época antiga. Os “institucionalistas”, ou seja, os autores daqueles “princípios e elementos” do direito que são as obras institucionais, por um lado, enriquecem as suas obras com conteúdos buscados em outras partes do *Corpus Iuris* – conteúdos separados da discussão dos exemplos e dos problemas, no exame dos quais as soluções eram amadurecidas; conteúdos simplificados e expostos de forma prevalentemente axiomática, segundo a ordem expositiva sistemático-institucional, que, por assim dizer, tende a irradiar-se sobre a totalidade do direito – e, por outro lado, oferecem a sua ordem e o seu aparato conceitual seja às obras de direito natural, seja à redação do direito consuetudinário ou, em todo o caso, das diversas legislações locais, que assim adquirem consistência. Às obras de *Institutiones iuris Romani* emparelham-se obras de *Institutiones iuris naturae et gentium*,

às vezes do mesmo autor (famosíssimo J.G. Heineccius, [1681-1741]), obras de comparação (*Institutiones iuris Romano-Neapolitani* etc.) e obras de direito consuetudinário ou civil (*Institutes coutumières; Institutiones Juris Regni Neapolitani; Instituciones de derecho Real de Castilla y de Indias* etc.).

O ALR prussiano de 1794 representa a expressão mais significativa de uma das linhas que vinham emergindo: ele é fruto da Escola do direito natural, da programaticidade nesta incluída e também da ligação que esta instaura com o absolutismo paternalista daquele estado territorial moderno, que assume o objetivo do mais completo controle sobre a produção do direito, assim como do próprio texto de direito produzido (considere-se a redação por obra do legislador dos princípios gerais do direito, que devem estar contidos no próprio código, par. 49, e a obrigação de recorrer ao legislador diante do *casus dubius*, para que este o esclareça, cf. par. 46-48). Paralelamente, mas em outra direção, em Portugal, a *Lei da Boa Razão* (1769) e a reforma pombalina dos Estatutos da Universidade de Coimbra (1772) concentram-se no jurista, em sua formação e na bagagem comum e aberta constituída pelo "Uso Moderno das mesmas leis romanas entre as Nações que hoje habitam a Europa".

4.8.3 | O *Code Napoléon* (1804) é o código da Revolução que cancelou os resíduos das instituições feudais (podemos considerar este código como o vértice do complexo de códigos que inclui os códigos de comércio, penal, de processo e a própria codificação constitucional. Nos acenos que seguem, ater-me-ei às referências ao Código Civil, assumindo-o como emblema do processo de codificação).

Creio que a leitura do título D. 50,17 das *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae*, de R.-J. Pothier (1699-1772), ofereça uma indicação fundamental para a compreensão imediata do papel dos Códigos de Justiniano na preparação dos códigos modernos e, especificamente, do *Code Napoléon*. No citado título, de fato, encontramos expostas por Pothier mais de 2.000 *regulae*, um número muito superior ao daquelas ali colocadas pelos juristas de Justiniano; e isso foi feito extraíndo-as de outros fragmentos presentes nos demais títulos da obra, separando-as dos

respectivos contextos, generalizando-as e colocando-as de acordo com uma ordem sistemática derivante daquela das Instituições, com um isolamento do enunciado normativo da totalidade do discurso no contexto originário que se põe sobre uma das linhas dos desenvolvimentos metodológicos referidos e, ao mesmo tempo, indica-nos a via que leva ao *Code*. Certo, não pode ser esquecida a variedade de outros percursos e contribuições que precedem, colocam-se ao lado e dão sequência a estas páginas de Pothier, com relação às quais, além da costumeira menção aos frutos do iluminismo jurídico, queria sublinhar aquela dos “institucionalistas”, recém-indicados e, sobretudo, queria indicar a corrente profunda, constituída pelo uso quotidiano e direto dos textos romanos, que parte do *mos Italicus* e se enriquece ecleticamente das outras sucessivas contribuições já recordadas e que, com estas páginas, é solidária e as torna inteligíveis. As páginas deste título restam, todavia, emblemáticas.

Semelhantemente emblemáticas são páginas como aquelas de O. Taglioni (*Codice civile di Napoleone il Grande con confronto delle leggi romane [...] ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia*, 3 v., Milão, 1809-1811). Estas, com as extensas notas de comentário a cada título do Código (1806) – que o conectam com as fontes romanas e respectivas discussões sobre as estas, das quais resultou –, constituem um testemunho imediato, ainda que parcial, do papel que tais fontes conservam após a aprovação do código e de como este é visto em solidariedade com o sistema e deste assuma significado.

A esta “solidariedade” se refaz, aliás, a acolhida do *Code Napoléon* em tantos países fora da França e a recuperação deste por parte dos próprios soberanos da restauração (na Itália, de Nápoles a Módena e a Turim). Tal solidariedade envolve também o *ABGB*, de 1811, do qual, todavia, não se deve deixar de sublinhar as peculiaridades, ainda que as tabelas comparativas de Saint-Joseph – ao colocarem lado a lado os artigos dos diversos códigos da época – tendam a evidenciar indiretamente a consciência do sistema comum. As notas das *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, do projeto de F. García Goyena (1852), mostram, com o mesmo imediatismo daquelas ao Código Napoleão, já referidas, de um lado o enriquecer-se do complexo de textos dentro dos quais

vem se inserindo a elaboração dos sucessivos códigos e, de outro lado, o permanente papel dos códigos de Justiniano e a comunhão dos conceitos, princípios e institutos que se vai recodificando, sem fragmentar o sistema.

4.8.4 | A releitura dos códigos de Justiniano e dos desenvolvimentos posteriores realizados sobre estes está na base daquela apropriação do direito romano que se renova na América Latina com a Revolução para a sua Independência: os códigos da transfusão do direito romano e da independência, que têm início com aquele do Haiti/São Domingos (1825) e, sobretudo da Bolívia (1831), veem – já naquele do Peru, de 1852 – o surgimento de uma releitura própria destes e da tradição do direito romano comum da América Latina como um todo, paralelamente àquela das releituras europeias contemporâneas. Isso cresce nas obras de A. Bello (*Código Civil do Chile*, de 1856), de A. Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Civis*, de 1858 e *Código Civil. Esboço*, de 1860-1865), de D. Vélez Sársfield (*Código Civil da Argentina*, de 1871), e encerra-se com aquela de C. Beviláqua (*Código Civil do Brasil*, de 1917). Nesses Códigos, melhor do que nos europeus, a unificação da consideração jurídica da pessoa mantém a tutela romana desde a concepção e desenvolve a aquisição e gozo para todos os homens, do modo mais amplo, dos direitos previstos por tais códigos, sem diferenças entre cidadãos e estrangeiros, sem exigir condições de reciprocidade, em uma perspectiva francamente universalista e aberta. A releitura dos textos antigos é emblematicamente representada pelas *Notas* de Vélez ao Código Civil argentino, no articulado destas, publicadas em paralelo por determinação oficial do próprio Governo que promulgava o Código. Esta é significativamente ligada às Universidades, a partir da reforma da Universidade do Chile realizada por A. Bello, que priorizam a formação do advogado, especialista na língua comum para a renovada convivência do continente, “república de repúblicas” (S. Bolívar) que ainda tem dificuldade em encontrar a própria forma. Amadurece, assim, a afirmação da “romanidade do nosso direito” (A. Teixeira de Freitas), de um *mos Latinoamericanus iura legendi et docendi* dotado de um acentuado universalismo, a apropriação definitiva da “Roma Americana” (*supra*), o sistema em sua unidade, especificidade, capacidade de

resistência e capacidade de aportar contribuições autônomas ao próprio sistema (a respeito desses códigos latino-americanos, veja-se o artigo relativo ao “Sistema jurídico latino-americano e códigos civis”, publicado neste volume).

4.8.5 | É também em uma releitura dos Códigos de Justiniano – aquela constituída pelo *Direito romano atual*, de K.F. von Savigny – que encontramos a base da obra da Pandectística alemã, até B. Windscheid e o *BGB* alemão de 1900, expressão extrema do confronto que o *Professorenrecht* das universidades alemãs realiza com as grandes transformações industriais do século XIX, mas também expressão extrema do esforço de sintetizar nos conceitos técnicos a essência viva daquela corrente profunda, sem o recorrente e permanente contato com a qual o articulado dos códigos se atrofia. A esta obra seguem, sem fratura, mas ainda assim inovando, a unificação do direito privado – civil e comercial –, o reemergir da dimensão social, a renovada atenção aos aspectos objetivos realizada no Código Civil italiano de 1942, isso tudo também graças à contribuição oferecida pela reabertura do leque das múltiplas perspectivas incluídas na obra de Justiniano, lida sempre como “viva” (C. Ferrini), e à adoção dos princípios nela contidos para enfrentar os ulteriores problemas surgidos nos conflitos sociais, na sociedade industrial (poderiam ser recordadas sentenças que se valem de fragmentos em matéria de *negotiorum gestio* para enquadrar acordos entre arrendatários e proprietários a fim de evitar greves; ou discussões doutrinárias como aquelas sobre o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade aquiliana e, sobre a necessidade de colocar, ao lado desta, hipóteses de responsabilidade fundada sobre critérios distintos de imputação; ou contribuições como aquelas de E. Betti). Tampouco se pode omitir o sinal relativo à unificação supranacional do direito constituído pelo *Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni*, que, neste contexto toma vida graças à vontade do romanista V. Scialoja.

4.8.6 | Em Moscou, a Revolução de outubro foi produzida por uma multiplicidade de fatores, entre os quais – hegemônica – a aspiração a uma revolução social que guiasse as transformações industriais pretendidas

com celeridade. Não é apenas a transposição da referência à “ditadura” de um único magistrado a toda uma classe que nos adverte imediatamente da complexidade dos fios que se entrelaçam no esforço de construir o novo edifício (ainda com referência ao singular a haviam mencionado S. Bolívar, J. Gaspar de Francia e G. Garibaldi). Em Moscou, à antiga tradição oriental dos códigos de Justiniano e das suas sucessivas reelaborações em grego – da Terceira Roma – havia se sobreposto, ou a ela confluía, a tradição decorrente da universidade de Bolonha, fundada sobre o texto justinianeu e sobre o retorno constante a este, que permanece como um fio sutil, tenaz e prolífico, que não apenas produz o Código Civil da Nova Política Econômica (NEP), de 1922, assim como aquele de 1964, elaborado com base na lei sobre os princípios de 1961, e agora aquele da Federação Russa de 1994-1995, mas, também, a ciência jurídica própria que, significativamente, renova a tradução dos Digestos (*v. infra*), e, como verdadeiro centro propulsor autônomo de referência, concorre a alimentar o acolhimento do sistema por parte de outros países (*infra*).

4.8.7 | A concretização do universalismo do direito romano codificado nos últimos séculos desenvolve-se também por meio dos novos códigos modernos; estes, às vezes, em algumas áreas, constituem o primeiro veículo por meio do qual ocorre a apropriação do sistema.

A inserção dos códigos nos países de direito muçulmano é setorial e não abrange a todos. Ela é, em certos casos, meramente externa e constituída apenas pela forma (em artigos, como a Magalla otomana, de 1869-1876), enquanto em outros casos traz conteúdos do sistema romanístico (como o código civil-misto e o nacional egípcio, respectivamente de 1875 e 1883). O anteprojeto de 1896-1899 para a Tunísia, de David Santillana, chama a atenção sobre a relação entre os artigos do Código e o *Corpus Iuris*, os códigos europeus, as fontes muçulmanas malequitas e hanafitas, abrindo assim a porta à reflexão sobre o sistema e sobre a ciência jurídica da qual os códigos são expressão. Isso modifica o caráter da imposição da vontade do legislador e a contraposição de tais textos à grande tradição de ciência jurídica desses países solidamente ancorada ao direito muçulmano que esta produziu. De 1925 é a fundação da Faculdade de Direito da Universidade

do Cairo. É ainda grande a separação entre as duas ciências jurídicas no Código egípcio de 1948, de al-Sanhuri, no qual até a ciência jurídica romanística desempenhou o próprio papel e no qual os elementos do direito muçulmano são tidos em consideração. Essas presenças crescem nas experiências sucessivas de codificação e parece-me que o diálogo possa ainda se desenvolver e ser aprofundado.

4.8.8 | No Japão, o Código Civil (1896) é a expressão do acolhimento do sistema. As ciências jurídicas francesa e alemã introduziram por primeiro a relação com o sistema, mas, após a realização do código e em decorrência da fundamental necessidade posta pela lógica unitária deste, instaurou-se uma mais complexa reflexão, da qual um sintoma é seguramente a tradução do *Corpus Iuris* lentamente em curso, ainda que a pressão da presença de outros complexos de experiência jurídica, como o *common law*, tenha aberto, nos últimos 50 anos, dinâmicas que parecem divergentes.

Em Pequim, a abertura em direção aos direitos ocidentais, que amadurece sucessivamente em relação ao Japão, conduz, no início do século XX, à escolha de orientar-se rumo ao sistema romanístico – codificado –, mas a realização do código resta frustrada por fatores internos e externos (o projeto de 1908 não entra em vigor em função da queda do Império e da instauração da República em 1911; o projeto de 1931 não penetra na sociedade por conta da guerra movida pelo Japão e da sucessiva grande Revolução, que desemboca, em 1949, na instauração da RPC; todavia, o código está em vigor em Taiwan). A Universidade (1904), que previa a Faculdade de Direito (*fa lu xue men*), torna-se um novo motor no desenvolvimento deste. Após a Revolução e a instauração da República Popular Chinesa, a escolha já realizada em direção ao sistema jurídico romanístico e codificado encontra confirmação na experiência própria e naquela que realizam alguns juristas chineses formados em Moscou: expressões emblemáticas são a Universidade do Povo Chinês (1950) e a reativação da disciplina de direito romano. Superado o período de niilismo jurídico da dita “Revolução Cultural” (1958-1977), a formação dos juristas passou a ser posta ao centro da criação do novo ordenamento que, aberto a todas as contribuições aparentemente úteis, põe, paralelamente a isso, a atenção

aos códigos de Justiniano. Também o próprio Ministério da Justiça havia criado a Universidade da China de Ciência Política e Direito (1952) e após, outras quatro instituições universitárias especificamente destinadas à formação dos juristas e à pesquisa no campo do direito. A isso se agrega uma lei sobre os princípios gerais do direito civil (1986). A atenção ao direito romano gera uma preocupação com a confrontação direta das fontes, que passa a traduzir (*infra*). O interesse é guiado imediatamente pela exigência de reflexão sobre o sistema no seu conjunto, que passa a ser apropriado cada vez mais (Jang P.). O diálogo entre juristas chineses e outros juristas do sistema do direito romano codificado é aberto e todo o sistema é enriquecido com a contribuição que disso deriva.

5 | O sistema de direito romano, codificado, oferecido *ad omnes populos*, projetado *in omnem aevum*, continuou a crescer segundo a linha da *civitas augecens* (cidadania unida por um sistema de princípios que se expande sem romper os fios sutis, mas fortes, que do *principium* – por meio da convergência da *ratio* com a contribuição de muitos – guiam o *processus*), “patrimônio comum da humanidade”, e enriqueceu-se, também, graças aos novos códigos.

Seria errado, do ponto de vista historiográfico e jurídico, afirmar que os códigos constituam uma ruptura relativamente ao sistema do direito romano e que sejam o fruto da vontade dos Estados de monopolizarem para si a produção do direito, do qual devem garantir a aplicação.

Um ponto de observação privilegiado para a compreensão global do sistema e dos códigos neste inseridos é o reenvio aos princípios gerais do direito. A elaboração de um conceito técnico de “princípios gerais de direito” não é própria dos juristas romanos, mas serve de ponte – certamente não a única – desenvolvida no milênio passado para guiar o nosso uso da obra deles. Tal conceito técnico encontrou, nos códigos, uma particular sanção (a respeito dos princípios gerais do direito, veja-se o artigo relativo a “*Principia iuris potissima pars principium est: princípios gerais do direito* (notas sobre a formação de um conceito)” publicado neste volume).

A referência aos princípios gerais do direito, acolhida em muitos códigos civis, é também recebida pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça

(art. 38, 1, “c”; já presente no art. 73 da Convenção de Haia de 1907 sobre o Tribunal arbitral; art. 38 n. 3 do Estatuto da Corte Permanente de 1920), onde parece desempenhar o papel de uma renovação moderna da já citada referência ao direito romano para o Tribunal de Câmara do Império.

Deve ser considerado, todavia, o projeto de construção do Estado moderno territorial absoluto, conjugando-se com o nacionalismo, tenha produzido aquela doutrina estatal-legalista que se tornou hegemônica na segunda metade do século XIX, sobretudo na Europa ocidental. Aqui, uma parte majoritária da ciência jurídica aderiu, contraditoriamente, a tal tendência, preocupada em produzir a uniformidade jurídica nos estados nacionais e o respeito do direito por parte destes. Vértice conceitual da pretensão de nacionalizar o direito foi a transformação da referência aos “princípios gerais do direito” em “princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”, realizada pelo Código Civil italiano de 1942, com um fechamento do Estado sobre si mesmo, em que o direito romano não fazia mais parte na qualidade de sistema dentro do qual se insere o código, mas como material utilizado no quadro de uma ordem diversa (as “leis [romanas] devem ser ditas particulares de qualquer principado independente, uma vez que a sua necessária observância nasce do poder distinto de cada príncipe, o qual as quis receber e se satisfaz que sejam observadas em seu principado, com as moderações que lhes agradarem”, segundo as palavras antecipadoras de G.B. De Luca).

Pesado foi o tributo pago pelo jurista do sistema de direito romano ao estatal-legalismo, porque este pretende reduzi-lo a operar sobre textos postos em suas mãos como se fossem objetos a ele pré-constituídos e estranhos e, portanto, tende a privá-lo de qualquer responsabilidade em relação a estes, relativamente às tarefas de mantê-los sólidos em conjunto e melhorá-los e, contra as possíveis e historicamente verificadas aberrações da pretensa onipotência do legislador estatal, frente às quais não há mais uma possibilidade de crítica jurídica, mas tão somente política. Tende a produzir interpretações “nacionais”, em vez de suscitar interpretações harmonizadas no sistema. Perde a capacidade de reconhecer a existência do *ius gentium*, reconhecendo apenas o direito interestatal. De outra parte, negando tal função aos juristas, enrijecem-se os códigos e o

inteiro ordenamento legal e acentua-se a necessidade de produzir leis ao ponto de inflacioná-las.

A resistência do sistema fez com que o estatal-legalismo tenha sido utilizado de modo parcialmente contraditório, com a ciência jurídica conservando, em parte, sua característica de ciência supranacional, comunicante com o sistema e, mantendo ela a sua capacidade de atualizá-lo, ainda que de modo escondido, eventualmente guiando as sentenças dos juízes.

Agora, pois, frente à dita globalização, sente-se sempre mais urgente a necessidade de desenvolver um sistema orientado ao universalismo, dotado de princípios comuns – que do trabalho dos juristas são, ao mesmo tempo resultado e fundamento – que ponham as suas coerências ao serviço dos homens. O reconhecimento da existência do sistema e dos correlativos princípios gerais não somente torna pertinente, mas principalmente impõe um método de interpretação “sistemático em sentido pleno”, mensurado de acordo com a completa dimensão e estrutura do sistema no qual os códigos modernos e o conjunto das leis são partes, sem restringi-lo ou limitá-lo ao interno dos ordenamentos das diversas repúblicas singularmente considerados que, aliás, inclusive concorrem a produzi-lo. O direito romano comum continua a estar no horizonte da atualidade; o recurso aos princípios deste é necessário. Tais princípios, todavia, tampouco derivam de uma estatística e da maioria de opiniões ou regras, mas, segundo o próprio critério substancial proposto por Justiniano aos juristas que realizaram os seus códigos, a sua enucleação comporta a avaliação comparativa de todos os dados existentes e a escolha ou elaboração da solução melhor e mais justa (a respeito da globalização, veja-se o artigo relativo ao “*Ius Romanum commune* e igualdade entre os povos nas perspectivas dos BRICS”, publicado neste volume).

Também no quadro da recodificação contemporânea, o jurista do sistema jurídico romanístico apresenta-se em linha de continuidade com o sistema das fontes elaborado na época da formação do próprio sistema: a sua não é uma criação livre do direito, mas uma elaboração científica com a qual leva adiante e melhora quotidianamente o direito, na base da referência fundante aos homens, aos povos concretos e à coletividade dos juristas, que avalie, na discussão e no confronto, as propostas que do patrimônio

de princípios sejam extraídas, na busca compartilhada pelo bem comum. Esta elaboração se põe ao lado da lei, a assume e a engloba.

Neste contexto, o *Corpus Iuris*, os Códigos de Justiniano e de seus juristas devem tornar às mãos de todos os juristas e serem por eles “relidos”.

6.1 | O *Corpus Iuris Civilis* foi e continua a ser traduzido. Já acenei como a tradução caracteriza a tradição oriental. Não podemos certamente considerar uma tradução as *Siete Partidas* de Alfonso “o Sábio”, ainda que sintetizem e parafraseiem não poucos textos, enquanto de uma tradução em português do *Codex* tem-se apenas a notícia. As exigências da didática produziram numerosas traduções das *Institutiones* nas línguas modernas a partir do século XVI, quando encontramos a primeira tradução delas em alemão (Th. Murner, 1519). Para os *Digesta*, ou para o inteiro *Corpus Iuris Civilis*, as traduções se desenvolvem, em vez disso, paralelamente às codificações e à influência que estas tiveram também sobre os conhecimentos e o uso da língua latina entre os juristas: assim, vemos surgir na França a tradução de H. Hulot-P.A. Tissot-J.F. Berthelot-A. Bérenger, *Corps de droit civil romain*, v. 1-7, ed. Behmer et Lamort, Metz-Paris, 1803-1804; na Alemanha, de C.E. Otto-B. Schilling-C.F.F. Sintenis, *Das Corpus Iuris Civilis (Romani) in's Deutsche übersetzt*, v. 1-4, ed. C. Focke, Leipzig, 1830-1832; na Itália, F. Foramiti, *Corpo del diritto civile*, v. 1-4, ed. G. Antonelli, Veneza, 1836-1844; G. Vignali, *Corpo del diritto*, v. 1-10, ed. V. Pezzuti, Nápoles, 1856-1862; Avv. Italiani, *Corpus Iuris Civilis*, Ed. E. Perino, Roma, 1885; na Espanha, I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, v. 1-6, ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1889-1898 (este autor, em *Prologo*, p. IX, dá notícia de uma tradução dos digestos de A. Rodríguez de Fonseca, do final do século XVIII, reimpresso em Madri, em 1874 e de outras traduções parciais, 1861, e Barcelona, 1867, mas não pude ver estes textos). O empenho em traduzir, ainda que às vezes pareça apenas parcial, é retomado na segunda metade do século passado, com uma mais vasta série de envolvimento: vejamos, portanto, as traduções em espanhol de A. D’Ors-F. Hernández-Tejero-P. Fuenteseca-M. García Garrido-J. Burillo, *El Digesto de Justiniano*, v. 1-3, ed. Aranzadi, Pamplona, 1968-1975; em russo, a antológica, de E.A. Skripilev,

Iustiniani Digesta: fragmenta selecta, 1 v. (relativo aos livros 1-26), ed. Nauka, Moscou, 1984, e agora, integral, sob a direção de L.L. Kofanov, *Digesta Iustiniani*, v. 1-5 (livros 1-36), ed. Statut, Moscou, 2002-2004, v. 6 (livros 37-40) em curso de impressão (continua); em inglês, de A. Watson (curador), *The Digest of Justinian*, v. 1-4, ed. University of Pennsylvania, Philadelphia, 1985; em alemão, de O. Behrends-R. Knütel-B. Kupisch-H.H. Seiler, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, v. 1-3 (*Institutiones e Digesta*, livros 1-20 – continua), ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1990-1999; em holandês, de J.E. Spruit-R. Feenstra-K.E.M. Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertalig*, v. 1-6, ed. Walburg Pers, Zutphen, 1994-2001; a tradução em língua sérvia de A. Malenica, *Iustinianova Digesta. Prva Knjiga*, ed. Službeni glasnik, Beograd, 1977, não parece o início de uma tradução completa; uma tradução em japonês, também parcial, mas de muitos livros dos Digestos, é citada pelos colegas alemães, mas nunca a vi (*Corpus Iuris* cit., II, p. xxvi); uma, em chinês, foi começada como antológica, aos cuidados de S. Schipani, *Corporis Iuris Civilis fragmenta selecta*, com traduções de Huang Feng; Fei Anling; Ding Mei; Mi Jian; Fan Huaijun; Xu Guodong, v. 1-6, ed. CUPL, Pequim, 1992-2001, e agora os colegas adotaram a orientação de traduzir livros inteiros: Mi Jian, *Corpus Iuris Civilis. Digesten. Liber septimus*, ed. Law Press, Pequim, 1999; *Corpus Iuris Civilis: Digesta. Liber XVIII*, trad. de Liu Jian'an, ed. CUPL, Pequim, 2001; *Digesta. Liber XLVII*, trad. de Xue Jun, ed. CUPL, Pequim, 2005; *Digesta. D. 1*, trad. de Luo Zhimin, ed. CUPL, Pequim, 2008; *Digesta. D. 6*, trad. de Chen Han, ed. CUPL, Pequim, 2009; *Digesta. D. 8*, trad. de Chen Han, ed. CUPL, Pequim, 2009; *Digesta 41. De dominio. De possessione et de usucapione*, trad. de Ja Wanting, ed. CUPL, Pequim, 2011; *Digesta 12. De conditionibus*, trad. de Zhai Yuanjian, ed. CUPL, Pequim, 2012; *Digesta 9*, trad. de Mi Jian-Li Jun, ed. CUPL, Pequim, 2012; *Digesta 23*, trad. de Luo Guannan, ed. CUPL, Pequim, 2012. As referidas traduções do século XIX em francês, alemão e espanhol foram reimpressas, respectivamente ed. Scientia, Aalen, 1979; ed. Scientia, Aalen, 1984; ed. Lex Nova, Valladolid, 1989; as mencionadas traduções em italiano mostram-se de leitura difícil, especialmente aquela de Vignali que, todavia, segue sendo um guia precioso;

estas, todavia, não foram reimpressas. Iniciamos, pois, a realizar uma nova tradução dos Digestos: *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e Traduzione*, aos cuidados de S. Schipani, com a colaboração de L. Lantella, a partir das contribuições de diversos colegas e desenvolvendo um trabalho colegiado de revisão e harmonização das diversas contribuições (o grupo de revisão possui os seguintes colaboradores: S. Schipani, R. Cardilli, A. Petrucci, A. Saccoccio, M. Vinci, E. Calore), e publicamos, até agora, os volumes: I, livros 1-4, Milão, 2005; II, livros 5-11, Milão, 2005; III, livros 12-19, Milão, 2007; IV, livros, 20-27, Milão, 2011.²

NOTAS

1 Cfr. S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo. Norme e Idee*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2009, p. 527 ss.

2 Esta tradução dos *Digesta* é fruto de uma ideia apresentada por mim muitos anos atrás em um Congresso internacional em Perugia sobre: "O latim do direito" (cf. o volume dos *Atos*, aos cuidados de S. Schipani-N. Scivoletto, Roma, 1994). Cf., ademais, as sucessivas discussões preparatórias nos volumes *Il Linguaggio dei Giuristi Romani. Atti Convegno internazionale di studi. Lecce 1994*, aos cuidados de O. Bianco-S. Tafaro, Lecce, 2000 e *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano. Atti del Convegno di Studi. Sassari 22-23 novembre 1996*, aos cuidados de F. Sini-R. Ortu, Milão 2001 e, em especial, S. Schipani, *Primo rapporto sulla attività della ricerca: Il latino del diritto e la sua traduzione. Traduzione in italiano dei Digesta di Giustiniano*, in *Atti Lecce cit.*, 135 ss. (= in *SDHI*, 60, 1994 [senão 1996], *Studi in Memoria di G. Lombardi*, 553 ss. e *Intervento di sintesi*, in *Scientia iuris e linguaggio cit.*, 236 cit.), nos quais enunciei alguns critérios metodológicos que viríamos a seguir, ou seja, critérios de: aderência à perspectiva justinianeia de leitura do texto; de reconstrução, em todo caso, de um significado do texto, ainda que este tenha chegado até nós de modo desconexo; tendencial uniformidade da tradução com o uso das mesmas palavras quando impregnadas de significado técnico; "limpeza terminológico-conceitual" segundo uma "estratégia" de respeitar a máxima aderência possível ao texto latino, sobretudo em relação a uma série de termos e a algumas formas de elaboração do raciocínio que tenhamos julgado especialmente relevantes, cuja tradução não violasse um uso correto da língua italiana; não obstaculizado por "arcaísmos", mas ao mesmo tempo consciente das implicações de algumas limitadas escolhas "modernizantes"; autolimitação a fim de não pretender realizar uma "paráfrase", que interpretasse e explicasse o texto, mas a tradução deste, ainda que isso comportasse a permanência do seu caráter de texto árduo pela sua densidade, síntese e complexidade intrínseca aos conteúdos.

4.

PRINCIPIA IURIS POTISSIMA PARS

PRINCIPIUM EST: PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (NOTAS SOBRE A FORMAÇÃO DE UM CONCEITO)*

Sandro Schipani

Tradução de Osny da Silva Filho

4.1 | **PREMISSA**

Nos textos de leis, plebiscitos, senátus-consultos, constituições, decretos e, em especial, dos juristas da idade da formação do sistema jurídico romano,¹ segundo léxicos muito utilizados,² o termo *principium* seria recorrente com o significado de “início”, às vezes para indicar o “ato ou fato de começar”, a “parte inicial de algo”, indicando uma realidade que tem uma duração no tempo³ ou uma extensão no espaço,⁴ seja em particular um texto,⁵ seja um *opus*⁶ etc. Em outros casos, o *principium* adquiriu um significado específico, designando a “cúria ou tribo que fica em primeiro lugar” na votação,⁷ bem como, no plural apenas, aquelas partes dos acampamentos onde era exercida a jurisdição, ou eram tomadas outras decisões;⁸ o *principium* também indicava o foro que lá operava, a própria reunião, ou ainda o corpo dos oficiais.⁹

Nesses textos jurídicos, o *principium* não seria empregado para referir certos significados, como “os elementos constitutivos de uma realidade”, “o que constitui, direta ou indiretamente, causa de um fato ou de uma série de fatos”, ou então “o pressuposto eficiente de um desdobramento subsequente”, “o fundamento ou critério informativo e unificante imanente a uma realidade, e/ou à ciência dela”, “o conceito, o enunciado entre os fundamentos de uma doutrina, de uma ciência”.¹⁰ Mesmo assim, no latim antigo comum, o uso deste termo é corrente também nesses significados.¹¹

Em um recente estudo, foram enucleadas “três diretrizes” a respeito do significado de *principium*: este termo tenderia “a designar, respectivamente: o início, ou seja, a parte temporalmente mais remota; a origem, entendida aqui como ‘o início no sentido forte’, ou seja capaz de governar o processo em seguida; o elemento, isto é, o componente constitutivo.

Os primeiros dois significados se colocam no eixo do tempo; o terceiro, em vez disso, no eixo da estrutura. Em outras palavras: os primeiros dois remetem à diacronia, enquanto o terceiro, à sincronia”.¹² No próprio estudo já citado, a partir da expressão “princípios do mundo”, foi posteriormente frisado que “os fatores primordiais são os mais significativos no plano temporal, e são também geradores, e enfim estruturantes (como de componentes): verifica-se, portanto, uma ambiguidade objetiva que evoca todas as três diretrizes”.¹³ Foi, por fim, sublinhado que a recorrência do termo *principium* num texto de jurista (Gaio em D. 1,2,1) deveria ser atribuída ao significado de “origem”.¹⁴

Merece, portanto, ser examinada esta particularidade pela qual, nos textos jurídicos inicialmente mencionados, com a exceção do caso que acaba de ser lembrado, o termo *principium* não é utilizado em determinados significados, frequentes em outros tipos de textos. Em épocas posteriores, o *principium* torna-se frequente também em textos jurídicos, nos quais, tanto em sua forma latina quanto em suas traduções, adquire um papel central para o nosso sistema jurídico, por meio da locução “princípios gerais do direito”.

Assim, começo com o exame de algumas notas referentes ao uso que Cícero faz do termo, em *De republica* e em *De legibus*, e também do já citado e conhecidíssimo texto de Gaio, aceito por Justiniano nos títulos introdutórios do Digesto (D.1,2,1).

4.2 | **O USO DE *PRINCIPIUM* POR CÍCERO EM *DE REPUBLICA* E EM *DE LEGIBUS*: NOTADAMENTE SOBRE O SIGNIFICADO DE *PRINCIPIA IURIS*, E DA CONFORMIDADE DO DIREITO ROMANO A ESSE USO EM SEUS “MOMENTOS FORTES ORIGINÁRIOS”**

(A) Cícero utiliza frequentemente o termo *principium* em todas as suas formas e significados.¹⁵

Em textos anteriores a Cícero, é possível localizar o uso de *principium* com o significado de “início”, para indicar “o ato ou fato do começar”, a “parte inicial de algo” (Plauto, Terêncio etc.¹⁶); de “soldados que estão na primeira linha”, posicionando-se para a batalha (Terêncio¹⁷); de “pri-

meira parte de um discurso” (Catão¹⁸); e, finalmente, com o significado de “pressuposto eficiente de desdobramentos subsequentes” (Terêncio¹⁹). O mesmo se pode dizer do ablativo adverbial, no significado de “no início”, “em primeiro lugar”, “dantes”.²⁰

Na *Rhetorica ad Herennium*, assim como no *De inventione* e no *De oratore*, ao lado do uso da linguagem comum no significado débil de “início”, encontramos um uso técnico preciso, típico da retórica, que concebe o *principium* como a “parte inicial” de uma *oratio*, o *exordium*, o *principium orationis*,²¹ *quod Graece prohemium appellatur*,²² no que é explicado *illud de quo disputetur*,²³ na sucessiva *narratio*,²⁴ e graças ao qual *statim auditoris animum nobis idoneum reddimus ad audiendum*.²⁵

Outras vezes, percebemos que o significado de “início”, “parte inicial”, implica explicitamente um encadeamento (causal), ou uma relação de derivação e/ou dependência do que se segue; indica o “pressuposto de um desenrolamento subsequente”, o “fator identificador” de uma realidade que tem um *extremum*, um *exitus*.²⁶ Isso revela o reconhecimento de um “momento forte” que molda uma realidade que dele procede; que nela possui uma “primazia de classe”; que expressa, em relação à ordem da sucessão dos fatos no tempo (antes/depois), uma estruturação ulterior que dele depende. O *principium* de algo identifica-se nas suas próprias *causae* e *rationes*.²⁷ Numa visão geral, afirma-se que *a diis immortalibus principia ducuntur*,²⁸ expressando então uma concepção da realidade que insere em uma visão religiosa o “primado” daquele “início”, designado pelo termo *principium*: opera-se, portanto, uma leitura da realidade que, apesar de poder implicar uma saída dos horizontes do tempo, parece não escapar deles, e nos impulsiona a entender o significado que eles podem ter em relação ao que é estruturante, e a apreender a coexistência dos diferentes significados.²⁹

(B) No *De republica*, observamos as mesmas condições de uso já mencionadas do termo *principium* em 1,36,56;³⁰ 2,2,4;³¹ 2,9,16;³² 2,20,35;³³ 4,3,3;³⁴ e 6,22,24.³⁵ Também nesses textos, *principium* tende, ora mais, ora menos, a significar a particular relevância e a função de fundamento do que ele mesmo designa, porém sempre sem excluir o sentido do existir

antes no espaço e no tempo. Particularmente em 2,9,16, Rômulo, ele mesmo definido como *principium*, configura-se como “o fundamento”, a presença material de quem cumpre o ato fundante de uma realidade ordenada, organizada, estruturada: a *res publica*, sem detrimento da dimensão temporal.

Nesta obra encontramos, porém, duas novidades:

(a) Em primeiro lugar, a locução *naturae principia* (*De rep.* 3,4,7³⁶), que define tendencialmente “os elementos rudimentares/constitutivos da/segundo a natureza”. No texto citado, onde são confrontadas as evoluções das diferentes cidades, a expressão indica os ingredientes desses possíveis desenvolvimentos, alimentados por categorias diferentes de sábios, uns atuando *verbis et artibus*, outros, *institutis et legibus*; ingredientes que, todavia, também são elementos iniciais sobre os quais se enxerta um desenvolvimento que envolve o fator tempo.

Não creio que seja necessário determinar pontualmente se fontes desta locução, que é testemunhada aqui pela primeira vez na língua latina,³⁷ tenham de ser consideradas numa reflexão sobre os *πρῶτα κατὰ φύσιν* /*prōta katá phúsin* dos estoicos,³⁸ e/ou possam ser procuradas, embora se distinguindo, em outros usos parecidos de *principium* atestados, na mesma época, em discursos que possuem conotações epistemológicas análogas: assim o uso de Lucrécio em *De rerum natura*,³⁹ inspirado pelas noções de “elementos primordiais”, “átomos” de Epicuro,⁴⁰ ou o uso de Terêncio Varrão.⁴¹

De qualquer forma, parece-me clara a novidade de significado do termo, correlata à sua associação à *natura*,⁴² pelo tipo de análise que a *natura*, como realidade estruturada, implica relação às coordenadas temporais: com efeito, o tipo de concepção da “natureza”, de análise e representação de si própria, e de inclusão nesta representação do componente tempo, vem a interagir com, e/ou a comprimir os perfis diacrônicos no significado de “princípio” na locução que estamos examinando.⁴³

(b) Em segundo lugar, no famoso *somnum Scipionis*, deparamo-nos com um esforço na definição do *principium*, tendencialmente como

“início no sentido forte”, que evidencia, porém, seu significado de momento/elemento/evento etc., caracterizado pelo fato de que antes dele não há nada: *...principi autem nulla est origo; nam ex principio oriuntur omnia, ipsum autem nulla ex re alia nasci potest; nec enim esset id principium quod gigneretur aliunde; quodsi numquam oritur, ne occidit quidem umquam...* (6,25,27; reproduzido depois em *Tusc. disp.* 1,23,54).

Neste caso também, deixando de aprofundar as raízes dessas reflexões,⁴⁴ parece-me que o termo está inserido num discurso de tipo filosófico, que evidencia radicalmente o caráter de fonte a partir da qual “tudo é originado, enquanto ele não poderia nascer de nenhuma outra coisa”; que “nunca nasce e nunca se põe” com as necessárias implicações sobre seu significado de “elemento primordial”, “fundamento” e, portanto, dotado de uma relação própria com o tempo e as outras realidades, pois é “eterno” e “move a si mesmo”.⁴⁵

Esta definição é certamente geral, mas é importante que se recorra a ela para referir-se à *mens*, ao *animus* do homem, “componente eterno” dele.

(C) O *De legibus* também se inscreve, por alguns usos, em uma linha inovadora.

(a) Além do uso no significado que decerto inclui plenamente a dimensão diacrônica (*De leg.* 1, 22,59; 2,7,15⁴⁶), deve ser primeiramente considerado aquele do *De leg.* 2,14,36, no qual se articula um sutil jogo semântico. Aqui, com efeito, no contexto de uma análise dos *nocturna sacrificia*, dos *mysteria*, dos *sacra nocturna* e da necessidade de *leges dare populis* em seu mérito, são mencionados *illa quibus ipsi initiati sumus [...]* *Athenae*, por meio dos quais se afirma que *vera principia vitae cognovimus*.⁴⁷ O uso dos termos se dá com atenção às suas ambigüidades, mas é claro: os ritos iniciáticos-*initia* permitem conhecer os “inícios verdadeiros” da vida, além da aparência, e, acrescenta-se depois, a partir deste conhecimento, recebe-se a *ratio* para uma maneira de viver mais serena e também para morrer com melhor esperança.⁴⁸ Fica igualmente patente que, embora permaneça o significado de “iniciar”,

a riqueza semântica do termo *principia* refere-se principalmente à realidade metafísica.

(b) Já tratei dos *principia naturae*; mas é decerto relevante o uso deles em *De leg.* 1,17,46,⁴⁹ no contexto de um discurso globalmente dedicado *ad stabilenda iura* (1,13,37). Discute-se aqui a questão se a *natura* ou a *opinio* fundamentem a justiça, e de uma maneira geral o juízo sobre o que é *honestum* ou *turpe* (1,15,42-16,45). Assim como à natureza tem de ser referidas as avaliações sobre as qualidades de uma árvore ou de um cavalo, para aquilo que seja digno de louvor, é necessário *in se habeat* que seja louvado, igualmente o que é bom não é assim porque desse modo é considerado, mas porque o é por natureza (1,17,46).⁵⁰ O bem e o mal são *principia naturae*, “elementos primordiais” dela (e também, graças à relação com a *natura*, referências estáveis, não sujeitos às opiniões e decisões dos homens).

(c) A afirmação de *De leg.* 1,9,27: [*deus hominem*] *principium reliquarum rerum esse voluit*, parece ecoar o célebre ditado de Protágoras, no qual o termo “princípio” substitui *μέτρον* / *métron* / “medida”.⁵¹ Por iniciativa da divindade, o homem foi dotado de celeridade de pensamento, de sentidos ao serviço dele, de conceitos gerais iniciais,⁵² de postura erguida, quase para solicitá-lo à contemplação de céu (1,9,26); a dele é uma *praeclara condicio*⁵³ que aqui, mais que ser vista em relação à participação à *ratio* que o une intimamente aos Deuses, exalta sua posição entre as *res*, e a natureza da qual é dotado, que *ipsam per se ... longius progredi*, pois ela é capaz de desenvolver os conhecimentos iniciais, confirmá-los e aperfeiçoá-los (1,9,27).⁵⁴ Nesse contexto, o homem é definido *principium*, com um uso deste termo que o torna um *hapax* extremamente rico em significado, que remete à “primazia de classe” expressa pela imagem espacial e temporal, traspondo-no num discurso que tendencialmente prescinde de tais coordenadas (este uso poderia também ser comparado ao do *De rep.* 2,9,16, *supra* B, onde Rômulo é definido *principium rei publicae*, e do *De rep.* 6,25,27, *supra* B.b, onde o *principium* refere-se ao *animus, mens* do homem).

(d) A locução *principia iuris* recorre duas vezes, em dois textos. No primeiro, ela indica o objeto do que será tratado, e, no segundo, ela é repetida para ser enfatizada: *De leg.* 1,6,18; 1,10,28.⁵⁵

Os *principia iuris* devem ser buscados na *lex*, desde que se considere como lei aquela *ratio summa, insita in natura* (*De leg.* 1,6,18), que para alguns consiste na *prudentia* (*De leg.* 1,6,19) que se traduz em *aequitas*, ou para outros em *delectus* (*De leg.* 1,6,19). Mais ainda: se se busca a *stirps* do direito, ou seu surgimento a partir da *fons* (*iuris ortum a fonte repetere*), é preciso remontar à *natura* (*De leg.* 1,6,20) regida pelos deuses (*De leg.* 1,7,21) criadores do homem, que, por sua vez, participa da *ratio* (*De leg.* 1,7,22), mais exatamente da *recta ratio* (*De leg.* 1,7,23), que é comum, e une homens e deuses, de tal maneira que *hic mundus una civitas communis deorum atque hominum sit existimanda* (*De leg.* 1,7,23).

Não é este o melhor lugar para expor, ainda que sinteticamente, a concepção do direito de Cícero. Atendo-me às condições de uso do termo analisado, ele, como em *principia naturae*, é usado no plural, e, como no caso desta expressão, é usado para expressar um significado que se coloca num discurso com uma estrutura epistemológica análoga. Mas ele tem suas peculiaridades. O significado de “parte da realidade”, que está “no começo”, que possui uma “primazia de condição e potencialidade de conformação”; com o qual *congruere debent quae sequuntur*, com o qual é igualmente coerente o uso presente neste texto (*proficisci; ducere exordium; saeculis omnibus ante quam...*), é transformado pela estrutura do discurso: a prioridade no tempo torna-se prioridade metafísica, mas a ideia de “fundamento” fica mais nítida que aquela de “elementos primordiais”: o “fundamento”, o “critério/o fator que molda uma realidade”, qual seja, a realidade do direito.⁵⁶

(e) Parece-me, por fim, que, da existência de tais *principia*, que são conhecidos, origina-se outra novidade, o significado de “enunciado que forma um dos fundamentos de uma doutrina, de uma ciência”. Com efeito, em *De leg.* 1,13,37,⁵⁷ o termo *principium* define um enunciado, que deve ser cuidadosamente verificado, e que se coloca na base

de um conhecimento. Esse enunciado destina-se a expor uma realidade que poderia também ser expressa por outras palavras (1,13,38: *rebus non commutatis inmutaverunt vocabula*), e da qual, portanto, se percebe claramente a distinção da própria realidade descrita, com a qual, entretanto, ela tem correspondência (1,13,38: *haec quae dixi probentur*). O enunciado lega sua conotação como *principium*, a ser, como a realidade por ele exposta, “fundamento” de desenvolvimentos, mas em outro plano, de teor argumentativo (1,13,37: *buius sermonis*).⁵⁸

(D) Na sucessiva ampliação dos interesses filosóficos de Cícero,⁵⁹ não encontramos alguma novidade sob o perfil do uso do termo, e pode-se perceber que o uso que acabamos de apontar verifica-se raramente, enquanto é bem mais frequente o de “elemento primordial”,⁶⁰ além de, naturalmente, os significados inicialmente considerados.⁶¹

(E) Há outro texto de Cícero, no próprio *De legibus*, que, na minha opinião, apresenta um ulterior elemento para reflexão, sobretudo tendo em vista o significado observado em *De leg.* 1,13,37, de “enunciado fundamental” (*supra C.e*). Trata-se de *De leg.* 2,18,46 ss., no qual Cícero desenvolve, de uma forma mais extensa que no restante da obra, observações sobre a diferença entre o(s) seu(s) discurso(s) sobre o direito e o discurso dos juristas.

Após ter tratado (*De leg.* 2,8,19-2,9,22) as *leges de religione* (2,7,17) com termos um pouco mais arcaicos que os utilizados no dialogar, para que *plus auctoritatis babeant* (2,7,18); e após comentar uma série de disposições delas, Cícero passa a tratar *de sacris perpetuis et de Manium iure* (2,18,45), que dizem respeito ao direito pontifical ao direito civil (2,18,46). Aqui se coloca 2,18,46 e ss. A partir da referência às duas áreas do direito que acabam de ser citadas, Cícero observa que muito foi escrito sobre o assunto, e esclarecido *a peritissimis*, e que ele vai se ater a tratar apenas do necessário para esclarecer o *locus* a partir do qual possa ser deduzida cada *pars* de tal direito, para que não seja difícil, para quem tiver competência, perante qualquer nova causa ou consulta, dispor do *ius*, sabendo *a quo capite sit repetendum*. E aqui ele faz questão de evidenciar

a diferença entre esta maneira de proceder e a maneira dos *iuris consulti*, pois estes últimos frequentemente *quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur*, seja para ressaltar erros e mostrar que eles sabem mais, seja por ignorância *docendi*, não apenas porque saber algo é uma *ars*, mas também o *docere* tal coisa constitui uma *ars* específica e distinta (2,19,47). Com efeito, Cícero também ressalta, não seria necessário que ela se difunda, pois é suficiente *una sententia* mesmo para *loca* significativamente extensos (2,19,47). Ele ainda frisa: *hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur quibus implentur iuris consultorum libri* (2,19,48); e, após exemplificar isso, conclui que é possível ver como *omnia pendere ex uno illo* (2,20,50), ao passo que o restante, ensinado por juristas, acaba criando *questiunculae multae* que qualquer um resolveria *si ad caput referat* (2,20,51).

Sabemos o quanto é delicada e mutável a relação entre Cícero e os juristas, e entre ele e a ciência jurídica: uma relação caracterizada por sutis e diferentes motivos de caráter pessoal, também rica em considerações instigantes, às vezes polêmicas. Sabemos também que um, e certamente não o último núcleo destas últimas, é a opinião sobre a necessidade de *ius civile in artem redigere*, com finalidades didáticas, para a formação do *perfectus orator*; e também que outro núcleo próximo é o método de trabalho dos juristas, o uso dos instrumentos que podemos chamar, de uma forma parcialmente genérica, de dialética.⁶² Provavelmente, no texto que estamos examinando, a polêmica limita-se ao conhecimento e ao uso da *ars docendi* e, portanto, à economia expositiva melhor do ponto de vista didático.⁶³

Se é possível isolar as referências e as vicissitudes pessoais que estão por trás dos argumentos, como eu tendencialmente fiz parafraseando e sintetizando o texto, e se é possível focar apenas o ponto examinado, entendo que seja importante destacar a terminologia utilizada: *locus, una sententia, caput, pendere, repetere, referre*. Ela é confirmada: por exemplo, também no começo das *leges de religione*, Cícero declara que vai expô-las *non perfectae nam esset infinitum sed ipsae summae rerum atque sententiae*, e, querendo enfatizar sua importância, utiliza ali a expressão *legum leges* (2,7,18).

Isto é, falando a respeito da técnica de elaboração/exposição do direito, Cícero recorre à terminologia própria dela, que não inclui o termo *principium*, embora tal termo tivesse adquirido o significado de “enunciado fundamental”, que o tornaria por alguns aspectos homogêneos (ao ponto que os tradutores o utilizam frequentemente; até demais!).

É legítimo perguntar a razão disso, e acredito que seja possível sugerir uma dupla explicação: em primeiro lugar, ali se encontra a viscosidade, e/ou a especificidade-propriedade da linguagem e de suas articulações setoriais e, por isso, até entre os usos do mesmo autor, a terminologia elaborada para a metafísica não se transfere a uma exposição inspirada por questões da dialética (em sentido amplo), revelando a necessidade atentar para nuances ofuscadas por usos posteriores. *Principium*, até no sentido de “enunciado”, segue indicando aquele único enunciado que contém o “fundamento” metafísico. Em segundo lugar, analisado o *principium* no primeiro livro, e particularizado na *lex* como *recta ratio*, não há outro *principium*, outra parte da realidade que possa ser definida como tal; além disso, tendo a busca do *principium* caráter metafísico, ela constitui um olhar específico sobre o direito no seu complexo, e sua reconstrução-exposição é um problema que se coloca em outro plano metodológico e terminológico.

(F) Em Cícero, a separação dos problemas e da terminologia não significa fragmentação; aliás, a relação entre as duas partes do tratamento argumentação é extremamente sugestiva pela lúcida antecipação e indicação de caminhos que seriam posteriormente percorridos.

Como foi exposto na primeira parte da obra, Cícero acredita que a *disciplina* do direito não deriva *a praetoris edicto neque a duodecim tabulis*, mas *ex intima philosophia* (*De leg.* 1,5,17): as leis, com efeito, têm de ser avaliadas, e assim o são apenas aquelas conformes aos *principia iuris* e, portanto, à *ratio* que homens e deuses partilham. Consequentemente, ele expõe apenas leis conformes àquela *lex ad naturam expressa* (2,5,13), de que já tratamos; leis não *nullae* (2,6,14), e *quae numquam abrogentur* (2,6,14). Todavia, *ista constitutio religionum*, que ele concretamente expõe, não parece ser muito diferente das leis de Numa e dos *mores* (2,10,23). Pois, como ele destaca, justamente se considera que *omnium rerum publicarum*

nostram veterem illam fuisse optumam (2,10,23): segundo a célebre reflexão atribuída a Catão e relatada no *De republica* (2,1,2), o *status* da *nostra civitas* é superior às *ceterae civitates* por ser resultado do *ingenium* de muitos, consolidado pelo *usus* e pela *vetustas*. Neste ótimo nível, foram conformes as *leges* (2,10,23), que, portanto, e com razão, têm valor para todos (2,14,35: *non enim populo Romano sed omnibus bonis firmisque populis leges damus*).

Esta argumentação difere daquela contida na primeira parte da obra: ela tem em conta a realidade histórica de Roma e considera seu valor; e com esse pressuposto supera a tensão abstratamente latente entre realidade histórica e modelo ideal.

Isto é, começando *A Iove primordia*⁶⁴ *Musarum* (2,3,7), Cícero ilustra o direito de Roma, entrando na dimensão do valor de seus “momentos fortes”, que são antigos e coincidem com a fundação dos diversos conjuntos de normas, resultado da dialética de autocorreção que faz parte delas, enraizadas na referência à divindade e à contribuição de muitos homens consolidada pelo *usus* e pela *vetustas*. Ele constata a coincidência desse direito com aquele avaliado pelo instrumento conceitual que ele mesmo elaborou: os *principia iuris*. Naquela época, em que os acontecimentos históricos da república minavam perigosamente sua confiança, ele não sugere apenas uma elaboração teórica de um direito ideal, mas sim uma “releitura crítica” do direito de Roma, que revela e consolida a força dos momentos antigos; uma releitura que o leva a afirmar sua profunda conformidade à *ratio*, à *recta ratio*, aos *principia iuris*, da qual eles são expressão concreta.⁶⁵

(G) Em resumo, meu interesse é destacar que para Cícero o termo *principium*, para além de outras condições de uso (sejam elas genéricas e débeis, sejam elas específicas: por exemplo, *proemium*),

– significa o “início”, a “parte inicial” de alguma realidade, da qual expressa igualmente o sentido da “primazia de condição” pela “configuração” desta própria realidade, combinando a perspectiva temporal e espacial com a perspectiva estruturante;

- entre os usos com este significado, destaca-se aquele em que, especificado pela *res publica* (*principium rei publicae*), ele define Rômulo;
- no entanto, especificado pela *natura* (*principia naturae*), e inserido num discurso de análise física/metafísica da realidade em seus elementos constitutivos, adquire o significado de “elemento primordial” de tal realidade, comprimindo a perspectiva diacrônica; o bem e o mal também são designados assim;
- analogamente, especificado por *ius* (*principia iuris*) e sempre no contexto de um discurso metafísico, significa “fundamento” e define a *lex*, desde que essa seja conforme à *ratio summa insita in natura*, à *recta ratio*;
- ainda de forma análoga, relativamente aos elementos constitutivos do mesmo discurso, ele designa também o “enunciado” que expressa o “fundamento”;
- ele, porém, não é utilizado nem por Cícero na reconstrução/exposição do direito ou na definição de seus enunciados, até aqueles que são gerais, entendendo qual é seu papel, e para fazer isso usa *locus, una sententia, caput e pendere, repeter, referre*;
- com efeito, com a locução *principia iuris*, Cícero individualiza uma problemática referente ao fundamento do direito, que o leva a afirmar que tal seria a *lex*, como expressão da *ratio*, como *recta ratio*. As leis de Roma são conformes a esse fundamento, mas não qualquer lei ou aplicação judicial. São assim apenas as que surgem dos momentos antigos, resultado da contribuição de muitos, consolidadas pela prova do tempo (*usus/vetustas*), que correspondem à *natura* e ao homem que vive em sociedade com a divindade, e que por esta última foi concebido como *principium reliquarum rerum*.

(H) Cícero, num contexto geral de grande perturbação e incerteza da vida política e jurídica, que prepara uma evolução em que a continuidade com as origens não era percebida como adequadamente presente nas leis, e a conformidade dessas ao direito era ameaçada, em relação à dimensão da religião, do tempo e da *ratio*, propõe uma leitura crítica do ordenamento enraizada nos “princípios do direito”. A partir dela, abre a perspectiva

pela qual o direito de Roma, em tal conjunto de coordenadas e graças ao prolongado exercício desta por parte de muitos homens, é expressão dos *principia iuris*.

4.3 | **O USO DE *PRINCIPIUM* EM D. 1,2,1, COMO “INÍCIO QUE TEM EM SI, MAIS QUE EM QUALQUER OUTRA PARTE, SEU PRÓPRIO FUNDAMENTO”**

(A) Nos textos jurídicos (definidos inicialmente), o uso de *principium* a ser reexaminado no contexto da análise que estou desenvolvendo é o de Gaio, D. 1,2,1 *libro primo ad legem duodecim tabularum*⁶⁶:

Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est. Deinde si in foro causas dicentibus nefas ut ita dixerim videtur esse nulla praefatione facta iudici rem exponere: quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit omissis initiis atque origine non repetita atque illotis ut ita dixerim manibus protinus materiam interpretationis tractare? namque nisi fallor istae praefationes et libentius nos ad lectionem propositae materiae producant et cum ibi venerimus, evidentiore praestant intellectum.

Tendo de interpretar as leis antigas, considerarei necessário retomar antes os inícios da Urbe, não porque pretendesse escrever comentário dilatados, mas porque considero que em todas as coisas é perfeito aquilo que consta de todas as suas partes. E, em verdade, o princípio é a parte mais importante de qualquer coisa. Ademais, se não me parece lícito, por assim dizer, àqueles que defendem causa no foro expor o juiz ao assunto sem ter feito nenhum exórdio, [pergunto]: quanto mais inconveniente será para aqueles que prometem uma interpretação tratar diretamente de sua matéria, omitindo os inícios, deixando de remontar à origem, e, por assim dizer, sem ter lavado as mãos? Pois,

se não me engano, esses exórdios nos conduzem com mais gosto à leitura da matéria proposta, e quando chegamos a ela, eles facilitam sua compreensão.

O texto é muito conhecido, e já foi corretamente frisado que dele segue que “o *principium* é parte, aliás, *potissima pars*, de cada instituto e sistema jurídico vigente”; ou seja, a “teoria” gaiana não nega “a sequência antes-depois no plano temporal”, mas “atualiza o *principium*”, cuja “consideração é um momento imprescindível ou parte integrante da atividade interpretativa”.⁶⁷

(B) Mesmo sem examinar profundamente cada problema apresentado pela leitura deste texto, e a respeito do qual existe farta literatura,⁶⁸ julgo importante ressaltar que a *interpretatio*⁶⁹ que Gaio anuncia estar para fazer refere-se a algumas leis, as das XII Tábuas,⁷⁰ e serve para produzir resultados com valor atual, embora essas leis sejam antigas. Isto é, não se trata de uma atividade erudita ou antiquária,⁷¹ mas de uma atividade que visa fornecer aos juristas noções e argumentos que permitem melhor conhecer e aplicar o direito.⁷²

Para realizar esta interpretação, Gaio acredita que necessariamente é preciso “procurar novamente”, “recomeçar a partir de” um momento ou evento (*repetere a/ab*). Para estas leis antigas, ele considera necessário referir-se “aos inícios da Urbe”.⁷³ Gaio não está afirmando que para todas as interpretações é necessário remontar a estes inícios; mas o cânone metodológico que ele está aplicando, e que sucessivamente ele enuncia numa formulação geral (*interpretationem promittentibus-tractare*), possibilita inferir plenamente que a cada vez é preciso individuar especificamente esse “de quando” ou “de que”; ou seja, esses “inícios”, essa “origem”; continuando a ser necessário não os omitir, mas tentar, uma vez mais, possui-los intelectualmente. Razoavelmente, podemos afirmar que, para Gaio, este critério metodológico deveria ser aplicado igualmente àqueles *iura* que, nas palavras de Pompônio, começaram a “fluir” (D. 1,2,2,7) a partir das Leis das XII Tábuas, que justamente constituiriam os inícios deles; e também ao *ius Romanum* como um todo,⁷⁴ que, sempre nelas, veria, segundo as palavras de Lívio (3,34,6-7), sua própria “fonte”, e que foi codificado por Justiniano para todos os homens e tempos.

A primeira motivação por este cânone metodológico da interpretação é representada pelo critério absolutamente geral, segundo o qual em todas as “coisas” é *perfectum* o que consta de todas as partes. *Perfectum*, no sentido de “completo”.⁷⁵ Portanto, temos de “procurar novamente” uma “parte” necessária para que a *interpretatio* seja completa: os “inícios da Urbe”; portanto, a pesquisa para conhecê-los e os resultados encontrados são parte necessária da interpretação das antigas leis, assim como outros inícios o serão para outros institutos e normas.⁷⁶

O texto que estamos examinando segue desenvolvendo dois ulteriores motivos, para reforçar o fundamento da necessidade de *repetere a/ab*.

O primeiro deles (*deinde si in foro – tractare?*) toma como modelo a exposição das causas no foro. À diferença de estrutura lógica com que este motivo é referido ao assunto examinado, em comparação ao precedente, aqui analógica (*quanto magis*) em vez de ser afirmativa de uma identidade, corresponde a uma diferença na articulação do objeto, de *pars* a *praefatio*. O raciocínio, portanto, é: já que o “remontar desde os inícios” é “parte”, e não “prefácio”, se é condenável omitir este último expondo uma causa no foro, “quanto mais” etc.⁷⁷ Consequentemente, *a fortiori* é confirmada tanto a afirmação de que é necessário remontar desde os inícios, como de que o fundamento disso reside no fato de que os inícios são parte da interpretação.

O segundo motivo (*namque nisi fallor – intellectum*) traz um argumento referente à eficácia dos prefácios: nele, porém, de modo diferente do precedente, considera-se igualmente o “remontar desde os inícios”, e, à parte outras desarmonias, se introduz uma mudança na articulação e na definição da exposição inicialmente anunciada, a qual poderia ser relevante em relação à estrutura do assunto tratado.⁷⁸ As diversas observações concorrem a fazer com que ela seja considerada pela maioria dos estudiosos como de outra autoria justinianeia.⁷⁹ Em nenhuma hipótese é subestimada a importância da garantia de uma inteligência mais evidente e de uma maior compreensão (*evidentior intellectus*).⁸⁰

Em suma, o primeiro motivo indicado, argumentativa e ideologicamente proeminente, confortado pelo segundo, é que a busca a partir dos “inícios” é necessária, pois estes são “parte”.⁸¹ Mas não apenas uma parte qualquer,

mas sim aquela que “é mais si mesma”, “que mais fica em si mesma”, a “mais autossubsistente”, que “tem em si, mais que as outras partes, seu próprio fundamento”, é “mais fundamental que todas as outras” (*potissima*);⁸² e conseqüentemente a “que mais pode” em termos de consistência, e da qual as outras dependem; não opressiva, dominadora, mas sim suporte para as outras; informante; e, portanto, até mais carregada de elementos que permitem compreender o que ocorreu.⁸³ Primeira entre as partes de uma realidade por condição na ordem da consistência, da eficácia e da inteligibilidade: “princípio”.

(C) Inquestionavelmente, neste texto gaiano, *principium* designa realidades colocadas no tempo: o termo refere-se aos “inícios da Urbe”. O critério da necessidade de completude de uma realidade em todas suas partes pode ser aplicado para demonstrar a imprescindibilidade da interpretação das Leis das XII Tábuas segundo a qual elas se referem aos inícios da Urbe, pois tais inícios são “princípio”. Eles são requalificados, transformados: de “inícios” a “princípio”, sendo este último *potissima pars*. Em outras palavras, parece-me, por um lado, que “princípio” tem um significado que sem dúvida está relacionado com o tempo e, por outro, que ele acrescenta à realidade colocada no tempo e por ele definida o significado de ordem e, de alguma maneira, de estrutura/fundamento, e de primazia naquele contexto, que traz consigo, e que se esclarece como primazia do “ser” e do “fundar”.

Se, para melhor entendermos, buscamos uma ajuda nas fontes possíveis deste critério, o texto de Quintiliano nos ajuda pouco, *Ist. pr. 5*, que, apesar de ter sido indicado,⁸⁴ acaba sendo pouco pertinente.⁸⁵ Uma ajuda maior é oferecida por Aristóteles, *Pol. 1252^a*,⁸⁶ em que foi evidenciada uma “bivalência” do significado de *arché* entre a “perspectiva diacrônica pela qual a *arché* se coloca como ponto de partida de um processo conseqüente” e a “sincrônica, que considera a *arché* como uma componente estrutural”.⁸⁷ Políbio, 5,32,1, depois, lembrando um provérbio, oferece um enunciado completamente carente de contexto, e cujo alcance é tão amplo quanto a afirmação de Gaio, que porém tem seu antecedente em ditados deste tipo, que circulavam naquele tempo, e nos quais a bivalência do termo se desvenda, expressando bem seu núcleo de base.⁸⁸

A afirmação geral a respeito da primazia de subsistência do princípio, como parte de uma coisa, é critério de observação da realidade que envolve ambos os significados de princípio, tanto do ponto de vista do tempo quanto de elemento de uma estrutura (portanto, fundamento). Há uma interação entre o tipo de análise e o significado. Talvez seja oportuno observar que o princípio, como “momento forte”, representa uma síntese entre o perfil temporal com o perfil estrutural, funcional a uma concepção na qual os nexos não se estruturam apenas no eixo (o antes-depois, alternativo ao fundamento-estrutura), mas de uma maneira necessariamente unitária, em que o antes é qualificado e também é fundamento, entra no presente, porque (e até que) seu tempo próprio é presente, e a estrutura é o que se estruturou no eixo do tempo.

Em sua posição entre *initia urbis*, *initia* e *origo materiae interpretationis*, e *praefatio*, a afirmação pela qual o princípio de qualquer coisa é a parte que “mais é si mesma” revela as razões de um discurso jurídico que não está relacionado com um fluir indiferenciado de fatos no tempo, mas que estrutura seu próprio objeto em “momentos fortes” em que convergem fatores diferentes e é fixado um início, cujo unificado/unificante papel fundamental sustenta evoluções subsequentes: o princípio de uma realidade estruturada por ele; de um sistema. Segundo Gaio, a interpretação das Leis das XII Tábuas tem de se referir aos “inícios da Urbe”, à busca do princípio estruturante, componente constitutivo fundamental; isto é, aos quais o fundamento remete.

(D) Gaio é, entretanto, o jurista cuja obra que mais amplamente expressa a mensagem de *ius in artem redigere*, combinada com aquela metodologia típica dos juristas, que se inspirava na obra *generatim* de Quinto Múcio, e em cuja realização ele se serve abundantemente daquele tipo de exposição atenta às problemáticas da *ars docendi*, e propende para reduzir a apresentação de um argumento a *una sententia*, cujos desdobramentos remetem a momentos sucessivos do estudo.⁸⁹ Ressalta-se aqui como, bem nesta obra, parece evidente a busca de inícios dos institutos.⁹⁰ Nela, foi exatamente destacada “a aptidão do sistema a considerar, junto aos institutos vigentes, aqueles do passado”.⁹¹ Esta afirmação tem um sentido

que potencialmente vai além da referência ao sistema expositivo, apreendendo o sistema interno que organiza, e constantemente reorganiza e leva à unidade os nexos sincrônicos e diacrônicos que são compostos, em relação aos quais há um princípio, ou princípios.⁹²

(E) Na época de Gaio, em que a progressiva extensão da cidadania aponta para sua generalização, e o espaço da *urbs* cada vez mais coincide com o *totus mundus*,⁹³ numa revolução que atinge o papel de tal espaço em relação ao direito e às pessoas,⁹⁴ *principium* tem aqui novamente o significado que abrange as diversas diretrizes (espaço tempo estrutura) de suas cargas semânticas, que não podem ser circunscritas, pois a referência às *omnes res* é extremamente geral. Se, na referência a “cada coisa”, *principium* é um termo aberto à possibilidade de indicar a *interpretatio* de cada lei em particular, de cada instituto, e seus “princípios”⁹⁵ específicos; quando usado para indicar as “antigas leis”, ele define aquele feixe de significados convergentes nos *initia urbis*,⁹⁶ para cuja compreensão há que se considerar a ciência da riqueza das realidades à qual se dedicava a *iuris prudentia*, definida por Ulpiano como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (D. 1,2,10,2).

4.4 | **A REMISSÃO AOS “PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO” COMO CONVITE PARA UMA LEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO *CORPUS IURIS* E DE SEUS DESDOBRAMENTOS, UMA LEITURA QUE GARANTE A UNIDADE E A CONTINUIDADE DO SISTEMA NA EVOLUÇÃO REALIZADA PELOS CÓDIGOS DA ÉPOCA DAS GRANDES REVOLUÇÕES**

(A) A remissão aos “princípios gerais do direito” é um ponto central da atual elaboração do direito.⁹⁷ Ela foi fixada pela codificação ocorrida na época das grandes revoluções, como termo explícito de referência tecnicamente exata.⁹⁸

A primeira codificação que se valeu dessa remissão foi o CC Albertino/1838, art. 15, que declara: “Qualora una controversia non si possa decidere né dalla parola, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai

casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso”.⁹⁹ [“Caso uma controvérsia não possa ser decidida nem pela palavra, nem pelo sentido natural da lei, considerar-se-ão os casos similares precisamente decididos pelas leis, e os fundamentos de outras leis análogas: permanecendo, contudo, duvidoso o caso, dever-se-á decidir segundo os princípios gerais do direito, tendo em consideração todas as circunstâncias do caso”].

O precedente ALR prussiano/1794, par. 49, Introdução, como se sabe, remetia aos “princípios gerais introduzidos no código”, prescrevendo a autointegração do código e encarando-o em si mesmo. O CC Napoleão/1804, art. 4, não tinha estabelecido critérios para o juiz: a “equité”, concretizada no direito romano, era o sistema dentro do qual o código se colocava e se heterointegrava.¹⁰⁰ O ABGB/1811, par. 11, tinha remetido aos “princípios do direito natural” e “pensou-se que este direito natural poderia ser encontrado no *jus gentium* dos romanos”.¹⁰¹

O CC Sard./1838 (Código Albertino) resolvia essas oscilações com a formulação referida acima. Com ela, o artigo citado tratava não apenas problemas de competências entre função legislativa e jurisdicional,¹⁰² estabelecendo também um critério para a integração das lacunas e, de modo mais geral, para a determinação do “alcance das normas” por meio da interpretação, justificado pela exigência de afirmar a uniformidade e a unidade do direito contra as influências do tradicionalismo particularista, cuja expressão era representada pelo poder dos juízes.¹⁰³ O critério se traduzia no recurso ao direito romano tanto para a heterointegração das lacunas quanto para a orientação geral na interpretação.¹⁰⁴

A locução técnica plasmada expressa a vital remissão à totalidade do *ius Romanum commune* visto por meio do prisma de seus princípios. Como frisou Sclopis, que foi presidente da comissão do código: “Os códigos contêm os preceitos, mas não fornecem a razão deles. Para dominar a lei, costuma-se remeter às primeiras fontes, ao depósito sagrado onde está esculpido o brasão da nação togada do mundo. Os maiores legisladores dos povos civilizados se inspiraram nestes livros, por antonomásia definidos como razão escrita”.¹⁰⁵

O sucesso da locução manifesta-se no seu acolhimento pelo CC italiano/1865, art. 3, dos Dispositivos sobre a publicação, interpretação e aplicação das leis em geral, e pelo CC espanhol de 1889, art. 6.¹⁰⁶

Esse acolhimento se desenvolve sobretudo na América Latina, nos códigos da “transusão” do direito romano e da independência: o CC do Peru/1852, art. IX Tit. prel. (conservado nos CC seguintes, com interessantes desdobramentos no Código de 1984); o CC do Uruguai/1868, art. 16; e o CC argentino/1869, art. 16, determinam legislativamente a referência aos *principios generales del derecho*. Esta referência, junto à *equidad natural*, era prevista também no Projeto /1853 do CC do Chile, de onde foi tirado, pois se avaliou que o problema já tinha sido regulado pelo art. 3, n. 3, da lei sobre a motivação das sentenças (L. 12/9/1851), e sucessivamente confluído no Código de Processo Civil chileno/1902; esta circunstância causou algumas variações nos CC dos países que adotaram o CC chileno e que reintegraram a própria norma: CC do Equador, art. 18 n. 7; CC da Colômbia e Lei n. 153/1887 art. 4-8; CC de Panama, art. 13. Encontramos a mesma referência no CC D.F. do México/1870, art. 20, conservado nos sucessivos; CC do Brasil/1916, art. 7; CC da Venezuela/1916, art. 4, conservado nos sucessivos; L. orgânica do Poder Judiciário da Costa Rica/1938, art. 5; CC do Paraguai/1985 art. 6 co. 2.¹⁰⁷

É possível sintetizar o significado desta evolução na América Latina com as palavras de A. Bello, artífice e prócer do ensino do direito romano, criador do novo modelo de Universidade da independência,¹⁰⁸ autor do código do Chile: o direito romano “é a origem e a fonte de todos os direitos”; trata-se do primeiro direito a ser conhecido, pois, “antes de tudo é preciso conhecer os princípios gerais do direito, e sucessivamente passar às deduções particulares”, representadas pelos ordenamentos específicos que cada código contribuía a consolidar.¹⁰⁹

A este mesmo sucesso pertence a previsão de remeter *a generalibus juris principiis* no can. 20 do Codex Juris Canonici/1917.

(B) Foi observado que, enquanto na terminologia dos juristas da época republicana e do principado, que respeitava a variedade de regras e institutos, o direito romano era definido ao plural, como *iura populi Romani*, o mesmo

é conceitualizado, inicialmente em textos históricos e filosóficos e depois em textos jurídicos, como *ius Romanum* ao singular, com uma “função sistemático-histórica de unificação”. Isto é, a partir da época de Diocleciano, a elaboração conceitual e a terminologia unificadora, que usava esta locução em textos jurídicos, tinha se tornado também uma maneira para afirmar a continuidade e unidade na inovação, criando desta forma para Justiniano um instrumento dogmático conforme aos objetivos substanciais que ele assume: o *ius Romanum commune*.¹¹⁰

Talvez seja possível imaginar que, assim como na época da formação do sistema, a expressão *ius Romanum* tinha caracterizado a evolução que determinou a codificação unitária justinianeia do *ius Romanum commune*, também na época da Revolução Francesa, da Revolução para a independência da América Latina e da Revolução Soviética (e apesar das diferenças entre velho e novo mundo), na inovação da definitiva eliminação das instituições políticas medievais e da afirmação da modernidade, a remição aos “princípios gerais do direito” caracteriza a reafirmação do sistema do direito romano no mundo de hoje. Como resultado de uma época iniciada com as revoluções da geografia do mundo, as codificações se traduziam na substituição do livro manuseado cotidianamente pelos operadores do direito; a remição aos “princípios gerais” passa a ser um dos instrumentos conceituais que garantem a continuidade, a unidade e a releitura crítica do sistema de direito romano comum, na articulação dos novos códigos das novas repúblicas.

A mensagem de Cícero, ainda fragmentária, era clara na criação de um instrumento conceitual (*principia iuris*) apto a configurar uma análise que pudesse considerar os fatos, até normativos, em nome da referência ao homem (por “causa” do qual, como virá a afirmar Ermogeniano, *omne ius constitutum est*¹¹¹), a partir da *recta ratio* que o coloca em comunhão com a divindade, que é princípio de tudo, e apto a fundamentar uma leitura crítica do direito romano, bem como sua reconstrução que ofereça as bases para aquela identificação entre direito romano, em seus momentos fortes, e *principia iuris*, e *ratio*. A mensagem de Gaio buscava enfatizar o papel principal e fundante dos *initia urbis* e, mais em geral, a importância dos princípios como instrumento capaz de apreender o valor estruturante,

portanto, atual e produtivo, de momentos fundantes do direito, em seu conjunto e para cada instituto; o papel de parte não dominadora do presente, que “é mais si”, que embasa, suporta, constitui em sua própria ordem as consequências que dela derivam.¹¹²

O remeter aos “princípios gerais do direito”, concebido a partir das elaborações que foram abordadas, e pelas perspectivas que delas derivam (pense no uso do direito romano *imperio rationis*, como *ratio scripta*, e como *ratione imperii*), conectado a outras áreas de trabalho presentes na elaboração romana do direito (já apontei o *ius in artem redigere*, a elaboração institucional, as *regulae* etc., mas foi sublinhado o alcance bem mais geral deste tipo de trabalho¹¹³), não faz surgir elementos completamente novos no sistema.

Nos novos Códigos, apesar de aproveitar de um trabalho de séculos e formulações antigas, o direito romano é reescrito, reformulado, como se estivesse sendo realizada uma operação dedutiva (ou reconstrutiva e dedutiva) a partir do *Corpus Iuris* e dos seus desdobramentos, ou de algumas proposições nele contidas, que são peneiradas, e cujo alcance é generalizado.

Consequentemente, disso decorre a generalização da necessidade de remeter aos “princípios” de tais deduções para preencher as possíveis lacunas ou para interpretar as formulações propostas; para garantir a continuidade entre as novas formulações e as precedentes.¹¹⁴ Outra consequência, por esta mesma razão, é a necessidade de explicitar aquela grande parte do discurso jurídico que permaneceu implícita, e na qual a mudança de texto, por um lado, e a necessidade de desdobramentos, por outro, operam como exigência de explicitação.¹¹⁵

Ao qualificar os “princípios” como “gerais”, este instrumento conceitual, formulado num contexto cultural em que os instrumentos linguísticos, lógicos e argumentativos dominantes eram fortemente sensíveis ao modelo de ciência consolidado no iluminismo,¹¹⁶ mas no qual eram igualmente fortes as ferramentas que estavam ligadas ao *mos italicus*, ao bartolismo e à filosofia escolástica, orienta-se claramente a definir o “elemento constitutivo fundamental” e o “enunciado que o expressa”, no eixo da estrutura, norteados por uma concepção do direito análoga aos modelos de ciência citados. Destaca-se como o direito romano e seus desdobramentos, parte

fundante do direito, são parte do presente, “hodierno”/“atual”; a partir dele, de seus momentos fortes/fundamentais, se deduz. Isso sem menosprezar a inclusão do tempo, que é estruturado dentro do discurso jurídico.

Tal ferramenta conceitual exalta e prioriza as implicações estruturantes do “princípio”, e, em última análise, apreende e prescreve uma função “principal” do direito romano e de seus desdobramentos, do *Corpus Civilis* e das grandes obras concebidas a partir dele, bem como uma releitura que sempre tenha presente o significado pleno de “princípio”.

(C) Portanto, o conceito técnico de “princípios gerais do direito” indica os elementos constitutivos e informantes de uma realidade – o direito do nosso sistema – concebida como uma estrutura que engloba a dimensão do tempo, o sentido da origem, não dominadora, mas fundante. Refere-se ao *Corpus Iuris Civilis*, e às obras realizadas a partir dele, que foram reconhecidas, que o aprimoraram, e que precisam ser relidas criticamente a partir de seus princípios (no significado combinado e plurivalente de “princípio”). Os códigos da época das grandes revoluções (e o conjunto da legislação) com a remissão aos “princípios gerais do direito” expressam o reconhecimento pelo legislador da identidade e da continuidade do sistema.

NOTAS

* Publicado em *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 3, Napoli, 1997, p. 631 ss.

1 Sobre a definição de um “latim do direito”, e a oportunidade de particularizar analiticamente os tipos de textos nele incluídos, ver *Atti del Convegno Internazionale “Il latino del diritto”*, a cura di N. Scivoletto-S. Schipani, Roma, 1994.

2 Ver, em geral, B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius civile pertinent significatione, in meliorem ordinem redactum opera studioque J. G. Heineccii*, nov. ed. J. H. Beihmerii, Halae Magdeburgicae, 1743, s.v. *principium* indica: *initium; loca castrorum; principes militum*; H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 ed., Jena, 1907 (rist. Graz, 1958) indica: “Anfang; Hauptquartier; Versammlungen der Offiziere; Offizierkorps”; AEG. FORCELLINI (et alli), *Totius Latinitatis Lexicon*, Patavii, 1771, 3, s.v. *principium*, 542; P.G.W. GLARE (ed.), *Oxford Latin Dictionary (OLD)*, 1977, s.v. *principium*, 1459.

3 Ver, por exemplo, D. 40,4,41 pr.: *principio duodecimi anni*; C. 3,1,14,1: *non solum in principio litis*; Lex Romana Burgundionum 30,3: *et in principio litis nominare debebunt*.

4 Ver, por exemplo, D. 43,20,1,8: *principia fossarum*.

5 Ver, por exemplo, Gai. 4,154: *interdictum, cuius principium est ‘Unde tu illum vi deieicisti’*; D. 32,22 pr.: *Si quis in principio testamenti adscripserit*.

6 Ver, por exemplo, D. 43,24,15,4: *... si a principio operis coepti annum quis numeret*.

7 Ver Lex Quinctia de aquaeductibus, 3: *Tribus Sergia principium fuit* (Front., *De aquae*. 129); Lex Comelia de XX quaestoribus, 2; Lex Acilia repetundarum, 1.

8 Ver, por exemplo, C. 12,46,1 inscriptio: *cum introisset principia*; Nov. Theod., 1,6: *apud militum sancta principia*.

9 Ver, por exemplo, D. 49,16,12,2: *principiis frequenter interesse*; Const. Summa, 4: *principia numerorum*; C. 12,37,16,1c.2.5.

10 Criei este quadro reformulando aquelas propostas a partir de AEG. FORCELLINI (et alii), *Totius Latinitatis Lexicon*, cit. (sobretudo em relação a: ἀρχή / *arché*: *origo*; *de primis elementis, rudimentis*; *ducere ab aliquo, proficisci descendere*; ver também a edição atualizada e ampliada org. por F. CORRADINI, Patavii, 1871, 3 s.v. *principium*, 865, em que: *de primis elementis rudimentis precisa et propositionibus universalibus artium*); e por OLD, cit. (particularmente em relação a: 3. “that from which anything grow or origin”, 6. “the rudimentary particles of which matter is composed, elements”, e 8. “a guiding principles, basis”, “a premiss or starting-point of an argument”), com a ajuda das definições do *Grande Dizionario della Lingua Italiana (GDLI)*, org. por S. BATTAGLIA, 14, Torino, 1988, 382 ss. e do *Vocabolario della Lingua Italiana [Treccani]*, 4, Milano, 1991, 1104 ss. É interessante observar que a *Enciclopedia (Einaudi)* particularmente no v. 16, Torino, 1984, não cita esse termo.

A evolução dos significados de *principium* e a de *arché* são muito próximas, mas não pode ser aprofundado aqui. Para *arché*, ver. para todos g. Dellling, s.v. ἀρχω – ἀρχή/ *árcho* – *arché*, em *Theologisches Wörterbuch zum Neuen Testament*, (org. por G. Kittel), Stuttgart, 1933, 1, p. 476 ss. (tr. it., 1, Brescia, 1965, p. 1271 ss.). Para ambos os termos, indistintamente, g. Calogero, s.v. *Principio*, in *Enciclopedia Italiana [Treccani]*, 28, Roma. Sobre a evolução do ceneito, traçada por este último autor, quero salientar duas questões: em princípio, a escola iônica define *arché* como “a substância primordial, da qual se considera que derivam todas as coisas... o termo guarda, mesmo assim, seu original significado temporal. Todavia, a prioridade cronológica é ao mesmo tempo prioridade de valor, pois o ‘princípio’ apresenta-se assim como mais real que todas as coisas que dele derivam, aliás, como realidade única”. O sucesso do termo, utilizado extensamente também por Platão, dependeria de Aristóteles, que “por um lado utiliza (*arché* como termo equivalente a *αἰτία* / *aitia* (causa) ... por outro lado, como a ordem lógica corresponde à ordem real, ... como fundamentos de qualquer demonstração”. Tanto a distinção como a relação com “causa” e o contexto em que isso se verifica têm de ser considerados, para discernir os significados nos contextos.

11 Ver os léxicos da língua latina citados. Uma verificação pode ser realizada por meio de *Aureae Latinitatis Bibliotheca. CD-Rom dei testi della letteratura latina*, a cura di P. Mastandrea, Zanichelli-Olivetti.

12 L. Lantella, *Potissima pars principium est*, in *St. Sanfilippo*, 4, Milano, 1983, p. 290. O autor aborda os significados separadamente, explicitando também “em termos mais sintéticos, com uma tradução talvez livre, e mesmo assim eficaz do ponto de vista da imagem: – o início, – a semente, – o módulo”. Ele frisa ulteriormente que “a primeira acepção representa verossimilmente o impulso primordial, ao qual se liga imediatamente

a ideia da “semente”; no entanto, no caso em que haja uma referência a unidades estruturadas, pode-se compreender como nos “elementos” é possível enxergar uma espécie de semente, e assim o “módulo” configura-se com uma especificação da “semente” em termos estruturais.

Esta linha de interpretação leva a questionar se, no “início no sentido forte”/“semente” não se expressa uma especificação do “módulo” no campo temporal, configurando unidades estruturadas. Talvez o uso da metáfora orgânica “semente” (que também possui bases extensas, bastando para tanto citar Cic., *De off.*, 1,17,54, ao qual eu também remeto *infra* n. 60) seja inadequado para incluir os significados que se colocam no eixo da “estrutura”. A “semente”, com efeito, é imagem daquela organização específica da realidade conectada com a vida orgânica, e, pelo fato de ele gerar árvores e frutas, “deve perecer”, enquanto, no que constitui o “início no sentido forte”, pode ser necessário individuar mais nitidamente a copresença das diferentes diretrizes: um suporte permanente, que conforma, completa o que segue, o constitui em algo do qual é fator de identificação e estruturação (entre “semente” e árvore também existem permanências, mas representar a “semente” como sendo parte da árvore cria dificuldades).

13 L. LANTELLA, *Potissima* cit., 291, n. 4. Parece-me que o ponto de partida poderia ser constituído pela copresença do perfil estrutural e do perfil diacrônico ou espacial, e tratar-se-ia de um significado que implica estruturação do que acontece no espaço e no tempo, incluindo-os, e que resultaria dotado de uma ordem ulterior em relação àquele constituído pela simples sucessão do que vem antes e depois no espaço ou no tempo. Em relação a este núcleo, as outras diretrizes poderiam representar, respectivamente, a atenuação de um dos perfis, o diacrônico, o espacial e o estrutural.

Principium, com efeito, deriva de *princeps*, e esse de *primo-caps*: A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1954. A. EMOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1967, destaca o significado de “qui prend part en le premier rang, la premier place”, em que me parece ser reforçada a prioridade expressa por *pri* (a respeito, ver Festo, *de verb. sign.* 252,25: *pri... antiqui pro prae dixerunt*). M.O. LISCU, *Étude sur langue de la Philosophie morale chez Cicéron (Thèse)*, Paris, 1930, 80, onde se colhe uma diferença de *initium*.

14 L. LANTELLA, *Potissima* cit.

15 Ver M.O. LISCU, *Étude sur la langue* cit., p. 79 ss.; isso pode ser facilmente verificado nos léxicos de H. MERQUERT, ou em *Aureae Latinitatis Bibliotheca*, cit.

16 Pl., *Mil.* 4,6,1219: *Tuomst principium*; *Trin.* 4,2,915: ‘*C’est principium nominis*’; *Poen.* 2; *Ps.* 725; *Ter.*, *Hau.* 1044 etc.

- 17** Ter., *En.* 4,7,781: *Ego hic ero post principia. Inde omnibus signum dabo.*
- 18** Cato, *Agr. pr.*,4: *num ut ad eam rem redeam, quod promisi institutum principium hoc erit.*
- 19** Ter., *En.* 5,2,874: *Saepe ex malo principio ...*; e similar: *Enn.*, sc. 395 (Cic., *Tusc.* 4,33): *Flagiti principium est andare inter cives cospora*; Ter., *Ph.* 158: *quod utinam ne [...], quod mihi principiumst mali!*
- 20** Ver *OLD*, cit.; não este o lugar para verificar esse ponto.
- 21** *Rhet. ad Her.*, 1,3; pela divisão do *exordium* em duas partes: *De inv.* 1,15: *exordium in duas partes dividitur, in principium et in insinuationem.*
- 22** *Ret. ad Her.*, 1,4.
- 23** *De orat.* 1,48.
- 24** Ver a contraposição à *narratio*, por exemplo, em *De orat.* 2,19; 2,43, e mais em geral em relação a *ceterae partes orationis* in *De orat.* 2,77. Para a proporção a ser respeitada *De orat.* 2,79.
- 25** *Reth. ad Her.* 1,6. Cfr. anche *De inv.* 1,15, onde ressalta que *perspique et protinus* rende *auditorem benevolum aut docilem aut attentum*. As referências poderiam multiplicar-se, particularmente em relação às obras sucessivas de Cícero sobre o assunto: ver, por ex. *Brut.* 43; 57; *Orator* 36; 49; 61; *Part. orat.* 1 (ver ali a articulação da *oratio* em quatro partes: *narratio, confirmatio, principium, peroratio*); *Top.* 26.
- 26** *Pro Caec.* 14: *potestis igitur principia negare cum extrema conceditis.*
- 27** *De Inv.* 1,1: [...] *si volumus huius rei considerare principium, reperiemus id ex honestissimis causis atque optimis rationibus profectum.*
- 28** *In Vat. testem*, 6.
- 29** Ver *supra* n. 12 e n. 10.
- 30** *Ut rite ab eo [a Iove] dicendi principia capiamus.* O significado de “início” é

confirmado pelos precedentes: *exordiens* e *incipiendum*; a circunstância pela qual “tomar os inícios” deve ser *a Iove, rite*, segundo uma máxima atribuída a Arato (ver também *De leg.* 2,3,7 cit. *infra* n. 64, onde é utilizado o termo *primordia*, e Virgílio, *Buc.* 3,60) confere sem dúvida uma forte relevância ao termo *principia*.

31 [...] *principium huius urbis condendae profectum a Romulo?* Neste caso, também há um paralelismo com o termo precedente: *exordium*, e *principium* parece retomar o sentido daquele, reforçando com o reconhecimento de uma “primazia” do ato fundativo oriundo de um homem que descende de um deus (*patre Marte natus*)

32 *Nam et ipse [Romulus], quod prtncipium rei publicae fuit* (cabe destacar a exatidão com que aqui, onde o contexto é a *res publica*, o próprio Rômulo é qualificado como *principium*).

33 [...] *principio duplicavit illum pristinum patrum numerum.*

34 *Principio disciplinam puerilem ingenuis [...] nulla certam aut destinatum legibus voluerunt.*

35 [...] *ad idem principium stellis revocatis expletum annum habeto.*

36 [...] *tamen hoc in ratione utriusque generis interfuit, quod verbis et artibus aluerunt naturae principia, hi autem institutis et legibus.*

37 Por exemplo, *elementum naturae* encontramos só sucessivamente em Cic., *De fin.* 3,5; 5,15; in Pl., *N.H.* 2,107; 10,69; 11,42.

38 Ver M. O. LISCU, *Étude sur la langue* cit., 78, que aponta outras formas que Cícero usaria para traduzir esta expressão dos estoicos: *principia naturalia* (*De fin.* 3,5,17; 5,7, e 8); *quae prima data sunt naturae* (*De fin.* 2,11); *prima naturalia fin.* 2,11); *ipsis initiis naturae* (*De fin.* 2,12) etc. Cfr. também H.-J. HARTUNG, *Cíceros Methode bei der Obersetzung griechischer philosophischer Termini*, (Dissertation) Hamburg, 1970, 90 n. 2; 142 n. 5; 146 n. 1 que, no contexto de uma análise dos termos da gnoseologia e da ética, incidentalmente remete a traduções de Cícero na expressão considerada: *principia naturae* (*De fin.* 3,20.21); *res primae* (*Acad.* 2,131); *initia naturae* (*De fin.* 3,23). Sobre o ponto, ver ainda *Stoici antichi*, a cura di M. Isnardi Parente, 1, Torino, 1989, 22.

39 Cfr. 1,198. 244. 484. 740. 982. 1047 e sobretudo o livro 2,132. 135. 138. 224. 292.

297. 443. 472. 573. 584. 587. 672 etc. Eles são também definidos *primodia rerum*, por exemplo, em 1,484; 2,132; *primodia principiorum* 3,262; e também, ver M. O. LISCU, *Étude sur la langue* cit., 81, com *corpora, corpuscula, semina, elementa, figurae, particulae* etc.

Com efeito, em Lucrécio, encontra-se o uso no sentido de “início”, particularmente no ablativo *principio* (1,503, 573, 834; 2,589, 837, 1030, 1048) prevalente sobretudo nos livros 4-6.

As referências ao uso do termo por Lucrécio, mencionada no texto pode prescindir do problema geral da ausência da discussão relativa à obra de Lucrécio por Cícero, que, como se sabe, só incidentalmente escreve ao irmão Quíncio a respeito disso (*Ep. ad Q. fr. 2,9,3*), e pelo editor da obra, que de qualquer forma deve ter sido pelo menos examinada (ver a respeito E. PARATORE, *La problematica sull'epicureismo in Roma*, in *ANRW*, 1,4, p. 140 ss.); ela poderia oferecer novos elementos para sua análise, em virtude das analogias nas condições de uso, e as diferenças que estão presentes nela, e que poderiam manifestar usos propositadamente orientados por uma diferente bagagem terminológica e conceitual.

40 A terminologia de Epicuro refere-se tanto a *αἱ ἄτομοι / aí átomoi, τὰ ἄτομα τῶν σομάτων / tà átoma tōn somátōn* quanto a *ὄγκοί τινες / ónkoí tines*; ver por ex o *Ep. ad Her. passim* (41 ss.; 52 e 56) (Epicuro, *Epistulae tres*, org. por P. von der Muehll, 1922, reimpr. Stuttgart, 1975)

41 Ver, por exemplo, *De lingua Latina* 6,5,38: *Democritus, Epicurus, item alii qui infinite principia dixerunt, quae unde sint non dicunt [...] Quasi si etymologus principia verborum postulet mille, de quibus ratio ab se non poscatur, et reliqua ostendat*. Não creio que a polêmica altere o tipo de análise na qual se insere o significado de *principia*.

42 Ver, por exemplo, a centralidade que adquire o dado natural no mesmo discurso linguístico: Ter. Varr., *De ling. Lat.* 10,3: *Pritzcipium id potissimum sequi debemus, ut in eum fundamentum sit, natura*.

43 Observamos como esta expressão é retomada também em *De leg.* 1,17,46 (*infra*); *De off* 1,16,50; *De fin.* 3,6,22; 3,7,23; 4,13; 4,16,45 (aqui se encontra também a locução *principia naturalia*: *De fin.* 2,11,35; 3,5,17), onde será necessário verificar o próprio significado. Para *prima elementa naturae*, ver *De fin.* 5,15. Par *initia naturae*, ver. *De fin.* 2,12,38; 3,6,20; 3,6,22.

44 Ver Arist., *Met.* 1012b 34; e, como argumento, *Top.* 100 b 19.

45 Diferente, embora assimilável ao uso de *principium* neste texto, é o uso de

principalis referente à *causa*, sobre o qual ver Cic. *De fato, passim*, e acima de tudo 18,41 ss., a respeito do qual A.M. IOPPOLO, *Il concetto di causa nella filosofia ellenistica e romana*, in *ANRW*, 2,36/7, Berlin-New York, 1994, 4515 (e n. 62, com literatura), frisa que significaria “o que cada vez é mais importante para a produção de um efeito”.

46 Respectivamente: *Nam qui se ipse norit [...] intelletget [...] quantaque instrumenta habeat ad obtinendam adipiscendamque sapientiam, quoniam principio rerum omnium quasi adumbratas intellegentias animo ac mente conceperit, quibus inlustratis sapientia duce bonum virum et ob eam ipsam causam cernat se beatum foret; e Sit igitur hoc iam a principio persuasum civibus [...].*

47 [...] *tum nihil melius illis mysteriis, quibus ex agresti immanique vita exculti ad humanitatem et mitigati sumus, initiaque ut appellantur ita re vera principia vitae cognovimus, neque solum cum laetitia vivendi rationem accepimus, sed etiam cum spe meliore moriendi.*

48 Encontra-se *principium vitae* também em Pl., N.H., 7 pr., e em Apul., *Alia fragm.* 10, livros incertos, e o plural em Cic., *Pro Sest.*,55: *principia atque exitus vitiosae vitae*, sempre com um significado indubitável de início.

49 *Quare quom et bonum et malum natura iudicetur, et ea sint principia naturae, certe honesta quoque et turpia simili ratione diiudicanda et ad naturam referenda sunt.*

50 *Ipsum bonum non est opínionibus, sed natura.* A leitura deste primeiro livro da obra apresenta muitos problemas, começando pela questão das fontes de inspiração do pensamento que nele se expressa, e, para alguns, até do próprio texto. Deste ponto de vista, a reconstrução que mais insiste na dependência textual dos filósofos gregos, propondo uma minuciosa palingenesia, é a de PH. FINGER, *Die drei Grundlegungen des Rechts im 1. Buche von Cícero Schrift de Legibus*, in *Rheinisches Museum f. Philologie*, 81, 1932 155 ss.; 243 ss. Neste ensaio, com muita perspicácia, são particularizados três “modelos”: o *vir sapiens*, o *vir prudens* e o *vir bonus*, respectivamente de Possidônio, Antíoco e Panécio, e cujas características intrínsecas ajudam a operar a própria palingenesia, talvez com excessos de suposta coerência interna dos próprios modelos e de dependência textual excessivamente unívoca. Esta comparação inspirar-se-ia em Panécio, que coloca a natureza do próprio *vir natura bonus* (1,14,41) como fundamento metafísico da lei, com um conceito de natureza que “como acontece nos outros níveis da natureza, é uma parte da englobante natureza divina do cosmo. Assim como a natureza das plantas e dos animais carrega em si a tendência a alcançar seu próprio ótimo, isso acontece também com a natureza do homem” (*op. cit.*, p. 256 s.).

51 Ver fr. 1 (DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 2, 4^a ed., Berlin, 1922). Também o uso de *reliquarum* em vez de [tudo] é uma mudança de perspectiva que merece ser destacada, implicando o englobamento do homem no conjunto das *res*.

Segundo Ph. FINGER, *Die drei Grundlegungen* cit., p. 256, também a segunda parte deste parágrafo deve ser atribuída a Panécio.

52 Sobre a tradução no *De legibus* de *évvovia / évνοια* por *intellegentia*, ver. H.-J. HARTUNG, *Cíceros Methode* cit., 84 ss.

53 Ver 1,7,22.

54 Ver. Ph. FINGER, *Die drei Grundlegungen* cit., 164 s.

55 Respectivamente: [...] *nunc iuris principia videamus. Igitur doctissimis viris proficisci placuit a lege [...]*; e *Di immortales, quam tu longe iuris principia repetis!* Além desses dois usos, tenho notícia apenas de Tac., *Ann.* 3,25.

56 M. O. LISCU, *Étude sur la langue* cit., 81, indica à *arché / ἀρχή / arkai*; OLD, cit., classifica este uso como “basis”. Quanto ao uso da forma da forma plural, é suficiente notar que Cícero indica apenas um “fundamento”.

57 *Quocirca vereor committere ut non bene provisa et diligenter explorata principia ponantur.*

58 Essa novidade está presente uma vez também em Lucrécio, no primeiro uso que este autor faz do termo em seu poema (ver *De rer. nat.* 1,149: *Principium cuius hinc nobis exordia sumet: nullam rem e nihilo gigni*), e mais repetidamente em Varrão, sugerindo que ele mereça ser considerado (ver *Sententiae* 65: *Libri non nisi scientiarum paupercula monumenta sunt: principia inquirendorum continet ut ab bis negotiandi principia sumat animus*, com um sutil jogo de significados, *Fragm. op. de gramm. disciplinarum lib.: est et alia species quae appellatur metrike, per quam sillabarum longarum et brevium et mediocrium iunctura et modus congruens cum principiis geometriae aurium mensura examinatur*).

59 Ver, para a data do *De legibus*, PHILIPPSON, s.v. *Tullius. 31 M. Tullius Cicero (Philosophische Schriften)*, em *RE*, 7A 1, Stuttgart, 1939, p. 1117 s.; E. RAWSON, *The Interpretation of Cicero's “de legibus”*, in *ANRW*, 1, 4, Berlin, 1973, p. 335 ss.

60 Não quero deixar de mencionar o famoso *principium urbis et quasi seminarium rei*

publicae (*Off* 1,17,54), em que, embora por meio do *quasi*, as fontes criam uma analogia entre “princípio” e “semente”, e mesmo assim é possível perceber o significado de “elemento”.

61 Já optei por não desenvolver uma análise sobre as raízes dos novos usos, e tampouco pretendo analisar seus desdobramentos. É suficiente notar que os diferentes significados estão presentes em várias áreas do saber de uma forma consistente; em Virgílio prevalece o uso com a acepção de início, cujos valores “cronológicos e lógicos quase sempre se interseccionam, e dificilmente podem ser diferenciados entre si” (V. UGENTI, *s.v. principium* em *Enc. Virgiliana*, 4, Roma, 1988, p. 277, que sagazmente, a respeito de *Eneid.* 9,53, onde Tumo é definido *principium pugnae*, observa: “seu gesto não é o primeiro ato de hostilidade, mas sim o gesto ritual que declara a abertura das hostilidades”). Vitruvius, *De arch.* 1,1,7 utiliza *principia rerum naturae (ex philosophia p. r. n. noverit)*, e em 10, pr., 4: *principia machinarum explicare*, com o significado de “fundamento imanente de uma realidade/enunciado base de uma ciência que o expõe” (sobre este último uso, ver *OLD*, cit.: “a guiding principle”).

62 Ver F. BONA, *L’ideale retorico Ciceroniano e il ius civile in artem redigere*, in *SDHI*, 46, 1980, p. 351 ss.; F. BONA. *Cicerone e i ‘Libri iuris civilis’ di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti Seminario Firenze 1983*, Milano, 1985, p. 263 ss.; S. SCHIPANI, *Andrés Bello “romanista-institucionalista”*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Atti Congresso Roma 1981*, Caracas, 1987, p. 215 ss. (it. em *Sodalitas. Scr. Guarino*, Napoli, 1984, p. 3431 s., e ora em *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 2011 (ristampa dell’edizione del 1999 con brevi Note aggiuntive), p. 279).

63 Ver. F. BONA, *Cicerone*, cit., p. 268 s.

64 Vale destacar que a própria citação de Arato em Verg., *Buc.* 3,60 é: *A Iove principium Musae* (ver também Cic., *In Vat. testem.* 6, cit. *supra* n. 30). Se aqui, em *De leg.* cit. utiliza *primordia*, creio que seja para não utilizar *principium*.

65 Ver. D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, particularmente p. 145 e seg., que observa como políticos e filósofos políticos romanos não passaram da inspiração à restauração do *mos maiorum*: “ein deutlicher Beweis hierfür ist die Schrift Ciceros *de legibus*, die man als ‘Kodifikationsentwurf’ bereichnet hat. In ihr verwendet Cícero bewußt altertümliche Inhalte und Stilmittel”. E salienta, na mesma linha de Cícero, que o moderno observador deveria concluir em favor da hipótese de que a raridade de críticas ao direito romano na antiguidade não tem que ver com a situação política e social, os defeitos e os limites dos contemporâneos (medo, resignação, ignorância de distanciamento filosófico da realidade),

“sondern auch mit gewissen Qualitäten des römischen Rechts selbst” (p. 153). No entanto, sagazmente, G. GROSSO, *Tradizione e misura umana nel diritto*, Milano, 1976, p. 41; 31 s., frisou que o tradicionalismo do jurista romano opera por meio de instrumentos que não substituem a ação e a crítica das forças sociais e políticas, e que entram se relacionam com elas de modo sempre diferente, frequentemente como “resistência à inovação”, capazes até de fornecer uma contribuição à “revolução”.

66 Quero ressaltar que não trato da influência de Cícero sobre os juristas, e particularmente sobre Gaio; ver, por último, P. A. VANDER WAERDT, *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? The Case of Stoicism and Natural Law*, in ANRW, 2,3,6,7, Berlin-New York, 1994, p. 4879.

67 F. GALLO, *La storia in Gaio*, em *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti Convegno torinese 1978 in onore di S. Romano*, Milano, 1981, respectivamente p. 91, 92, 95.

68 Ver uma equilibrada seleção da literatura prévia em L. LANTELLA, *Potissima pars* cit., 286 n. 1. Esta contribuição analítica de Lantella é uma passagem necessária para qualquer análise desse texto gaiano, e remeto a ela tanto para aprofundar os pontos de que vou tratar como para a discussão sobre as diferentes interpretações. Concordo com este autor, para minha breve análise, no uso do critério pelo qual, frente às várias hipóteses de alterações do texto, é preciso reconhecer que também o texto, como se encontra nos *Digesta*, “é de grande importância, pois ele mesmo, na forma em que aparece, há séculos divulga sua mensagem, e assim vai continuar no futuro” (p. 288).

69 Ver L. LANTELLA, *Potissima pars* cit., p. 315; 325 s. Para um significado particular de *interpretatio* neste texto, G.G. ARCHI, *Interpretatio iuris interpretatio legis – interpretatio legum*, in ZSS, 87, 1970, p. 7 ss., que o autor acredita ser “utilizado para indicar um texto que contém uma sistemática exposição crítica sobre um assunto determinado”.

70 Concordo com a opinião (Mommsen) pela qual Gaio se referia apenas às XII Tábuas, e não a outras leis; ver. L. LANTELLA, *Potissima pars* cit., p. 298 n. 12. A expressão *leges* (no plural) para as XII Tábuas é utilizada outras vezes: ver Pomponio (D. 1,2,2,4) e Modestino (D. 40,7,25). Para a tradução, prefiro “leis”, já que em italiano este termo pode ser utilizado nas mesmas acepções do latim, sem prejudicar a interpretação.

71 Este tipo de diferente interesse é amplamente referido: ver GELLIO, *Noctes Atticae*, 16,10,2-8.

72 O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, 18,1990, p. 406 ss.; ID., *Materiali per la Palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, p. 58 ss. (também pela presença de um interesse erudito nesta obra de Gaio, p. 73 ss.). Não contrasta com esta perspectiva colocar a ênfase sobre a orientação eminentemente “escolástica” da produção e concepção de ciência prevalente em Gaio, a respeito da qual ver, por exemplo, F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo*, Napoli, 1966; e ID., *Cultura e scienza giuridica nel II secolo d. C.: il senso del passato*, in *ANRW*, 2/15, 1976, p. 131 ss., ambos agora em *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, respectivamente p. 145 ss.; 71 ss.

73 É conhecida a hipótese segundo a qual o texto seria emendado, e, no lugar de *prius*, dever-se-ia ler: *p.R. ius = p(opuli) R(omani) ius*, até pela falta do objeto do verbo *repetere*. A respeito dessa emenda, ver TH. MOMMSEN, *Gaius ein Provinzialjurist*, (republicado) em *Gesammelte Schriften*, 2, *juristische Schriften*, 2, Berlin, 1905, 33 n. 15; F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, 18; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 119 n. 109; *contra*, A. BERGER, *Some remarks on D. 1,2,1 and CIL 6.10298*, em *Iura*, 2, 1951, p. 102 ss. A leitura que resulta: “remontar ao direito do povo Romano desde os inícios da Urbe”, foi aceita, por último, na tradução alemã organizada por O. BEHREND-S. KNÜTEL-B. KUPISCH-H. H. SELLER, Heidelberg, 1995. “Com efeito, até tinham razões suficientes para considerar preferível [essa] versão”, observa F. GALLO, *La storia in Gaio*, cit., p. 93, que porém opõe o uso de *prius* em Gai. 4,10; e acredita que a ausência do objeto do verbo *repetere* seja uma objeção formal, lável e controvertível, concluindo: “a aceitação ou a recusa da manipulação não incidem de forma relevante sobre a concepção exposta no fragmento”. Com efeito, como ressalta L. LANTELLA, *Potissima pgrs*, cit., p. 292 ss., seria possível interpretar de uma forma restritiva: “... os ‘inícios da cidade’, num discurso que parece fundamentalmente ligado à história jurídica, podem muito bem se concretizar como ‘inícios da cidade no que se refere à história do direito’”.

Não aceitando a emenda citada, julgo importante ressaltar a relevância jurídica da escolha lexical, que privilegia diretamente o termo *urbs* para designar a realidade em questão, e que, portanto, coloca em primeiro plano algumas ressonâncias específicas, que talvez possam ser aprofundadas: pense, por exemplo, na frequência de *urbs* na fórmula *ab urbe condita*, e nas referências ao rito fundacional, a respeito do qual, por exemplo, Pompônio: D. 50,16,239,6 ‘*Urbs*’ *ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet*, que podem ser conectados ao significado espacial de *initium: in-eo*, por meio do que se entra num novo espaço particularizado pela ordem da divindade: Liv. 1,12,4: *Iuppiter, tuis – inquit [Romulus] iussus avibus hic in Palatio prima urbis fundamenta ieci*.

Prescindindo da citada proposta de emenda de Mommsen, sobre o conteúdo específico dos *initia urbis* que teriam sido referidos, ver também, por exemplo, A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di L. Labruna, 1968, p. 219; S. MORGESE, *Appunti su Gaio Ad legem duodecim Tabularum*, em *Il modello di Gaio*, cit., p. 121 s. n. 25, remete a LYDUS, *Περὶ ἀρχῶν τῆς ῥωμαίων πολιτείας / Perí archōn tēs rōmaíon politeías*. 1, 34.

Note-se que a sucessiva referência aos *initia*, sem a especificação de *urbis*, assim como a referência à *origo*, em um contexto mais geral poderia referir-se tanto à *interpretatio* (F. D'IPPOLITO, in *Index*, 20, 1992, p. 282 e n. 13) como a seu próprio objeto.

74 Sobre a elaboração do *ius Romanum* no conjunto, superando a pluralidade dos *iura*, ver P. CATALANO, *Ius Romanum. Note sulla formazione del concetto*, in AA.VV., *La nozione di 'Romano' tra cittadinanza e universalità. Da Roma alla Terza Roma*, Collezione diretta da P. Catalano e P. Siniscalco. Studi – II, Napoli, 1984. 533 SS.).

75 FORCELLINI (*et alii*), *op. cit.*, 3, 376; *OLD*, 1337.

76 L. LANTELLA, *Potissima pars*, cit., p. 310 ss., destaca claramente que o critério, por causa de sua formulação absolutamente geral, pode referir-se tanto ao nível do “discurso” quanto ao dos “fatos”, mas que “o contraste de evocar contemporaneamente tanto um horizonte metadiscursivo como também factual”, resolve-se no sentido de que “o princípio é a parte mais importante ao nível dos fatos; deste ponto de vista a operação discursiva parece ser imposta por uma regra vigente ao nível dos objetos” (p. 316).

77 L. LANTELLA, *Potissima pars*, cit., p. 299 ss. exatamente ressalta a “diversidade” de “estatuto semântico” entre a referência de “parte” a uma coisa e de “prefácio” a um discurso, e por este motivo a comparação acaba sendo pouco clara. Tentando individuar o correspondente “coisal” de prefácio, o autor examina, com as devidas ressalvas, as implicações ideológicas de uma possível presença dele no “antefato”, o que certamente acentuaria a “distância” já observada (ver F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, cit., p. 160 ss.). Pela estrutura da argumentação, qual que for a referência coisal do prefácio, a representação dos “inícios” como “parte” não é contestada, mas sim reforçada. Para apreender possíveis fatores que confluem na escolha desta analogia, vale considerar ulteriormente a sugestão de L. LANTELLA, *op. cit.*, 302 n. 14 que cita Liv. 45,5,4 ... *cum omnis praefatio sacrorum eos, quibus non sint purae manus sacris arceat* ... (sobre a ulterior analogia contida em in *illotis manibus*, ver sempre ID., *op. cit.*, p. 323 s. n. 30 e 302 n. 14). Parece-me oportuno aprofundar também a especificidade de conteúdo do prefácio referente ao estatuto do conteúdo de cada *ars* e a seu(s) estatuto(s) expositivos, para melhor apreender a correspondência entre a designação das partes de uma exposição

e, mais especificamente, entre o prefácio e a matéria exposta; ver, por exemplo, C. SANTINI-N. SCIVOLETTO (org.), *Prefazioni, Prologhi, Proemi di opere tecnico-scientifiche latine*, 1, Roma, 1990, que destacam a diferente posição dos “autores de obras literária sem prosa ou versos, e que podem a cada momento apresentar seu texto ao leitor com modalidades que mudam e se renovam, aproveitando ao máximo os enredos escogitados pela ficção ou transmitidos pela convenção literária” dos historiógrafos e também dos filósofos que “tinham a possibilidade de cativar o leitor, anunciando-lhe a magnificência ou a universalidade do tema abordado”; e dos autores de obras técnicas e científicas, para os quais “a arte por eles praticada e descrita nos manuais que apresentam ... guardava sempre a fisionomia de uma porção do conhecimento humano, não alcançando, portanto, a importância do juízo histórico ou da especulação filosófica”, e eram por este motivo impulsionados a manifestar, de uma forma mais ou menos explícita, “a consciência de possuírem um saber finalizado ao aperfeiçoamento da vida humana e, portanto, de fato, de um saber unitário e unificado pelo critério da centralidade do homem” (p. VI ss.).

78 Sobre o significado de *materia* como “Thema” neste fr., assim como em Gai. 2,191 (onde igualmente se encontra *proposita materia*), ver. M. J. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992, p. 32 s.

79 Ver L. LANTELLA, *Potissima pars* cit., p. 305 s.; 326 s. Na medida em que atribuímos o texto a Justiniano, seria útil acrescentar, em relação a quanto indicado na nota 77, a necessidade de aprofundar especificamente o uso de *praefatio* e de seus conteúdos nesta época, particularmente nos textos jurídicos, como as *Constitutiones*. Sabemos que estas eram compostas de uma *praefatio*, um texto muitas vezes estruturado em *capita*, e um *epilogus*, e sabemos (ver. E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti Convegno Soc. it. Storia del diritto*, 2, Firenze, 1971, p. 821 ss.) que na *praefatio* seriam indicados “os motivos que induziam o imperador a emanar a providência, muitas vezes expondo precedentes legislativos e considerações de teor diferente” (p. 1083), “uma espécie de introdução ao dispositivo” (p. 1086); e sabemos também que tais *praefationes*, provavelmente já amplamente omitidas na precedente atividade de enucleação e generalização de dispositivos, foram eliminadas na composição do Código por não trazerem nenhuma contribuição à *sanctio*, à *soliditas* das próprias constituições (Const. *Haec quae necessario 2; Summa rei publicae 1*), mas podemos lê-las nas Novelas. Sem essas observações, o destaque da contraposição entre este motivo e os precedentes, em relação à imagem da estrutura do assunto abordado, carece de um ponto de referência adequadamente fundamentado (ou seja, inferir, por exemplo, implícita ou explicitamente, que o assunto se estrutura em um

“antefato” e um “fato”, e que o “prefácio” refere-se ao primeiro, seria possível apenas conhecendo mais aprofundadamente o uso do termo *praefatio* que possa provar isso). Para uma coincidência substancial entre perspectiva gaiana e justiniana, ver. P. CATALANO, *Ius Romanum*, cit., p. 556.

80 *Praestare* é um termo rico de significados e ressonâncias para o juristas (ver. R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (H sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1995, p. 109 ss.); e também *intellectus/intellegere* (sobre este verbo, ver as observações referentes ao famigerado D. 1,5,26, que correspondem perfeitamente ao uso indicado, de P. CATALANO, *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rassegna di diritto civile*, 1988, 1, p. 45 ss., ora in P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino, 1990, p. 202 ss., que salienta o significado de “constatação de uma realidade por parte do intérprete. Trata-se, usando as palavras de Teixeira de Freitas, de “reconhecer a realidade”; *contra* F. LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, 1, Napoli, 1996, p. 50 ss. e n. 98, afirma ao contrário que este verbo em D. 1,5,26 refere-se a uma *fictio*, e neste caso as condições de uso não são relevantes para o texto que está sendo considerado aqui).

81 A Glosa mostra como a leitura deste texto de Gaio segue essa orientação, e não é afetada pelas possíveis limitações que derivam da última argumentação: *Gaius iurisconsultus proponens de iure veteri tractare, et librum inde facere: vult ab ipsa origine incohare. Et quia sit ab ipsa origine incohandum, ponit duas rationes. Nam cum origo sit principium, et principium sit uniuscuiusque rei pars potissima ergo est ab ipsa origine incohandum. Item secunda ratione: quia cum advocatus vult aliquid dicere vel postulare, preamittit suum exordium: quia alias nihil dicere videtur. Multo ergo fortius idem hic dicendum est. Ultimo ponit duas causas quare praedictae duae rationes sunt bonae.*

82 A respeito de *potis*, ver G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano, 1982, p. 270 n. 64, e especialmente 315 n. 180; ID., *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, Milano, 1984, p. 16 n. 43; 29 s. e n. 12; com pontual valorização dos esclarecimentos de E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2, 6^a ed., Paris, 1969, p. 88 ss.; e particularmente G. DEVOTO, *Origini indoeuropee*, Firenze, 1962, p. 226. “Ao lado do dinâmico *POTĒR* existe, portanto, o estático *POTIS*. Este termo indica o chefe de um conjunto, que pode corresponder à família, mas também a um grupo mais amplo. Sua base, em vez de ser uma ação verbal, encontra-se em um tema pronominal que significa ‘em si’, ‘próprio’; *POTIS* é a ‘própria’ família ou a ‘própria’ tribo, personificada, que se identifica em seu chefe”.

- 83** L. LANTELLA, *Potissima pars*, cit., p. 308 s. particulariza um “poder gnosiológico”.
- 84** F. SCHULZ, *Geschichte der römische jurisprudenz*, tr. it. org por Nocera, Firenze, 1968, p. 333 s.
- 85** Ver. L. LANTELLA, *Potissima pars*, cit., p. 332 ss.: “os *initia* de Quintiliano não constituem nem o começo, nem a origem, mas sim... os ‘elementos primordiais’”. Além disso, a perspectiva pedagógica do autor não é uma clara valorização deles, porque, se é verdade que *ut perveniri ad summa nisi ex principiis non potest*, todavia *procedente iam opera minima incipiunt esse quae prima sunt* (10,1,4, indicado por D. NÖRR, *Divisio und Partitio*, Berlin, 1972, 50 n. 205a).
- 86** A. M. HONORÉ, *Gaius, A Biography*, Oxford, 1962, p. 106, n. 1 onde aponta também *Metaph. 5, 16, 1021 b.*; D. NÖRR, *Divisio*, cit., p. 49, n. 205; L. LANTELLA, *Potissima pars*, cit., p. 335 ss.
- 87** L. LANTELLA, *Potissinza pars*, cit., p. 337.
- 88** A referência ao provérbio citado por Políbio cit.: *oi men gar arkaioi ten arken emisu tou pantos einai faskontes...*, é feita por D. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., 97, n. 54. Ver também *Plat., Le leggi 6,753E*; *Arist., Pol. 5,4,1303b29*; *Et. a Nic. 1,7,23*; 1098b7. Ver também, para este provérbio, a *Glosa, a.h.l., gl. principium: principium esse spectandum nam dimidium facti, qui bene coepit, habet et facit*; lá, à margem deste fr., está presente a anotação: *Aristoteles in elenchis megiston arke pantos*.
- 89** Ver S. SCHIPANI, *Andrés Bello ‘romanista-institucionalista’*, cit. (ora em *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 2011 (ristampa dell’edizione del 1999 con brevi Note aggiuntive), 279). Uma conexão entre “a tendência ao discurso exauriente, que não deixa nada por fora de si”, em que “tudo se junta em unidade”; uma “ideologia” da ciência caracterizada pelo fato de ser “eminentemente pedagógica” e a aceitação do “ideal do *perfectum quod ex omnibus suis partibus constat*”, ver em F. CASAVOLA, *Gaio e il suo tempo*, cit., p. 160 s., com inferências divergentes.
- 90** Ver para todos C.A. MASCHI, *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, 2ª ed., Milano, 1966; F. GALLO, *La storia in Gaio*, cit., p. 96 ss.
- 91** F. GALLO, *La storia in Gaio*, cit., p. 101; também pontualmente p. 96 e n. 11: “Gaio

serve-se, e parece ser consciente disso, de uma grade ou sistema apto para incluir, além do direito vigente, institutos do passado e de ordenamentos estrangeiros”.

92 A obra de Gaio, absorvida pelas *Institutiones* de Justiniano, proporciona aqueles *totius legitimae scientiae prima elementa* que Azo, alguns séculos depois, qualifica como *Principia et radices super quibus regulariter constituitur fundamentum*, em que se destaca como sobre estes elementos primordiais o fundamento constitui-se seguindo algumas regras, marcando, portanto, o caráter *in artem redactum* e sistemático dele.

93 Penso nas palavras de Cic., *De leg.* 1,23,61. Sobre a terminologia, ver A. MASTINO, *Orbis, kosmos, oikumene: aspetti spaziali dell’idea di impero universale da Augusto a Teodosio*, in AA.VV., *Popoli e spazio romano tra diritto e profezia*, Napoli, 1986, p. 63 ss.

94 Ver, sobre esta questão, o esclarecimento de P. CATALANO, *Ius Romanum*, cit., p. 544 relativa ao efeito da, *Constitutio Antoniniana*, posterior a Gaio, “com a definição de um critério ‘espacial’, que complementa o critério ‘pessoal’, com o objetivo de determinar o *status* dos homens (qui in orbe Romano sunt)”.

95 A análise da prática interpretação desenvolvida por Gaio poderia revelar como se articularia este critério metodológico (ver C.A. Maschi, *Il diritto romano*, cit., p. 163 ss.; F. GALLO, *La storia in Gaio*, cit., p. 96 ss.); mas esta análise não seria exaustiva em relação às potencialidades do próprio critério.

96 Mencionei apenas um exemplo *supra* n. 73, referente ao espaço “definido”.

97 Ver por todos P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto. Convegno Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 1992, p. 331 ss., particularmente p. 342.

98 Ver S. SCHIPANI, *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 40, 1994, p. 359 ss. (ora in *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 2011 (ristampa dell’edizione del 1999 con brevi Note aggiuntive), p. *infra*, p. 119).

99 Ver para os projetos e as discussões *Motivi dei codici per gli Stati sardi*, 1, Genova, 1856, 28, e 2, Appendice, p. XVI-XXIII.

100 Ver DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Paris, 1, 8 (trad. it. Napoli, 1824).

101 J. HUNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, (1ª ed., 1856) 43ª ed. Leipzig, 1876, 67 (par. 11). Sobre estes códigos, cf. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 2011 (ristampa dell'edizione del 1999 con brevi Note aggiuntive), p. 120 e literatura aí citada.

102 A este contexto quis reduzi-lo G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, em *Foro it.*, 92, 1969, V, p. 112 ss., que teve de qualquer forma o mérito de reabrir a discussão; *contra* SPAGNESI, *Reminiscenze storiche di una formula legislativa*, em *Foro it.*, 94, 1971, V, p. 99 ss.

103 Sobre a exigência de “uniformidade de jurisprudência em todo o Estado”, ver *Motivi dei codici cit.*; sobre os motivos a favor da “uniformidade de um ordenamento civil... nas múltiplas e rápidas relações de hoje em dia”, ver SCLOPIS, *Della autorità giudiziaria*, Torino, 1842, p. 167 s.; os pareceres do Senado do Piemonte, do Senado de Saboia, da Câmara das Contas, do Conselho do Estado – Seção de Graça e Justiça, em *Motivi dei codici dt.*, 1, p. 28 ss.

104 Cf. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 2011 (ristampa dell'edizione del 1999 con brevi Note aggiuntive), p. 126 e literatura aí citada.

105 SCLOPIS, *Dello studio e dell'applicazione delle leggi. Discorso detto dinanzi all'eccellentissimo R. Senato di Piemonte nella solenne apertura dell'annuo corso giuridico*, Torino, 1844, p. 12 ss.

106 Ver *infra*, respectivamente 155, 150; e mais em geral para os diferentes projetos do C.c. espanhol, p. 139 ss. e lett. cit. Para o C.c. espanhol, ver particularmente F. REINOSO BARBERO, *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1987.

107 Ver S. SCHIPANI, *Il codice civile del Perù del 1884 e il sistema giuridico latinoamericano (linee per una ricerca)*, in *Rassegna di diritto civile*, 1987, p. 186 ss. (tradução espanhola em *El Código civil peruano y el Sistema jurídico latinoamericano. Congreso internacional*, Lima, 1986, p. 39 ss.); ID., *Il diritto romano nel nuovo mondo*, in *li diritto dei nuovi mondi* (org. por G. Visintini), Padova, p. 89 ss. e let. cit.

108 Ver H. A. STEGER, *Derecho romano y modelo univesitario de Andrés Bello*, in *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano. Congreso Roma 1981*, Caracas, 1987, p. 173 ss.

109 ANDRÉS BELLO, em *El Araucano* de 21/1/1832. Ver S. SCHIPANI, *Andrés Bello* cit.; A. GUZMANN BRITO, *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, 2 v., Santiago, 1982.

110 Liv. 3, 34, 6-7; Coll. 6, 4, 4; CTh. 16, 5,7 etc., ver P. CATALANO, *Ius Romanum* cit., 531 (a citação está na p. 536).

111 D. 1, 3, 5, 2; não estou deixando de observar a importância da diferença entre o singular ciceroniano e o plural: *hominum causa*, do fr. do jurista citado.

112 *Non est novum*, observará Paulo, *ut priores leges ad posteriores trahantur* (D. 1, 3, 26; ver também D. 1, 3, 27).

113 G. PUGLIESE, *I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano*, in *I principi generali*, cit., p. 69 ss.

114 Ver, a respeito, as edições dos códigos civis que remetem às “leis romanas”: *Codice civile di Napoleone il grande col confronto delle leggi romane ... ad uso delle Università e dei licei del Regno d'Italia*, 3 v. Milano, 1809-1811; *Manuale Forense, ossia confronto fra il codice albertino, il diritto romano e la legislazione anteriore con rapporto ed illustrazioni dei corrispondenti articoli del codice francese ed austriaco, compilato da una società di avvocati* (org. por Giovannetti), Torino, 1838-1843 etc. A obra mais significativa, nesta perspectiva, são as famosas *Notas* acrescentadas por D. Vélez Sársfield, autor do CC argentino, a cada artigo do mesmo código, a pedido do governo e com o objetivo de explicitar o fundamento, e que têm valor oficial.

115 Ver, por exemplo, F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione*, Pisa, 1877, p. 27 ss.; F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici e del diritto romano in particolare (Prolusione al corso di Diritto romano nella R. Università di Roma. 1872)*, in *Opere minori, Parte prima. Scritti vari*, Modena, 1901, p. 201 ss.; P. DE APALATEGUI (Q. Mucius Scaevola), *Código Civil concordado y comentado extensamente*, 1, 4. ed., Madrid, 1902, p. 251 ss. Ver também A. GUZMAN BRITO, *Derecho romano e intopretación de los caigos en los juristas latinoamericanos*; e A. LEVAGGI, *El romanismo de los primeros comentaristas del Código Civil argentino*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, respectivamente 10, 1991, p. 29 ss.; 12, 1992, p. 1 ss.

Para uma análise de outros perfis de continuidade entre estes códigos e os de Justiniano, ver os comentários que eu fiz à Europa e à América Latina, *supra*, 36 ss.; 43 ss.

116 O ALR, o CC fr., o ABGB são habitualmente considerados códigos jusnaturalísticos, enfatizando-se assim neles, unilateralmente, a presença de frutos do modelo de ciência típico desse movimento, que desenvolveu amplamente a elaboração sistemática e os princípios; ver F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^a ed., Göttingen, 1967, p. 322 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 485 ss.

5. **CÓDIGOS E REENVIO AOS “PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO”.** O CÓDIGO CIVIL ESPANHOL COMO PONTE ENTRE SISTEMA LATINO-AMERICANO E CÓDIGOS EUROPEUS

Sandro Schipani

Tradução de Sandra Regina Garcia Oliven Bayer

5.1 | **PREMISSA**

As observações que tenho a intenção de desenvolver em matéria de “princípios gerais de direito” com referência ao Código Civil espanhol querem contribuir a iluminar o papel que este Código Civil assumiu de acolher os resultados do trabalho da ciência jurídica espanhola que, segundo as linhas de fundo do sistema romanístico e a própria peculiar vocação de diálogo significativo com o direito latino-americano, está amadurecendo a superação do “nacionalismo jurídico que escraviza a Europa”¹ imposto por meio do legalismo estatal. O Código Civil espanhol de 1889, de fato, como é sabido, foi reformado há 20 anos: o art. 6, alínea 2, foi substituído pelo art. 1, n. 1 e n. 4, da Lei n. 3, de 17 de março de 1973, “Bases para a modificação do Título Preliminar”, e Decreto n. 1.836, de 31 de maio de 1974. Tal reforma, em sintonia com a memória do significado técnico do reenvio aos “princípios gerais de direito”, mais solidamente conservada no sistema jurídico latino-americano, renovou a relação do Código Civil espanhol com o sistema romanístico.² Essa o tornou ponto de referência fundamental para uma reinterpretação, conforme o sistema, das normas correspondentes, explícitas ou pressupostas, dos códigos europeus, em um momento em que o direito comum se repropõe na Europa sobre o horizonte da atualidade,³ e isso tem, na compreensão dos “princípios”, um ponto de emersão e de confronto evidente.⁴

Limitar-me-ei, no entanto, a alguns primeiros apontamentos e, por essa sumariedade, particularmente grave em relação a uma literatura tão vasta e aprofundada, peço desculpas. O que mais me interessa é chamar a atenção sobre uma linha de possibilidades dinâmicas interpretativas

entre articulações do sistema jurídico romanístico, e sobre a necessidade de uma interpretação das normas utilizadas por diversos ordenamentos que leve conscientemente em conta o sistema ao qual esses devem ser reconduzidos.

5.2 | **A OBRIGAÇÃO PARA O JUIZ DECIDIR A CONTROVÉRSIA A ELE SUBMETIDA E O REENVIO AOS “PRINCÍPIOS” NOS PRIMEIROS CÓDIGOS MODERNOS**

(A) Como é notório, o Código Napoleão, em seu art. 4, prevê o poder-dever do juiz de decidir cada caso a ele submetido, dispondo que:

*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*⁵

O art. 5, em seguida, preocupa-se em circunscrever o valor da decisão do juiz ao caso a ele submetido. Excluído assim o recurso ao legislador para o caso no qual o juiz cresse “necessária a interpretação de uma lei”,⁶ com o art. 5, se exclui também o sistema de *arrêt de reglement*.

A norma no art. 4 citado se limita a regular competência, mas se cala sobre os critérios para exercê-la; não dá, portanto, direta e explicitamente elementos sobre a imagem que o legislador francês tinha do fundamento substancial da decisão, da completude ou não do código (ou de um complexo de lei) e da completude do sistema; do tipo de atividade “de reconhecimento” do quanto já contido, ou “de criação” que impunha ao juiz.⁷

(B) O ALR prussiano de 1794 havia previsto, no § 49 “Introdução”, a possibilidade de falta de lei aplicável a um caso controverso, e havia disposto que deveria ser examinado segundo “princípios gerais”:

Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen

*ähnlichen Fälle vorhandnen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäss erkennen.*⁸

Esse havia também previsto uma série de “princípios gerais do direito”, que constituem a segunda seção da mesma “Introdução”, §§ 73-108, mas o que é mais relevante sublinhar é que tais princípios são alcançados no e pelo próprio corpo do código, que, portanto, resulta explicitamente concebido como uma “regulamentação completa, ou seja, não suscetível a heterointegração, destituída de lacunas”; “o § 49 pressupõe que o código seja completo [...]. Não há aqui imperfeição da lei, mas imperfeita a lei (formulada)”.⁹

(C) Solução similar, de fechamento da legislação em si mesma, esteve presente outrossim no contexto normativo da preparação do ABGB: a *Abänderung Patent*, de 22 de fevereiro de 1791, modificando a *Anfrage bei Hof* prevista pela *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781, § 437, e recepcionada pelo ABG de 1786, § 26, havia disposto de modo muito expressivo o tipo de operações lógicas que vinham em progressão propostas no § 2:

*[...] auf den zusammenstimmenden Begriff und Sinn desselben, auf gleichförmige darinn ausgedrückte Fälle, auf die aus der Verbindung der Gesetze sich darstellenden Grundsätze und Absichten sehen, und der Fall nach derselben Massgebung Beurtheilen soll.*¹⁰

O abandono dessa solução de fechamento e autossuficiência do sistema estabelecido pela lei e a prospecção de uma outra solução se tem com o *Entwurf Martini's*, que se torna também Código para a Galícia Ocidental (e depois para a Oriental). Esse, no § 12, ao referir-se aos “princípios gerais” não os faz mais derivar somente dos textos das leis a integrar, e abre/reabre o caminho a uma posição de heterointegração desses através daqueles.¹¹ Essa solução se traduz no conhecido § 7 do ABGB de 1811:

Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus den natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer

*damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muss solcher mit Hinsicht auf dir sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*¹²

Nessa norma, o reenvio aos “princípios do direito natural”,¹³ de um lado, é clara expressão da consciente não completude e não autossuficiência da legislação, que tem a necessidade de heterointegrar-se pelo sistema, que é, ao contrário, completo, e do qual derivam as normas para integrar a incompletude daquela; de outro lado, o sistema emerge em um contexto de estrito entrelaçamento entre jusnaturalismo e romanismo, no qual a escolha feita exprime uma ponderada acentuação de alguns perfis do racionalismo dos séculos XVII-XVIII, que não deve ser, contudo, equivocada ou interpretada de modo unilateral, ou antirromanístico.¹⁴⁻¹⁵

5.3 | **O REENVIO AOS “PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO” NO CÓDIGO CIVIL PARA OS ESTADOS DE SUA MAJESTADE O REI DA SARDEGNA, DE 1838**

O Código Civil para os Estados do Rei da Sardenha de 1838 (chamado Código Civil albertino) reza no art. 15:

Qualora una controversia non si possa decidere né dalla parola, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso [Toda vez que a controvérsia não se possa decidir nem da palavra nem do senso natural da lei, verificar-se-á os casos similares precisamente decididos pelas leis, e os fundamentos de outras leis análogas: permanecendo o caso, ainda assim, duvidoso, deverá decidir-se segundo os princípios gerais de direito, atentando-se a todas as circunstâncias do caso].¹⁶

Em tal artigo, fixa-se a referência aos “princípios gerais de direito” e é útil pontuar a ocasião do acolhimento desta formulação, que, a partir

desse Código, se expande de modo extraordinário.

Esse Código Civil, no projeto de 1832, art. 15, rezava:

[...] dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso [...] deverá decidir-se segundo os princípios gerais de direito natural, atentando-se a todas as circunstâncias do caso].¹⁷

A referida proposta do projeto de 1832 do Código Civil albertino é “deduzida do Código Civil austríaco”. Ao apresentá-la, declara-se querer “evitar que o silêncio da própria lei sirva de motivo para não se decidir uma causa”, mas o fato de que não se contente com a solução contida no Código civil francês, que, aliás, tinha sido considerado aquele que “deva principalmente tomar-se por norma da Comissão”, revela que se quer alcançar um objetivo ulterior. Se, depois de ter precisado regras às quais se ater para assegurar o significado da lei e, portanto, o seu exato alcance,¹⁸ prescreve-se também qual caminho o intérprete deve seguir para preencher as lacunas, isso me parece dever ser colocado em conexão com a busca do objetivo mais global proposto pelo legislador de “simplificar as disposições e introduzir uma uniformidade de jurisprudência em todo o Estado”, num contexto diverso daquele francês. Atribui-se à referência aos princípios de um direito natural constituído pela “razão moral entre o homem e as coisas [... pelos] princípios da ética [... pelo] complexo daquelas máximas de sanidade moral que são reconhecidas por todos” o papel de instrumento para contrastar o particularismo jurídico, lá onde a lei não chega, integrando-a.¹⁹

A proposta suscitou resistências e críticas.

O Senado do Piemonte “inclinou-se pela supressão” dos artigos em questão; esse ainda considerava a noção de “direito natural” “vaga”, e propunha a substituição do reenvio ao “direito comum, que é totalmente fundado sobre o direito natural e das gentes” ou, de outra forma, a “os princípios da razão”, sublinhando, porém, não sem ironia, que sempre que se cresse “omisso o caso”, algo que “não parece previsão conseguinte em um Código universal de direito”, “então é ofício do Magistrado a sua decisão, não mais da lei que quer presumir que não se encontrem no campo

das leis os princípios e as disciplinas” a serem aplicadas e igualmente “pretenderia” ditar os critérios para prover.²⁰ O Senado de Saboia propunha substituir os “princípios de direito natural” pelos “princípios da equidade”, “a lei romana dizia aos juizes: *facturos quod eis visum fuerit justius et aequius*”.²¹

A Câmara das Contas propunha o reenvio à: “razão natural [...] isto é, aquela fonte de regras que têm sua origem na natureza humana”.²² O Conselho do Estado-Seção de Graça e Justiça havia proposto a eliminação do artigo em questão porque a referência aos “princípios de direito natural” é vaga, e “de nenhuma utilidade precisa”, e porque “tornando-se agora o Código a lei comum, e tendo os juizes por isso a interpretação da doutrina que era vedada pelas Régias Constituições, esses sempre encontrarão [...] regras suficientes para julgar, deduzindo seja do Direito Romano considerado como razão escrita, seja dos cânones de jurisprudência adotados pelos Tribunais, seja finalmente dos princípios de equidade natural”.²³

A tais contrapropostas, as réplicas foram as de que o reenvio ao “direito comum” seria “o mesmo que o querer reduzir o máximo dos benefícios que um Código geral pode produzir: a unidade da doutrina somada à simplicidade das máximas”; “a menção da equidade [...] exprime somente um remédio indeterminado, emprestado para circunstâncias especiais, quando *juri stricto aequitas opponitur*”; a “razão natural [pareceria reenviar ao] critério de um só indivíduo”.²⁴

Na redação definitiva, a expressão inicialmente proposta vem substituída exatamente pela “princípios gerais de direito”, com relação à qual não são relatadas explicações específicas: “Sendo proposto por um dos membros de dizer: segundo os princípios gerais do direito, o Chanceler não encontra dificuldade em que se substitua essa expressão”.²⁵ A série de resistências referidas parece vencida pela vontade de afirmar a “uniformidade”, a “unidade” do direito contra os impulsos de um tradicionalismo particularista e expressões do poder dos magistrados, coligado às críticas expostas. Mas essa vontade partilha e acolhe as exigências expressas, e evita soluções que, em um ambiente sem consistente tradição de ensino e literatura jusnaturalistas que constituíssem termo de referência concreto, acabem “vagas”,²⁶ teóricas e ideologizáveis (“a denominação de direito

natural poderia às vezes ser entendida pelos juízes como o direito natural primitivo”). Essa tensão faz com que se encontre uma locução melhor para exprimir o objetivo comum; uma locução que manifesta a consciência de que as leis não podem ser completas e não constituem todo o direito, e que a interpretação deve passar pela releitura do direito, do direito não diversamente especificado, sem adjetivos, na sua totalidade unitária assumida na sua coerência estrutural e na sua origem, das quais os “princípios gerais” são uma expressão que consente a intervenção do jurista, cuja essência não seja a decretação baseada na vontade, como pode ser a intervenção do legislador, mas a respeitável argumentação arrazoada que exatamente assume e desenvolve tal totalidade coerente. Uma locução que constitui uma melhor expressão da conexão do código e do complexo das leis com o sistema nas suas articulações e na sua dimensão espaço-temporal completa, e que vale não somente para integrar as lacunas, porque tais princípios, diante das leis que o exprimam, especifiquem ou derroguem, constituem a base que orienta e vincula toda a interpretação. Uma locução que, nos primeiros decênios da história moderna da codificação, fixou uma exigência própria dos códigos modernos, que buscavam garantir um liame vital desses com o *ius Romanum* e os seus incrementos, dos quais e nos quais derivavam; com o sistema romanístico.²⁷

Na doutrina, por exemplo, Merlo, professor da Universidade de Turim, exatamente nos anos da codificação, ensina no seu curso que o direito civil *continetur enim in codice civili; in consuetudinibus*; depois precisa, “para as matérias que formam objeto” do código, às quais se aplica a norma do art. 2.415, que não se pode recorrer aos costumes “tendo [o código] expressamente definido as fontes de interpretação sem compreender os costumes, e desejado que se recorra em última instância aos princípios gerais de direito”. Na exposição que se segue, por exemplo, no título “Dos cidadãos ou súditos, e dos estrangeiros”, ele resolve um problema sobre o qual o código “nada define a esse propósito”, recorrendo ao “exemplo que nos coloca o direito romano”, demonstrando que este último vale também nas “matérias que formam objeto do código” e integra o código nas lacunas deste; que esse é, portanto, o lugar onde encontrar os princípios.²⁸ Sclopis, posteriormente, tratando expressamente da aplicação das leis, destaca

de não se deixar seduzir pela falsa opinião de que por ser a exposição dos preceitos legais nos códigos modernos feita de forma mais ordenada, completa e genuína, o estudo do jurisconsulto e do juiz seja reduzido a não ser, agora, mais do que um exercício mesquinho de memória entre os numéricos confins de uma nomenclatura de artigos. [...]. Os códigos contêm, como disse, os preceitos, mas não dão a eles a razão. Para bem dominar a lei, é mister recorrer às primeiras fontes, ao sacro depósito no qual está esculpido o brasão da nação togada do mundo. Nestes livros ditos, por antonomásia, a razão escrita, vieram inspirar-se os maiores legisladores dos povos civilizados.²⁹

5.4 | **O REENVIO AOS “PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO” NOS CÓDIGOS DA “TRANSFUSÃO” DO DIREITO ROMANO E DA INDEPENDÊNCIA NA AMÉRICA LATINA**

O sistema jurídico latino-americano oferece um quadro particularmente homogêneo e segue uma linha de desenvolvimento muito interessante.

No sistema latino-americano, realmente, leves oscilações de formulação não impedem a unicidade da referência substancial aos princípios gerais de direito, que dão forma, orientam a interpretação e integram as lacunas dos códigos e, mais genericamente, do complexo da legislação e das normas de outra forma postas; princípios gerais do direito que devem ser entendidos como princípios do direito romano codificado no *corpus iuris* e suas sucessivas evoluções, resultado do significado global do processo de codificação, e do significado específico da locução em exame.³⁰

O Código Civil da Luisiana de 1808, art. 21, com a sua referência à “equidade”,³¹ deriva do art. 1 do *Projet de l’an VIII* do Código Napoleão, acima recordado, mas aqui a consideração a esse é marginal. O Código Civil do Haiti de 1825, art. 8, depende do Código Napoleão; assim também o Código Civil de Oaxaca de 1827, no art. 12, que também se enlaça ao texto francês.³² O Código Civil boliviano de 1831, ao contrário, no art. 1.570, testemunha a impostação fiel à necessidade da “referência ao legislador”, na sua complexa ascendência justineaneia, castelhana, franco-revolucionária.³³

Na segunda metade do século passado, o Código Civil do Peru de 1852, no art. IX do Título preliminar,³⁴ aquele do Uruguai de 1868, no art. 16,³⁵ aquele da Argentina de 1869, no art. 16,³⁶ fixam legislativamente a referência aos *principios generales del derecho* já presentes no *Proyecto del Código Civil per la República Oriental del Uruguay*, art. 7,³⁷ del 1852 de E. Acevedo, e no *Proyecto del Código Civil de 1853*, art. 4 de A. Bello,³⁸ e pela primeira vez codificado pelo Código Civil do Reino da Sardenha de 1838, no modo visto acima.³⁹

Daí não se expressa uma escolha diversa, seja aquela, como no Chile, que faz referência na legislação processual-civilística às *razones de equidad natural* e depois aos *principios de equidad*,⁴⁰ sobre a mesma linha de posicionamento proposta por Andrés Bello no já citado art. 4 do *Proyecto 1853*, por sua vez, ligado à concepção, apontada por Delvincourt, do direito romano como expressão da “equidade natural”;⁴¹ seja a que, como no Equador, recebendo o Código Civil chileno, no ponto no Chile confiado às leis processuais, esse tenha sido integrado com a referência aos “princípios do direito universal” (art. 18 n. 7)⁴² com expressão que repete claramente a concepção expressa também por Bolívar, que havia feito referência ao direito romano *como base de la legislación universal*; seja aquela que, como na Colômbia, frente a uma exigência de integração do Código Civil de Bello paralela àquela do Equador, tenha recorrido à referência a: *derecho natural y reglas de jurisprudencia, equidad natural, doctrina constitucional, reglas generales del derecho*.⁴³ O Código Civil do Panamá, art. 13, usa o termo “regras”, já usado na Colômbia e que tem uma ascendência mais antiga, mas não se quer afastar das linhas gerais ora confrontadas.⁴⁴

Nas outras codificações, a menção aos *principios generales del derecho* difunde-se ao pé da letra, de modo incontestado e unívoco: art. 20 do Código Civil do Distrito Federal do México de 1870 e de 1884,⁴⁵ retomado no art. 19 do Código Civil de 1932;⁴⁶ art. 7 da Lei de Introdução ao Código Civil do Brasil de 1916;⁴⁷ art. 4 do Código Civil venezuelano de 1916, art. 4 do Código Civil venezuelano de 1922, art. 4 do Código Civil venezuelano de 1942 (somente com pequenas mudanças de redação de um para o outro);⁴⁸ art. 5 da Lei Orgânica do Poder Judicial da Costa Rica, de 1938;⁴⁹ o art. 1 linha 2 e art. 193 do Código de Processo Civil boliviano de 1976 que

modificou a mencionada precedente posição;⁵⁰ art. 6 alínea 2 do Código Civil do Paraguai de 1985 (o precedente sendo o Código Civil de Vélez).⁵¹⁻
⁵² Ou, ainda, permanecendo, induz a importantes aberturas à especificidade do próprio sistema jurídico latino-americano: art. VIII das Disposições Preliminares do Código Civil do Peru de 1984.⁵³

Esse reenvio representa a resposta do direito comum da América Latina ao risco de fragmentação do direito, conexas com a história codificatória da independência.

De um lado, de fato, os códigos na América Latina se configuraram como textos daquele direito romano comum de tradição ibérica, nos quais deveria vir limpo “das manchas que contraiu sob a influência maléfica do despotismo” para “adaptá-lo, restituí-lo às instituições republicanas” (A. Bello),⁵⁴ mas nos quais o direito romano não vinha assumido como simples “material” utilizável, mas sim com eles renovava a própria “transfusão” na América Latina independente, dando forma a esses códigos, englobando-os em um único sistema, capaz de desenvolvimentos autônomos, próprios e específicos.⁵⁵

De outro lado, depois do insucesso das tentativas e das parciais realizações das organizações políticas democráticas, abertas, universalistas, a independência na América Latina desaguou no acolhimento do modelo do “Estado Nacional” prevalentemente europeu liberal-moderado, que se implantou no lugar das repartições administrativas precedentes, na ausência de “nações”. Este êxito foi profundamente inadequado, para a sociedade latino-americana, para a unidade e articulações reais internas da sua base sociocultural de “mestiçagem” e da capacidade de abertura à variedade de aportes imigrantes, fundada sobre a unificante tradição romano-ibérica e sobre o universalismo do qual foi portadora; seja aos pressupostos necessários ao Estado Nacional que conseqüentemente não pôde, nem poderia, exercer um papel incisivo em relação à sociedade ao qual vinha contraposto, e limitou-se a funções mediadoras nos confrontos dos centros de poder externos. A inadequação do “Estado Nacional”, da solução cultural-político-jurídica por esse representada, do aparato por ele constituído, implicaram a sua permanente instabilidade, e, no que diz respeito ao ponto ora em exame, a falta de força expansiva para involucrar os códigos, as novas leis produzidas no estatal legalismo, que lhe fechassem dentro do seu ordenamento. Códigos e leis

ficaram imersos no direito comum preexistente, em relação aos quais foram concebidos; ficaram erradicados na Universidade, na ciência jurídica do direito comum da América Latina,⁵⁶ em um grupo profissional de advogados/bacharéis que conservou aquele modo comum de regular juridicamente as relações interpessoais, a sociedade civil, ainda que sem a capacidade de envolver todas as articulações.⁵⁷

Assim, para estes “códigos da transfusão do direito romano e da independência”, para o complexo das leis e das outras normas que as ladeiam, a menção aos “princípios gerais do direito” constituiu e continua, ininterruptamente, a constituir formulação técnica do reconhecimento da continuidade e unidade do sistema, assim como representou esse papel o Código Civil Albertino e, aliás, de modo ainda mais explícito e intenso. E o sistema assim formado na longa fase que, desde as XII Tábuas, da qual *civitas fundaretur legibus* (D. 1,2,2,4), chega a Justiniano, que o fixa nos seus códigos; depois desenvolvido até nós, sobre a base do *corpus iuris*, particularmente na fase das grandes revoluções, continua a formar e heterointegrar códigos e leis da América Latina.⁵⁸

5.5 | **O CÓDIGO CIVIL ESPANHOL DE 1889 E O REENVIO AOS “PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO”**

O processo de elaboração do Código Civil na Espanha teve um longo *iter*, do qual se pode reconhecer o início no projeto de 1821, redigido por uma Comissão nomeada para esse fim, em cumprimento ao disposto no art. 258 da Constituição de Cádiz.⁵⁹

Esse processo se coloca no contexto de um movimento geral do sistema romanístico, mas também em um específico contexto histórico e em uma área cuja tradição codificatória é assaz desenvolvida.⁶⁰ Por um lado, esse processo, então, participa das características comuns daquele momento culminante da idade das grandes revoluções e se insere em um comércio vivo, com os diversos resultados deste processo, maturados na Europa e na América Latina, com uma reapropriação direta ou indireta da globalidade do patrimônio do direito romano, graças também à falta, nessa fase de elaboração do direito, dos velhos limites postos aos juristas para o recurso a ele⁶¹ e à prevalência da sua formação de base. Por outro lado,

esse processo está estritamente ligado aos acontecimentos políticos do reino⁶² e se confronta com o particularismo dos *derechos forales*, sejam escritos, sejam consuetudinários.⁶³ Enfim, em parte também pela evolução das situações no longo arco do tempo, esse processo coloca diversamente em ponto os próprios objetivos, adquirindo e fixando os resultados de reformas que se aperfeiçoam por meio de leis⁶⁴ e acentuando a própria aderência a uma concepção extremamente respeitosa do pluralismo normativo do quadro da unificação jurídica.⁶⁵

(A) O Projeto de 1821, no art. 12, dispõe:

*La declaración auténtica de las leyes sobre las dudas que pueda ofrecer su inteligencia debe hacerse por las Cortes con el Rey. Si se tratase de los decretos de las Cortes, la declaración compete a ellas solamente.*⁶⁶

Isso se liga à linha tradicional de previsão de possíveis “dúvidas” na compreensão de um texto de lei e da “referência ao legislador” para resolvê-las.⁶⁷ Isso, porém, insere-a em um novo contexto normativo,⁶⁸ político, ideológico e técnico relativo à divisão dos poderes e ao papel da legislação, de matriz liberal e benthamiana.⁶⁹ Isso não afronta o problema da ausência de lei aplicável.

(B) O projeto privado de 1832, de P. Gorosabel, permanece fiel à posição de “referência ao legislador”.⁷⁰ Apesar de avizinhar-se de um filão doutrinário diverso, aquele da técnica do Código civil francês,⁷¹ no art. 6, ele identifica e regula também a hipótese de ausência de norma legal:

*El juez no puede decidir los casos no determinados en este código, sino que en tal caso debe consultar al Rey para que dicte una ley, igualmente que cuando ocurrieren dudas acerca de la inteligencia de alguna disposición.*⁷²

Esse refere em nota como fontes: “(2) Ley 11 tit 2 lib.1 Fuero Juzgo. (3) Ley de Toro, 14, tit.1 Part. 1”.

(C) Enquanto o problema de caráter constitucional, sobre o direito-dever do juiz de decidir o caso a ele submetido, era afrontado também no âmbito da codificação do direito penal e resolvido de forma afirmativa, numa perspectiva que realçava prevalentemente o dever,⁷³ o Projeto do Código Civil de 1836, ao art. 13, previa:

*Ningún Juez ni Tribunal podrá excusarse, so pena de responsabilidad, de pronunciar sentencia a pretexto de que no hay ley positiva acerca del asunto sometido a su decisión.*⁷⁴

Esse *Proyecto* configura somente o caso em que “não haja lei positiva”, deixando de lado o problema das “dúvidas” e se pode somente notar que, na *Exposición de motivos*, enquanto se realça a atenção prestada à lei no Título preliminar, não se faz qualquer observação a respeito dessa inovação introduzida.⁷⁵

Essa mesma posição é seguida também pelo *Proyecto* de 1851, muito mais célebre e importante para a codificação civil espanhola.⁷⁶ A reformulação das normas manifesta claramente a dependência, sobre o tema, ao Código Napoleão, coordenada com a *responsabilidad* sancionada no Código penal. O *Proyecto* de 1851, de fato previa:

Art. 12. El juez que rehuse fallar á pretesto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

*Art. 13. Se prohíbe a los Jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria.*⁷⁷

Como se vê, o *Proyecto* conserva uma polivalência de fundo sobre a imagem que o legislador tinha do fundamento substancial da decisão do juiz e da “completude” das leis, ou da “incompletude” dessas a “heterointegrar” com uma atividade “reconhedora” – “interpretativa” do sistema, ou “criativa”. O ordenamento sistemático com o princípio constitucional da divisão de poderes, presente no citado art. 13 do *Proyecto*, poderia fundamentar a exclusão dessa última hipótese.⁷⁸

Fundamental o comentário de García Goyena,⁷⁹ o qual aduz como

suporte a concordância com os Códigos Civis francês, holandês, sardo e austríaco e, ainda, de conhecidos textos do Digesto (D. 1,3,12 e 13; 22,5,13; 19,5,11) e, depois de ter reconhecido que é, porém, diversa a solução expressa no Código Justiniano (C. 1,17,2,18; 7,61,1; 1,14,1) e nas Partidas (Part. 3,22,11; 3,23,15), enfatiza a necessidade de não interromper a cada passo a administração da justiça por dúvidas que são consequência do fato de que “as leis não podem prever todos os casos [...]. É uma infantilidade ou uma estupidez pretender que o juiz disponha de um texto claro e preciso para aplicar para cada caso: a legislação seria um caos”.

É de notar-se que García Goyena, apesar de atento ao debate contemporâneo sobre a divisão de poderes, defendendo o respeito de tal princípio que se encontra, no seu ponto de vista, adequadamente compreendido nas disposições previstas, considera um “abundar” o que vem definido no Código Civil sardo, no art. 15, e no ABGB austríaco, art. 7, que, ao contrário, para além do problema antes mencionado, afrontam também aquele do modo com que devem o intérprete e o juiz, respectivamente, proceder (v. *supra*). Ele evidentemente entende que não seja necessário, ou até talvez oportuno, que o legislador regule essa segunda questão, em relação à qual observa: “A religião e a consciência iluminada do juiz devem suprir nos casos dúbios a impossibilidade do legislador de prevê-los” ecoando o fragmento do Digesto que ele mesmo acabava de citar (D. 22,5,13: *quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*), e depois lembra: “a equidade, tão recomendada no direito”, que “não é outra coisa que a razão ou justiça natural” e que “deve ser o verdadeiro suplemento da lei formulada”, na mesma linha do art. 11, Tit. V do *Projet de l’an VIII* francês, do *Exposé des motifs* do ano XI (1803) de Portalis, e dos sucessivos comentários do próprio Código Civil que a entendiam identificada no direito romano e, portanto, eu diria, como termo concreto e determinado de referência preexistente e capaz de evolução, para uma atividade interpretativa de heterointegração do Código Civil, ou do complexo das leis.⁸⁰

(D) O *Proyecto* de 1869, mesmo aderindo ao critério expresso na disposição do art. 12 do projeto precedente, parece preocupado em limitar os efeitos em relação ao risco de “arbítrio” do juiz: por isso antepõe a afirmação do

princípio da divisão dos poderes; circunscreve a matéria à qual o direito-dever do juiz de decidir é aplicável; explicita coordenação com o Código penal; tolhe a ambivalência supra-assinalada:

Art. 8. Al legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino con respecto a las partes que intervinieron en el juicio; y en su consecuencia, no podrán los Jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Art. 9. El juez que en materia civil rehúse fallar, a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de leyes, incurrirá en la responsabilidad en el penal.

*Si las cuestiones sobre derechos u obligaciones no pudieren ser resueltas por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serán decididas pos los principios del Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso.*⁸¹

Isso também é destacado no discurso de apresentação (“se determina com precisão [...] as regras que devem ser levadas em conta para a sua [= das leis] aplicação”), no quadro de um entendimento enfaticamente liberal e reformista (muitas são, em particular em matéria de direito das pessoas, as “modificações que o projeto introduz em nosso direito secular”, e é necessário fazê-las porque “nem os suspeitos se oponham como obstáculo ao progresso, nem as tradições sejam de obstáculo ao passo firme e resolutivo da marcha [...] lenta e segura que a humanidade porta no seu magnífico destino”).⁸²

A referência aos “princípios”, especificados como aqueles do “direito natural”, é extremamente interessante; e é também fonte de dúvidas. O seu emergir obedece à vontade de vincular explicitamente o juiz a uma operação de heterointegração interpretativa tendo como pressuposto a completude não das leis, mas do complexo de uma experiência jurídica que inclui o “direito natural”.⁸³ A propósito disso, parece-me que se queira atingir talvez algo diferente do que tecnicamente foi fixado no § 7 do ABGB austríaco,

mesmo que seja ele exatamente o modelo dessa norma;⁸⁴ mas sim algo vizinho às problemáticas dos “direitos naturais do homem”, do “expandir-se para a vida civil” das “doctrinas del derecho público”.⁸⁵

(E) Para o *Proyecto* de 1882, a solução segundo a qual o juiz deve sempre proceder à decisão das controvérsias a ele submetidas é já um ponto pacífico;⁸⁶ à diferença em relação aos precedentes projetos, prepara a formulação depois acolhida no código. O art. 12 dispõe:

El tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá em responsabilidad.

*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la que regule casos y materias semejantes, y, en su defecto los principios generales del derecho.*⁸⁷

Este acolhe a exigência de ditar um cânone para a integração interpretativa da lei; isola a proposta do precedente projeto e adere ao reenvio aos “princípios gerais do direito” conforme uma clara imagem de recurso a esses quando os procedimentos analógicos fundados na lei não resultem suficientes, imagem que não implica que esses sejam o fruto de sucessivas posteriores deduções lógicas a partir de textos de lei, mas, ao contrário, pressupõe a sua impossibilidade.⁸⁸ “A referência feita aos princípios gerais do direito introduz a possibilidade de uma eficácia do direito romano em nível de direito positivo”⁸⁹ no âmbito da nova situação normativa que seria gerada pela nova codificação, parecendo-me importante destacar que isso coincide com o que era praticado e do qual “nos deixam testemunho as sentenças do Tribunal Supremo, que [...] evidenciam o caráter positivo dos princípios gerais do direito e, em última análise, do direito de Roma”.⁹⁰

(F) Sobre esse projeto, a redação definitiva do Código Civil, de 1889, não somente desloca o artigo, mas também introduz inovações de notável relevo, mas que tocam somente indiretamente no problema que aqui examino. O art. 6 do Código Civil, como se sabe, com efeito, dispõe:

El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.*⁹¹

A referência ao “costume do lugar” no lugar da assim chamada *analogia legis* é muito significativa⁹² e deve ser coordenada com a introdução dos arts. 12-15, relativos à relação entre código e *fueros*, por sua vez fruto da mudança profunda dos arts. 5 e 6 da Ley de Bases de 1885, e sucessivos arts. 5-7 da Ley de Bases de 1888 e do conexo debate criado.⁹³

Na mudança, aparece mais significativa a estabilidade do reenvio aos “princípios gerais do direito”, que se torna o ponto de chegada de um longo percurso, o ponto de explicitação da conexão entre o novo código que entra em vigor, a multiplicidade conservada dos *derechos forales* e o sistema na sua totalidade e unidade.⁹⁴

(G) O reenvio aos “princípios gerais do direito”, assim introduzido, é rapidamente comentado como expressão de uma tendência enraizada e estabilizada, que tem uma base comum inclusive na mudança das formulações e que, exatamente na formulação acolhida, entende-se ter sido fixada aderindo a uma escolha difusa. Imediatamente, por exemplo, M. de Bofarul evoca, como já havia feito García Goyena, “o direito romano [...] *ad similia procedere atque ius dicere debet* [ecc. D. 11,3,12-13]” e “um juiz iluminado e, segundo sabiamente exprime o texto romano, as religiões devem suprir a obra do legislador D. 22, 5,13” levanta a diferença com as Partidas 3,22,11; 23,15, e a semelhança com “7 Austr.; 15 Sar.” como García Goyena, sem colher diferenças, aditando “3 Ital.; 16 Urug.; 20 Méj.”⁹⁵ M. Pedregal y Cañedo, mais amplamente evoca a precedente normativa derogado e analisa a legislação comparada: Código Civil argentino, holandês, guatemalteco, colombiano, chileno, italiano, mexicano, peruano, uruguaio e francês, anotando coincidências ou diferenças sem comentário destas, mas para um evidente suporte global.⁹⁶ M. Navarro Amandi coloca ainda a questão da relação entre esse artigo e o art. 1976, de derrogação da legislação precedente sobre

a matéria regulada pelo código, para saber se Partidas 7,34 ainda está ou não em vigor e considera a própria questão não resolvida pelo legislador uma “lacuna”, enquanto Sánchez Román sustenta a sua vigência.⁹⁷ O muito difundido comentário ao Código Civil de Q. Mucius Scaevola primeiro equipara os “princípios gerais do direito” ao “que outros chamam de direito natural, ou, o que é o mesmo, certas normas universais do agir bem, modeladas na equidade”, e depois observa:

Esses princípios do direito, aceitos por quase todas as legislações da Europa e da América como prolongamento do direito civil ao infinito, cristalizaram-se em uma multidão de formas regulares. / Disso nós temos repetidas provas no Digesto Romano, e não só nas chamadas *regulae iuris*, mas também nas próprias leis [...]. Outros princípios já analisados se encontram nas Decretais. E a essa mesma categoria dos princípios, no nosso modo de ver, devem pertencer as regras hermenêuticas de interpretação das leis.⁹⁸

A referência comparatística aos códigos do sistema romanístico na sua extensão espaço-temporal, ou seja, aos Códigos Civis europeus e latino-americanos convergentes, ao *corpus iuris*, às Partidas, às Decretais; à natureza e à equidade; às regras de interpretação do direito, constitui a essência da leitura e explicação da nova norma que é feita pela doutrina.⁹⁹ Isso é coerente também com as suas abrangentes características, das quais se destaca a escassa propensão à herança da mensagem da Escola Culta assim como a do historicismo, e a capacidade, ao contrário, de desenvolver o *mos italicus*, o bartolismo, e a herança da Segunda Escolástica com o “máximo empenho na posição e na solução dos problemas concretos colocados pelas relações civis, dando um sentido preciso de continuidade histórica e lógica ao uso do *corpus iuris*, considerado desde séculos o instrumento indispensável e insubstituível ao seu desdobramento”¹⁰⁰: “uma magnífica pandectística espanhola [...] produzida por um dogmatismo da recompilação de escassa elevação científico-jurídica, mas com imenso valor histórico [...] e] que tornou viável a utilização do direito romano nos tempos modernos da precodificação”.¹⁰¹

(H) A doutrina posterior desenvolveu depois, com riqueza de aprofundamentos, as coincidências e diferenças das posturas espelhadas nos primeiros mencionados comentários do texto legal, introduzindo, contudo, como já acenado, lógicas mutiladoras do seu vasto respiro, mas também evoluções muito interessantes.

Não é o meu objetivo, nem eu posso aqui seguir o andamento do debate posterior que se deu na Espanha. A individualização na ciência jurídica de “dois grandes endereçamentos opostos: um filosófico ou jusnaturalista e um outro positivista ou histórico” parece valer para a sua leitura.¹⁰² Sucessivos incrementos integram as mensagens do modelo do Código Civil suíço de 1907 (*vide* um breve aceno *infra* nota 182), mas, sobretudo, rebatem o primado da lei, além do quanto esta dispõe.¹⁰³ “Diante desta concepção da doutrina no nosso direito moderno, ainda mais generalizada, emerge aquela sustentada por F. de Castro, que encontrou numerosos adeptos [... e] que nos permite falar de uma concepção do direito ‘por princípios’”.¹⁰⁴ Essa encontra nas sentenças do Tribunal Supremo um termo de confronto não sempre consoante, mas muito significativo para o uso positivo do direito romano nesse testemunho.¹⁰⁵

5.6 | **O ART. 3 DAS DISPOSIÇÕES SOBRE A LEI DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1865; A SUA REINTERPRETAÇÃO E A REFORMULAÇÃO ESTATAL-LEGALISTA NAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942, E TENDÊNCIAS ANÁLOGAS PRESENTES NA EUROPA**

O sistema do direito romano, que mesmo nos textos dos códigos europeus produziu as formulações técnicas adotadas na América Latina, não conservou na Europa da mesma forma o seu papel unificador e orientador. O conjunto de articulações socioculturais e políticas da sociedade europeia, de um lado profundas, do outro lado e, sobretudo, centros de novas tensões políticas e institucionais particularistas que se tornaram hegemônicas, e mais, exclusivistas e mais fortes das estruturas políticas e institucionais unitárias, colocou em prática um processo de fragmentação do sistema do direito romano comum, que viu os códigos dele derivados tornarem-se

“como as bandeiras e os hinos nacionais”,¹⁰⁶ instrumento dos “Estados Nacionais”, da sua pretensão de monopolizar a produção do direito, do seu estatal-legalismo isolante.

O art. 3 das Disposições sobre a lei do Código Civil italiano de 1865 dispõe:

Qualora una controversia non si possa decidere né dalla parola, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso. [Sempre que uma controvérsia não se puder decidir nem pela letra, nem pelo sentido natural da lei, recorrer-se-á aos casos similares precisamente decididos pela lei, e aos fundamentos de outras leis análogas; permanecendo, ainda assim, duvidoso o caso, deverá decidir-se segundo os princípios gerais de direito, atentando-se a todas as circunstâncias do caso.]

A locução que vimos ser fixada no Código Civil albertino vem assim adotada pelo Código Civil italiano, em um contexto de atenção às normativas e à doutrina de outros Estados pré-unitários¹⁰⁷ e de “unificação nacional” iniciada, inclusive, por meio de uma normatização provisória que, em alguns casos (províncias lombardas, províncias emilianas, Marche, províncias umbras), havia estendido o Código albertino.¹⁰⁸

A história da interpretação desse artigo é, a meu ver, paradigmática; ela passa da valorização do sistema comum romano à confiança na “onipotência” do Estado legislador e é necessário tê-la presente para melhor recolher diferenças significativas e os seus limites. Por exemplo, Buonamici, na aula inaugural realizada em Pisa, em 1872, sustentou que tais princípios são “máximas teórico-práticas que têm no direito civil o caráter de máximas gerais” e, por isso, mesmo não se podendo recorrer à aplicação de alguma disposição “do direito romano como lei”, como, ao contrário, “era possível e praticado na França”, deve-se “extrair das leis romanas aqueles princípios gerais de direito privado referidos no art. 3 e aptos para bem julgar uma controvérsia”.¹⁰⁹ No mesmo sentido, Serafini

na preleção romana do mesmo ano.¹¹⁰

Fadda e Bensa, nas preciosas *Note a Windscheid*, sustentam, ao contrário, tratar-se de princípios deduzidos das “disposições das leis”, “abstraindo de conceito sempre mais generalizado” e que “o recurso ao direito romano” é subordinado ao fato de que os princípios tenham sido adotados pelo legislador, que conseqüentemente adota também “as conseqüências lógicas deste”. Essa expressão causa uma reviravolta na representação do recurso à interpretação segundo os “princípios gerais do direito”, e da relação entre legislação do Estado e sistema jurídico.¹¹¹

Não é mais a legislação incompleta que, inserida no sistema cujas normas reformulou, especificou, derogou, adaptou às novas exigências e circunstâncias, está sobre ele fundada e é por ele heterointegrada; mas a legislação é a expressão fundante de um ordenamento completo e absoluto, sem lacunas que não sejam aparentes.

O Estado liberal-moderado e nacional não tem a intenção de receber limites à sua própria soberania inclusive no campo da produção do direito, que se torna seu monopólio. No contexto de uma batalha na qual se entrelaçam diversos motivos e na qual novamente a exigência de unificação jurídica geralmente compartilhada pela doutrina parecia dever passar pela exclusão dos centros de conservação do particularismo jurídico constituído pelos tribunais,¹¹² diferentemente do que se cumprira alguns decênios antes, quis-se, além disso, cumprir a operação de conjugar o direito romano com o Estado nacional, pretendeu-se “nacionalizar” o direito romano, nas partes cômodas para o próprio Estado nacional.¹¹³ A reviravolta se perfaz e se evidencia no Código Civil italiano de 1942 que, como já foi lembrado, no art. 12 das disposições preliminares, faz referência aos “princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”.¹¹⁴ As palavras do Ministro Chanceler sublinham que o “ordenamento” compreende “também a orientação político-legislativa-estatal e a tradição científica nacional (direito romano, comum etc.) com esse concordantes”, mas, outrossim, que quer referir-se à “esfera do sistema legislativo vigente”, e, além disso, impedir um recurso a “direitos estrangeiros [que alterem] as linhas peculiares da nossa legislação nacional”.¹¹⁵

Mesmo incluindo elementos complexos, o artigo em questão, com tal

formulação, quer constituir essencialmente uma norma de fechamento que se baseia em uma representação da completude do direito posto pelo Estado Nacional soberano, produtor ou controlador monopolista do seu direito,¹¹⁶ que tende a tornar disponível até para a ideologia e força política que se “empodera” e dispõe do Estado.

O dinamismo revolucionário na França colocou, inicialmente, em uma perspectiva universalística o *Code des Français*, posteriormente *Code Napoléon* (Napoleão, “último revolucionário”) e cujos elementos sobre o ponto aqui em exame são completamente abertos a uma correta definição da relação com o sistema,¹¹⁷ mas que são depois sujeitos a reinterpretações.¹¹⁸ O ABGB também sofre, sobre o ponto aqui considerado, o efeito de tendência estatal-legalista.¹¹⁹ O silêncio do BGB se coloca num quadro complexo das mais remotas profundas dilacerações e de exigências de convivência; de combinação do direito romano recebido com a legislação territorial; de horizontes abertos pela universalização da sua ciência pandectista, mas perturbados pelo afã de uma tradição germânica.¹²⁰ Também o Código Civil suíço é interpretado de modo a completar e fechar o ordenamento dentro dos confins da ação de um órgão do Estado, ao qual, em parte, se liga o Código Civil português, mesmo que contenham normas com pontos diversos.¹²¹ Tal fechamento é explícito objetivo político-ideológico do positivismo jurídico estatalista e nacionalista no Código Civil italiano de 1942, que é certamente o produto mais coerente e extremo de uma linha evolutiva e foi autorizadamente qualificado como expressão de “míope estatolatria”.¹²²

Frente a essa evolução, a ciência jurídica latino-americana destacou exatamente que essa “falta de fundamento à tese de alguns italianos e espanhóis [mas vimos que a referência poderia ter sido mais estendida], que, na interpretação da mesma expressão [isto é, princípios gerais de direito] ressaltam que o legislador se referiu aos princípios do direito nacional”.¹²³

Eu entendo que essa observação indique um fato exato, mas já a ser superado, e levanto com isso uma tendência e uma necessidade: foi possível na Europa uma *duplex interpretatio* dos “princípios gerais do direito”, da relação entre código e sistema, na qual, como acenei, prevaleceu às vezes, de forma muito consistente, a linha em contraste com o

sistema e conforme ao nacionalismo jurídico estatal-legalista; mas permaneceu no sistema a presença da outra linha, em particular, mas não somente na América Latina e, nesse momento, no Código Civil espanhol, repondo-se com autoridade, colocando em dúvida o nacionalismo jurídico presente na Europa e exprimindo uma tendência de fundo do sistema em direção ao direito comum, que indiquei inicialmente.

5.7 | **A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL ESPANHOL COM A LEI DE 1973. A COMUNICAÇÃO COM O SISTEMA LATINO-AMERICANO E COM OS CÓDIGOS EUROPEUS**

A referência aos “princípios gerais de direito” constituiu a mais precisa formulação e determinação técnica do relacionamento entre os códigos e, mais em geral, o complexo das fontes da origem estatal e o sistema romanístico, na época do Estado nacional moderno (*supra* 5.3).

Essa foi largamente acolhida nos Códigos Civis da América Latina, de um modo, porém, não rígido, mas em consonância também com outras locuções, essa coerência concorreu para caracterizar o subsistema latino-americano no quadro do sistema romanista (*supra* 5.4).

O seu acolhimento no Código Civil espanhol, depois de diversos projetos de reelaboração de outras formulações adotadas em códigos europeus, depende e deve ser ligada às razões dessa coerência, que este código compartilha (*supra* 5.5). Os já mencionados autores que imediatamente o comentaram são a expressão emblemática dessa vontade de estar em sintonia com os códigos europeus e latino-americanos no atingir ao direito comum para proceder em direção ao futuro, no direito, “hasta lo infinito”,¹²⁴ segundo a concepção justineana revivida *omni aevo* (Const. Tanta, 12).

A linha de clausura dos ordenamentos estatais sobre si mesmos, que se desenrolou na Europa pela força derivada da coincidência entre a lógica do aparato do Estado moderno e aquela da “nação” e aperfeiçoada no Código Civil italiano de 1942 (*supra* 5.6) envolveu também uma parte da experiência jurídica espanhola (*supra* 5.5.H.). Essa, porém, como inicialmente acenado, soube reagir melhor e a reforma de 1973¹²⁵ rebate os significados originais da referência aos “princípios gerais”, enfatizando-os.

O novo texto, como é conhecido, no art. 1, dispõe:

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

[...]

*4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*¹²⁶

Sobre o ponto, De los Mozos incisivamente observa: “O conceito dos princípios gerais do direito não mudou [...] nem pode mudá-lo o legislador, porque se trata de uma categoria ‘anterior’ à norma concreta, e se encontra arraigada na nossa tradição jurídica”. Essas palavras se completam com a afirmação segundo a qual “[na] tradição romanística, interpretada às vezes com diversas nuances, que não são nada além de variantes de um mesmo sentimento do direito que se concretiza, na maior parte dos casos, em variantes de ordem técnica e sistemática dependentes das diversas circunstâncias, que, porém, atualizam as constantes, uniformes e comuns a todos os direitos europeus [...] é ali que se deve encontrar o núcleo central dos princípios gerais do direito”.¹²⁷ Essas encontram-se com outras: Reinoso Barbero, mesmo com algumas diferenças, derivadas do exame da forma de motivar da jurisprudência do Tribunal Supremo, anota: “são princípios gerais do direito as máximas e regras romanas e aquelas aparecidas durante o direito intermédio, assim como também os preceitos de direito natural e aqueles que inspiram ou se deduzem do enunciado da lei, que sem ser literalmente recolhidos nos textos, vão integrar as suas lacunas” e ulteriormente precisa: “o que pode certamente ser afirmado é que os princípios gerais do direito espanhol são proporcionados fundamentalmente pelo direito romano”.¹²⁸ Essas não contradizem, evidentemente, a necessidade de referência à Constituição, mas vão bem além, na consciência da riqueza e limites de tal fundamental documento legislativo.¹²⁹

Um motivo da leitura mais correta da referência aos princípios gerais do direito por parte da cultura jurídica espanhola deriva para ela da específica comunicação com a América Latina.¹³⁰ Em relação a essa, o elemento ibérico revela sua força como autor de comunidade, de encontro de

povos que se abrem e experimentam uma “mestiçagem” oposta ao “isolamento” e à “clausura”. O direito romano, na Idade Moderna, teve a oportunidade histórica, na sua tradição ibérica, de reativar o seu universalismo no encontro, na América, com uma realidade de povos que por ele é unificada.¹³¹ Essa experiência concretamente renovada de abertura não desaparece sequer para a tradição ibérica depois da independência dos países latino-americanos, e continua, ao contrário, um diálogo frutífero, como se viu sobre esse ponto para o século passado no momento da codificação, e se constata novamente agora, tanto que se deve levar em consideração essa característica ibérica de abertura, de comunicação privilegiada entre articulações do sistema romanista.¹³²

5.8 | **UM QUESTIONAMENTO DO NACIONALISMO JURÍDICO E AS EXIGÊNCIAS DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA**

Evidentemente, a esquelética e incompleta análise desenvolvida não representa nem mesmo a sombra da complexa história ocorrida em uma Europa cuja atual recordação de si mesma e do próprio direito coloca no centro justamente o direito romano, seja no contexto dramático dos anos da guerra mundial (a obra de Koschaker é emblemática¹³³) seja naquele da pesquisa posterior de individualização e definição do *civis Europaeus*,¹³⁴ para além da anomia da hiperlegiferada sociedade contemporânea.

A essa Europa, que iniciou um processo importante de superação do Estado Nacional liberal moderado e de busca de instrumentos mais penetrantes de democracia, parece-me que a renovação, sobre esse ponto, do Código Civil espanhol, “ponte”, como é indicado, entre sistema latino-americano e códigos europeus, traga uma mensagem de fundo do sistema, cuja interpretação conjunta não pode ser feita por meio de uma estatística, ou por meio da procura de um conteúdo mínimo comum, ou uma mediação, mas sim por meio do reconhecimento da mais coerente, fundamentada, justa solução;¹³⁵ uma mensagem que comporta a superação do estatal-legalismo e uma renovação dos objetivos do romanismo jurídico, com toda a sua carga do sistema *hominum causa constitutum*.

O explícito destaque do papel que têm os princípios gerais do direito de orientar o inteiro ordenamento jurídico¹³⁶ rebate o tipo de colocação

do código, das outras leis, dos costumes e dos usos, no sistema romanista, que foi “codificado” no *corpus iuris*, e que é deste então desenvolvido. Ou seja, ele traz à luz a necessidade de ler os códigos etc. dentro deste corpo de direito existente,¹³⁷ elaborado e ainda constantemente *in fieri*, constantemente melhorável e também enriquecível pela legislação, pelos costumes e pela ciência jurídica, na realização histórica dos princípios nele colocados e perseguidos.¹³⁸ Ele recolhe uma posição que, por sua validade científica, vige independentemente da obra do legislador, porque desta independente.¹³⁹ Acolhido novamente pelo legislador sobre o seu horizonte, ele exprime a superação do estatal-legalismo por parte do próprio legislador.

Um papel dos “princípios gerais do direito”, por outro lado, por suas características, tem uma intrínseca dimensão comum para todo o sistema, bem além dos limites do ordenamento jurídico espanhol.¹⁴⁰

Isso tem um potencial unificador extraordinário, a partir do trabalho de harmonização interpretativa dos dados de experiência jurídica dos diversos países que, porém, objetivamente, têm no sistema romanista os mesmos comuns *principia* (parece-me não dever ser desprezada a pluralidade atribuível hoje a este termo que, ao contrário, em D. 1,2,1, é orientado a colher diacronicamente aqueles perfis da realidade que são, contudo, qualificados dessa a *potissima pars*), harmonização interpretativa que responde às exigências que derivam dos processos de integração no ato, particularmente na Europa.¹⁴¹

Sobre esta conclusão, parece-me ainda relevante indicar, com um brevíssimo aceno, que esta renovação das relações entre códigos, leis etc. e sistema romanista, com o complexo dos seus corpos do direito que não contêm os “princípios”, na sua superação do estatal-legalismo e na sua repositura da direta relevância do sistema encontra-se com uma outra linha de emergência e direta relevância do próprio sistema em relação aos ordenamentos.

Refiro-me, sobretudo, ao complexo dos assim chamados “direitos invioláveis” que foram codificados em muitas Constituições, com normas que são de puro “reconhecimento” desses, que não podem ser modificados nem mesmo respeitando-se o procedimento de modificação constitucional e que, portanto, pertencem ao sistema jurídico não estatal, e o reconhecimento da sua relevância pelo Estado implica exatamente a própria supera-

ção por parte deste do estatal-legalismo; do monopólio da produção do direito por parte dos aparatos soberanos e do reconhecimento do papel do homem e dos povos.¹⁴²

As duas linhas têm raízes e pontos de chegada comuns: o princípio base do direito pelo que *omne ius hominum causa constitutum est* (D. 1,5,2), e, portanto, a não soberania dos aparatos, mas a instrumentalidade desses para o homem.

Essas seguem itinerários às vezes diversos e encontram suas evoluções principais em áreas e momentos diversos. Ajuda-nos a compreender a complementaridade fundamental desses, novamente, o *principium* segundo o qual o *ius Romanum*¹⁴³ é *tripertitum: collectum etenim est aut ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus* (D. 1,1,1,2).¹⁴⁴

5.9 | **APÊNDICE:** POR UMA REINTERPRETAÇÃO DO ART. 12, ALÍNEA 2, DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES DO CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942 SEGUNDO O SISTEMA

Foi pontualmente sublinhado o valor “ideológico” da “substituição da fórmula do art. 3 das Disposições Gerais de 1865” por aquela acolhida nas Disposições preliminares do Código Civil italiano de 1942, art. 12, alínea 2,¹⁴⁵ e as observações sumariamente acima desenvolvidas a propósito dessa convergem neste diagnóstico.

A atual formulação pode e deve, a meu ver, ser reinterpretada em conformidade com o sistema e voltar à perspectiva originária, com todo o seu potencial.¹⁴⁶ Enriquecidos pela experiência concluída e conscientes do valor da pesquisa pela certeza e unidade que a clausura nacional do ordenamento quis perseguir num certo momento histórico e, também, dos graves perfis negativos de tal fechamento e dos mesmos crescentes limites com os quais esta garante tais objetivos no atual contexto, parece-me necessário tornar a proceder de modo sistemático, isto é, conforme ao sistema, globalmente compreendido.

NOTAS

* Publicado na *Rivista di diritto civile*, 40/2, 1994, I, p. 359 ss. com o título *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latino-americano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto)*, com base na palestra realizada sobre tal tema no Seminário Internacional: “El Código civil español como puente de unión entre las codificaciones europeas y el derecho latino-americano”, Burgos, 13-14 de outubro de 1989, no Centenário do Código civil espanhol.

1 A expressão é de J. CASTAN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporâneos del mundo occidental*, 2ª ed., Madri, 1957, p. 65 ss. (1ª ed., Madri, 1956).

2 Conforme, *infra*, itens 5.7 e 5.8.

3 O nexó entre a problemática dos “princípios gerais do direito” e as atuais exigências de adequação do direito na Europa, também em relação aos processos de integração comunitária, esteve presente em diversas contribuições do Congresso da Accademia Nazionale dei Lincei de 1991, do qual cfr. agora as Atas: *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, onde v. em particular J. H. MERRYMAN, *General Principles of Law and the Convergence of Legal Systems*, p. 47 ss.; R. SACCO, *I principi generali del diritto nei sistemi giuridici europei*, p. 163 ss.; G. GORLA, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l’art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile italiano del 1942*, p. 177 ss.; A. TRABUCCHI, *I principi generali del diritto nell’esperienza comunitaria*, p. 187 ss.

4 Pontualmente P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali*, cit., p. 342, expõe em linhas gerais “que o discurso sobre os princípios gerais continue importante para construir, na sua inteireza, o sistema e para avaliar as técnicas de interpretação, e para perceber-se que os mesmos fatores produtivos das normas se alargaram”.

5 “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou defeito da lei, poderá ser perseguido como culpado de negação de justiça.”

6 Estas eram as palavras do Decreto 16, de 24 de agosto de 1790, art. 12, que havia introduzido o *référé legislatif*, e que foi superado pelo art. 4 do Código (cfr. M. A. CATANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milão, 1966, p. 112). Mas a “referência ao legislador” tem uma história bem mais antiga: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Historia del referimento al legislador*, I: *Derecho Romano*, II: *El derecho nacional chileno*, in *Rev. de Estudios Historico-Jurídicos*, 6, 1981 (Valparaíso), p. 13 ss.; 7, 1982, p. 107 ss.

7 A pesquisa das origens dessa problemática, e dessa solução, bem como das interpretações que foram delas feitas nos agora quase dois séculos de vigência da norma, apesar de importante aos fins do que estou dizendo, não pode aqui ser desenvolvida.

Sob o perfil histórico-dogmático, reabriu a discussão G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminar del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 92, 1969, V, p. 112 s., que considerou que não seria “claro se os autores desse artigo 4 tinham a intenção de justificar a interpretação do juiz pelo fato de tal interpretação simplesmente ‘encontrar’ o que já está na lei ou no seu complexo, ou se ainda ouviam o eco da concepção de uma função criativa da interpretação para além do *casus legis* ou do ‘texto expresso sobre o caso’” (p. 126). Gorla, portanto, demonstrou que o antecedente, cujo eco estaria presente em tal norma, teria sido constituído pela doutrina de juristas do direito comum, segundo a qual na ausência, e somente na ausência do “caso decidido pela lei” poder-se-ia recorrer à *autorictas*, às *rationes*, ou seja, às “interpretações já feitas”, doutrinárias e judiciais, e aos “princípios gerais [...] não deduzidos das leis mas a essas sobrestantes” (p. 115). Sobre o ponto cfr. também E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa*, in *Foro it.*, 94, 1971, V, p. 99 ss. Com exatas pontuações, cfr. também CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 125 s.; E. PATTARO, *Alle origini della nozione di ‘Principi generali del diritto’. Profilo storico-filosofico*, in VV.AA., *Soggetto e Principi generali del diritto. Atti XV Congresso Naz. Soc. Fil. giuridica e politica*, Milão, 1987, p. 25 ss.; e ainda GORLA, *I principi generali comuni*, cit., p. 177 ss.

Neste ponto, julgo que seja de se recordar as palavras de Portalis, que, no famoso *Discours préliminaire* de 24 Termidor do ano VIII (1800), observava: “Prever tudo é um objetivo impossível de atender [...] na falta de um texto preciso para cada matéria, um costume antigo, constante e bem estabelecido, uma sequência não interrompida de decisões semelhantes, uma opinião ou uma máxima recepcionada, tem lugar de lei. Quando não se é dirigido por nada do que está estabelecido ou conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, volta-se aos princípios de direito natural [...]. As partes que tratam entre elas de uma matéria que a lei positiva não definiu submetem-se aos costumes recebidos, ou à equidade universal, na falta de qualquer costume” (cfr. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, I, 1827, p. 467 ss., rist. Osnabrück, 1968). Ele, mesmo na variedade de seus argumentos, predispôs para tais *Projet de l'an VIII*, Tit. V, art. 5: “Quando uma lei é clara, não se deve fugir do seu texto sob o pretexto de pentetrar no seu espírito; e na aplicação de uma lei obscura, deve-se preferir o sentido mais natural e aquele que seja o menos defeituoso na execução”, art. 11: “Nas matérias civis, o juiz, na falta de lei precisa, é um ministro da equidade. A equidade é o retorno à lei natural, aos costumes recepcionados no silêncio da lei positiva” (*Recueil*, cit., II, p. 7). O mesmo Portalis, no 4 Ventoso do ano XI (1803), no *Exposé des motifs* ao Corpo legislativo do texto que depois seria aprovado, retoma argumentos análogos: “É uma

previsão sábia a de pensar-se que não se pode tudo prever [...] desde todos os tempos diz-se que a equidade é o suplemento das leis. Ou, o que quiseram dizer os jurisconsultos romanos, quando assim falaram da equidade? [...] É essa equidade que é o verdadeiro suplemento da legislação [...] o poder de julgar não é sempre dirigido no seu exercício por preceitos formais. Ele o é pelas máximas, pelos costumes, pelos exemplos, pela doutrina” (*Recueil*, cit., VI, p. 359 s.). Ou seja, Portalis previa a integração da incompletude do código (ou de um complexo de leis) por meio do recurso às outras fontes subsidiárias do direito, recurso que se coloca, então, para além da “aplicação” da lei, mas sempre no âmbito da “interpretação” do direito e não da “criação” deste. Por isso, entendo útil distinguir entre completude do código (ou de um complexo de leis) e completude do sistema.

Essa posição se reflete nas obras de comentário ao Código e nos planos de estudo para a formação dos juristas.

Para as primeiras, cfr. DELVINCOURT, *Cours de code civil*, I, Paris, 1834, p. 88, o qual ilustra a noção de “equidade natural” exatamente com referência ao direito romano, que está na base do código, e do qual o código é expressão. Cfr. também C. B. M. TOULLIER, *Droit civil français suivant l’ordre du code*, 1, Paris, 1819, p. 116: “Quanto à equidade, foi dito em todos os tempos que ela era o suplemento das leis, e nada é mais justo e mais verdadeiro, desde que a equidade seja dirigida pela ciência, sem a qual o magistrado deve temer de sentar-se no templo da justiça, e sem a qual o espírito só fará por perder-se na busca de um fantasma de equidade puramente imaginária. / É sobretudo nos escritos dos jurisconsultos romanos que ele encontrará os guias seguros e as regras de decisões infalíveis. Esse livro sozinho, como observa d’Aguesseau, desenvolve sem pena os primeiros princípios e as últimas consequências do direito natural. Ai do magistrado, diz ele, que não teme preferir a sua única razão àquela de tantos grandes homens; e que, sem outro guia que a ousadia do seu gênio, gabe-se de descobrir num simples olhar, e de penetrar no primeiro golpe de vista a vasta extensão do direito!”

Para os segundos, exatamente sobre essa mesma linha, a Lei de 22 de Ventoso do ano XII, e Decreto Complementar conexo do mesmo 1804, preveem que o curso de direito romano nas suas relações com o direito francês se desenrole sobre as bases das Instituições de Justiniano, e as novas obras desenvolvam o nexo entre código e Corpus Iuris, e cfr. DUPIN, *Recitaciones in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum J.G. Heineccii*, 2 v., Paris, 1810.

8 “Se o juiz não encontra alguma lei, que possa servir para a decisão do caso litigioso, deve decidir, com base no seu melhor exame, segundo os princípios gerais acolhidos no código, e segundo as disposições existentes para casos análogos.”

9 Cfr., respectivamente, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonha, 1976, p. 493; P. S. CODERCH, *El casus*

dubius en los Códigos de la Ilustración germánica (*Estudios sobre la codificación. Interpretación de las prohibiciones de interpretar. II*), in *Estudios de Derecho Civil J. Beltran de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 653 = in *La Compilación y su Historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, p. 418.

O ALR havia também previsto o caso de dúvida na interpretação da lei segundo as suas palavras na sua conexão, ou segundo “o mais próximo indubitável fundamento da lei”, e havia disposto o reenvio ao legislador (§§ 46-48), para garantir assim o “domínio do Estado sobre o texto” (F. EBEL, *Über Legaldefinitiones. Rechtshistorische Studien zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik in Deutschland, insbesondere über das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsdarstellung*, Berlim, 1974, p. 161). O reenvio depois é superado com a reforma de 1798, e com aquela de 1803 que substitui os §§ 47-48. Cfr., sobre o ponto, CODERCH, *El casus dubius en los Códigos, cit., passim*; cfr. também W. WAGNER, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, coordenado por H. COING-W. WILHELM, 1, Frankfurt/M., 1974, p. 146 ss.

10 “Deve haver atenção à harmonização da ideia e do sentido da mesma (lei), a casos análogos ali formulados, aos princípios e intenções que se manifestem da conexão das leis, e decidir o caso segundo o mesmo critério normativo.”

11 Cfr. para esse projeto PH. HARRAS-V. ARRASOWSKY, *Die Umarbeitung des Codex Theresianus, 2. Entwurf Martini's*, Viena, 1886.

12 “Sempre que um caso não se possa decidir nem segundo as palavras, nem segundo o senso natural da lei, olhar-se-á para os casos similares precisamente decididos pela lei e aos motivos de outras leis análogas. Mantendo-se duvidoso o caso, deverá decidir-se segundo os princípios de direito natural, com atenção a circunstâncias recolhidas com diligência e maduramente ponderadas.”

13 Assim, nas traduções em italiano do ABGB, sobre o qual cfr. F. RANIERI, *Italien*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3, 1, Munique, 1982, p. 227 s.

14 Para a interpretação dessa expressão, cfr. F.E. v. ZEILLER, *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer des Österreichischen Monarchie*, 1, Viena e Trieste, 1811, p. 65 s.; *Commentario sul codice civile universale per tutti gli stati ereditari tedeschi della monarchia austríaca*, trad. It. G. CAROZZI, 1, Milão, 1815, p. 71 s. É interessante citar o que refere J. HUNGER, *System des*

österreichischen allgemeinen Privatrechts (1ª ed., 1856), 4ª ed., Leipzig, 1876, 67 (§ 11): “direito natural ganhou com isso para o direito privado austríaco o significado e a força de direito subsidiário. Essa afirmação se encontra de acordo com as opiniões de base, para as quais, desde os tempos antigos e mesmo até os novos tempos, o direito natural tinha esse significado e valor. [...] Acreditava-se que esse direito natural poderia ser encontrado no *jus gentium* dos romanos, comparação feita sobretudo pelo vienense Heineccius 1.S.24 (‘o seu direito dos povos é o nosso direito natural’); ver sobre o assunto especificamente Savigny, *System*, 1, § 22 u. Beil. I”.

Para sucessivas tendências a uma reinterpretação estatizante, cfr. A. EHRENZWEIG-L. PFAFF, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 6ª ed., Viena, 1925, p. 75 (§ 19); H. KLANG-F. GSCHNITZER, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2ª ed., Viena, 1964, p. 106 s.

Cfr. também, em geral: M. WELLSPACHER, *Das Naturrecht und das ABGB*; J. VON KOSCHENBAR-LYSKOWSKY, *Zur Stellung des römischen Rechtes im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch f. das Kaisertum Österreich*; DNIESTRZANSKI, *Die Natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 ABGB) in Fest. Jahrhundertfeier des ABGB. 1. Juni 1911*, 1, Viena, 1911, p. 175 ss.; 211 ss.; 2, Viena, 1911, p. 3 ss.; I. GAMPL, *Die ‘Natürlichen’ Rechtsgrundsätze in der Judikatur der kk. Höchstgerichte Österreichs*, in *Fest. Plöchl*, 1977, p. 399 ss.; ID., *Rechtsgrundsätze. Auffassungsdifferenzen und Missverständnisse um § 7 ABGB und den Begriff ‘Positives Recht’*, in *Im Dienst von Kirche und Staat. In memoriam C. Holböck*, Viena, 1985; TH. MAYER MALY, *Die natürlichen Rechtsgrundsätze als Teil des geltenden öst. Rechts*, in *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift René Mascic*, Berlim, 1983.

15 Pode-se observar, ulteriormente, que o parágrafo em exame é precedido do § 6 que reza: “Uma lei não pode, ao ser aplicada, ganhar outra interpretação diferente do significado próprio das palavras no seu contexto e destacada pela clara intenção do legislador”.

Dada a solução acolhida no § 7, o papel atribuído pelo legislador a esse § 6 é aqui mais claro do que para as paralelas normas do ALR, suprarrecordadas: esse dita e delimita os critérios aos quais se ater ao interpretar a lei, algo que constitui uma operação distinta da “analogia”; conseqüentemente concorre a delimitar, outrossim, a área das relações jurídicas às quais se referem as próprias leis.

16 A variante “de/do direito”, que aparece às vezes, não me parece constituir uma indicação no sentido de uma vontade de afirmar significados diversos, o que diz respeito à relação código-sistema que examino aqui. É de ter-se presente, mesmo se aqui não analiso esse perfil, que o Código Civil albertino previa ainda como deveria ser interpretada a lei para a sua aplicação e, portanto, o seu alcance, dispondo no art. 14: “Na aplicação da lei não é

lícito atribuir-lhe outro sentido que aquele que se manifesta do próprio significado das palavras, segundo a conexão dessas, e da intenção do Legislador”.

Essa norma é retomada na alínea do art. 3 do Código Civil de 1865, cit., e depois na alínea 1 do art. 12 das Disp. prel. ao Código Civil de 1942. Essa recorda uma problemática consolidada no direito comum (sobre as máximas: *in claris non fit interpretativo; a verbis non est recedendum*; “um *corpus* de leis deve estabelecer qual parte do direito está nele contida” cfr. SPAGNESI, *Reminiscenze*, cit., c. p. 99 ss.), apropriada e reelaborada pela Escola de direito natural, e emergente no ALR e ABGB, sobre a qual *supra* (cfr. CODERCH, *El casus dubius em los Códigos*, cit., *passim*).

17 Cfr. o texto do primeiro projeto em *Motivi dei codici per gli Stati sardi*, 1, Genova, 1856, p. 28, e aquele das duas primeiras redações de Sclopis e de Barbaroux, de 1831, onde tem o número 13, e no qual se prevê outrossim que seja “ouvido o Ministério Público” (*IBID.*, 2, Apêndice, p. XVI-XXIII). Cfr., quanto ao episódio de elaboração deste artigo, G.S. PENE VIDARI, *Nota sull’ analogia juris’ . L’art. 15 del Tit. prel. C.C. albertino e la sua formazione*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 50, 1977, p. 342 ss.

18 Cfr. *supra* nota 16.

19 Cfr. as decisões e os motivos expostos nas sessões da Comissão de 28 de junho de 1831 e de 10 agosto de 1831 em *Motivi*, cit., 2, Apêndice, p. XVI-XX. PENE VIDARI, *Nota*, cit., p. 346 ss. sublinha a vontade de disciplinar “alguns ‘mecanismos’ do Estado – de modo especial aqueles, no fim das contas mais assépticos, da legislação e da jurisdição – sem dever tomar outros provimentos mais empenhativos sobre o plano constitucional” (p. 348).

É útil ter presente que tais normas, na primeira redação apresentada por Sclopis e Barbaroux, previam o recurso aos “princípios do direito natural, sem deixar de considerar todas as circunstâncias do caso maduramente ponderadas, e sempre ouvido o Ministério Público”; esses eram, depois, seguidos de normas sobre a interpretação autêntica, prerrogativa do soberano (art. 14), sobre a irrelevância dos costumes que não sejam evocados pela lei (art. 15), sobre a abolição dos Estatutos locais (art. 16) sobre a exclusão de valores gerais das decisões de magistrados (art. 17).

É também interessante ter presente que Sclopis, um dos autores dos artigos em questão, como já mencionado, teve oportunidade de examinar, em um ensaio *Della autorità giudiziaria*, Turim, 1842, p. 167 s., os motivos a favor da “uniformidade em um ordenamento civil” e de criticar, em nome da “evidência da grande utilidade que se tem, nas relações multiplicadas e rápidas de hoje em dia, de um princípio de unidade nas legislações e na administração geral de uma nação”, a posição diversa expressa no capítulo do Montesquieu, *sobre as ideias de uniformidade* (*Esprit des lois*, liv. XXIX, cap. 18).

20 Cfr. *Motivi*, cit., 1, p. 28.

21 Cfr. *Motivi*, cit., 1, p. 28 s.

22 Cfr. *Motivi*, cit., 1, p. 29.

23 Cfr. *Motivi*, cit., 1, p. 29 s.

24 Cfr. *Motivi*, cit., 1, p. 29 s.

25 Cfr. *Motivi*, cit., 1, p. 30.

26 V. também a mesma posição emergente nos escritos de Sclopis, do qual cfr. *Della legislazione civile. Discorsi*, Turim, 1835, p. 22, e, depois, *Dello studio e dell'applicazione delle leggi. Discorso detto dinanzi all'Eccellentissimo R. Senato di Piemonte nella solenne apertura dell'annuo corso giuridico*, Turim, 1844, p. 12 ss.

27 Problema conexo, mas que só pode ser indicado, é evidentemente aquele da justificação da vigência do direito romano antes da codificação, que pode influir sobre sucessivas construções (cfr. sobre esse problema, D. MARRARA, *La giustificazione del diritto romano comune in alcuni autori dell'età moderna con particolare riguardo al Settecento toscano*, in *Quaderni Fiorentini*, 13, 984, p. 287 ss.).

28 Cfr. F. MERLO, *Juris civilis Institutiones*, Turim, 1839, 31; 3. ed. em italiano, 1846, XII e 6 s. n. 6 (o problema é aquele do filho de pais que sejam súditos “ao tempo da concepção, e não ao momento do nascimento, ou ao tempo do nascimento e não ao momento da concepção, ou sendo unicamente no tempo intermediário”, e a referência é a D. 1,5,5,2, relativo à aquisição por parte do filho da condição de *ingenuus*).

29 SCLOPIS, *Dello studio*, cit., p. 17 ss. Sobre a interpretação, cfr. também ID., *Della autorità giudiziaria*, cit., p. 39 ss., onde se reata a posição então apenas exposta por Savigny (*System*, cit., 1, Cap. IV, trad. fr.). No geral, sobre a atenção não passiva deste jurista à doutrina de Savigny, cfr. L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la restaurazione e l'unità*, Roma, 1984, p. 203 ss. Sobre a reforma dos estudos em Piemonte em seguida à codificação e sobre a concepção das relações entre códigos e direito romano nessa traduzida, cfr. S. SCHIPANI, *Sull'insegnamento delle Istituzioni di Diritto romano in Italia*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano, 1983, p. 139 ss. [= in ID., *La codificazione del diritto romano comune*,

2011, p. 225; trad. esp. *La codificación del derecho romano común*, Bogotá, 2010, p. 275 ss.].

Como exemplo de obra da doutrina, cfr. [GIOVANNETTI], *Manuale Forense, ossia Confronto fra il codice Albertino, il diritto romano e la legislazione anteriore con rapporto ed illustrazioni dei corrispondenti articoli del codice francese ed austriaco, compilato da una società di avvocati*, Turim, 1838-1843; V. PASTORE, *Codice civile per gli Stati di S. M. Il Re di Sardegna*, Turim, 1838-1847; PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, Turim, 1855-1856.

De tudo o que foi dito, parece-me que resulta clara a necessidade de distinguir-se o problema em exame daquele da contribuição que tenha dado o direito romano até Justiniano para a elaboração do direito por princípios, sobre o que cfr., por exemplo, G. PUGLIESE, *I principi generali del diritto, L'esperienza romana fino a Diocleziano*; G. G. ARCHI, *Compilazione Teodosiana e legislazione giustiniana*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 69 ss.; 89 ss., ou aquele dado pelas elaborações sucessivas, sobre os quais cfr. por exemplo P. STEIN, *Principi generali nel pensiero dei Glossatori e Commentatori medievali*, in *I Principi*, cit., p. 127 ss. A locução plasmada exprime de fato certo o vital reenvio à totalidade do *ius Romanum commune* visto por um prisma que acentua o momento sistemático, e o valor do *imperium rationis* (v. também *infra* § 6, as palavras de Buonamici, que manifestam como a doutrina tinha consciência de um tipo de intervenção interpretativa específica a realizar para atingir o direito romano).

30 Sirvo-me, para esse propósito, dos resultados recolhidos em um início de pesquisa, desenvolvido por ocasião da entrada em vigor do Código civil do Peru de 1984: S. SCHIPANI, *El Código Civil peruano de 1984 y el Sistema jurídico latino-americano (Apuntes para una investigación)* in *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latino-americano. Congreso de Lima. 9-11 de agosto de 1985*, Lima, 1986, p. 39 ss.; tradução italiana in *Rassegna di diritto civile*, 1987, Napoli, p. 186 ss. e in *St. Gismondi*, 3, 1988, Milano, p. 759 ss.; encaminho a este trabalho para maiores detalhes e bibliografia.

31 Esse dispõe: “Dans les matières civiles à défaut de loi precise le juge est obligé de proceder conformément à l'équité. Pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive” [“Nas matérias civis, na falta de lei precisa, o juiz é obrigado a proceder conforme à equidade. Para decidir seguindo a equidade, é necessário recorrer à lei natural e à razão, ou aos costumes recepcionados, no silêncio da lei primitiva”].

32 Esse dispõe: “El juez que reusare juzgar bajo pretesto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley será castigado como culpable de no haber administrado la justicia”

[“O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei será castigado como culpado de não haver administrado a justiça”].

33 Esse dispõe: “... en el caso de no haber ley expresa, o tener duda fundada sobre su inteligencia, los jueces y magistrados harán la consulta correspondiente al Poder Legislativo” [“... no caso de não haver lei expressa, ou haver dúvida fundada sobre a sua inteligência, os juízes e magistrados farão a consulta correspondente ao Poder Legislativo”]. Cfr. Para todos Y. L. HUFETAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965; GUZMÁN BRITO, *Historia del ‘referimento legislativo’* cit.; P.S. CODERCH, *Interpretatio necessaria. Materiales para la reconstrucción del Título Preliminar de la Compilación Catalana*, in ID., *La Compilación y su Historia*, cit., p. 256 ss.

34 Esse dispõe: “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, obscuridad ó insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverán, atendiendo: 1. al espíritu de la ley; 2. a otras disposiciones sobre casos análogos; y 3. á los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran” [“Os juízes não podem suspender nem denegar a administração da justiça, por falta, obscuridade ou insuficiência das leis; em tais casos resolverão, atendendo: 1. ao espírito da lei; 2. a outras disposições sobre casos análogos; e 3. aos princípios gerais do direito; sem prejuízo de dirigir, separadamente, as correspondentes consultas, a fim de obter uma regra certa para os novos casos que ocorram”].

35 Esse dispõe: “Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá á los fundamentos de las leyes analogas, y si todavia subsistiere la duda, se ocurrirá á los principios generales de derecho, y á las doctrinas mas recibidas, consideradas las circunstancias del caso” [“Quando ocorrer um negócio civil que não possa resolver-se pelas palavras, nem pelo espírito da lei da matéria, acudir-se-á aos fundamentos das leis análogas, e se, todavia, subsistir a dúvida, recorrer-se-á aos princípios gerais de direito, e às doutrinas mais recepcionadas, consideradas as circunstâncias do caso”].

36 Esse dispõe: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes analogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá pos los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” [“Se uma questão civil não pode resolver-se, nem pelas palavras, nem pelo espírito da lei, atender-se-á aos princípios de leis análogas;

e se ainda a questão for duvidosa, reolver-se-á pelos princípios gerais do direito, tendo em consideração as circunstâncias do caso”].

37 Esse dispõe: “Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá á los fundamentos de las leyes análogas, y si todavia subsistiere la duda, se ocurrirá á los principios generales de derecho, consideradas las circunstancias especiales del caso” [“Quando ocorrer um negócio civil que não possa resolver-se pelas palavras, nem pelo espírito da lei da matéria, acudir-se-á aos fundamentos das leis análogas, e se, todavia, subsistir a dúvida, recorrer-se-á aos princípios gerais de direito, consideradas as circunstâncias especiais do caso”].

38 Esse dispõe: “Em materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural” [“Em matérias civis, na falta de lei escrita ou de costume que tenha força de lei, sentenciará o juiz conforme o que disponham as leis para objetos análogos, e na falta dessas, conforme os princípios gerais de direito e de equidade natural”]. Note-se que este artigo se encontra sob o título *De la ley*; o que era claramente distinto de um outro artigo, o 23, colocado sob o título *Interpretación de la ley*, que depois se torna o art. 24 da redação definitiva.

39 Para a difusão do Código Civil do Reino da Sardenha, cfr., por exemplo, o *Catalogo de la Biblioteca Dalmacio Vélez Sarsfield*, Córdoba, 1940, p. 42 s., onde tal Código Civil está presente na tradução francesa *précédé d'un travail comparatif avec la législation française, par M. le Comte PORTALIS*, 2 v., Paris, 1844. Sobre o significado de A. SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Code Civil Étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840, quanto às codificações latino-americanas, cfr., também, K.H. NADELMANN, *Kritische Notiz zu den Quellen der Rechte Sud-und Mittelamerikas. Anthoine de Saint-Josephs Tabellen*, in *RabelsZ.*, 20, 1955, p. 499 ss.

40 Cfr. respectivamente, art, 3 n. 3, lei de 12 de setembro de 1851 sobre a motivação das sentenças, formulado pelo mesmo A. Bello, e art. 170 n. 5 do Código de Processo Civil do Chile, de 1902.

41 Bello tinha precisado em nota: “C.L. 21. Delv., *Droit Civil*, tomo I, p. 8”. Sobre o significado deste reenvio ao Código Civil da Louisiana, supracitado, e ao DELVINCOURT, *Cours de code civil*, cit., fundamental é o exame de A. GUZMÁN BRITO, *El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el derecho chileno*, in *Revista de Ciencias Sociales*, 18-19, 1981, Valparaíso, p. 111 ss. Parece-me

que seja útil somar à pontual reconstrução da gênese da formulação exata feita por Guzmán a menção à referência aos *principios generales del derecho* feita por Bello para referir-se ao direito romano no debate sobre o ensino do direito realizado em 1831-1832 em Santiago: A. BELLO, in *El Araucano*, de 21 de janeiro de 1832; cfr. S. SCHIPANI, *Antecedentes del Código Civil de Andrés Bello. De las instituciones a los principios generales del derecho*, Bogotá, 1989, p. 18.

42 Esse dispõe: “A falta de Ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal” [“Na falta de lei, aplicar-se-ão as que existam sobre casos análogos; e não as havendo, recorrer-se-á aos princípios do direito universal”].

43 Cfr. os arts. 4-8 e 48 da Lei n. 153, de 1887.

44 Cfr. B. DIFERNAN, *Curso de derecho civil panameño*, I, Panamá, 1979, p. 119 ss.

45 Esse dispõe: “Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural ó espíritu de la ley, deberá decidirse segun los principios generales de derecho, tomando em consideración todas las circunstancias del caso” [“Quando não se possa decidir uma controvérsia judicial, nem pelo texto nem pelo sentido natural ou espírito da lei, deverá decidir-se segundo os princípios gerais de direito, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso”].

46 Cfr. também, o art. 14, alínea 4, da Constituição de 1917, e, puramente a título de exemplo: Código Civil do Estado de Puebla de 1901, art. 18; Código Civil do Estado de Veracruz de 1932, art. 14.

47 Esse dispõe: “Aplicam-se, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos e, não havendo, os princípios geraes de direito”.

48 Esse dispõe: “Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho” [“Quando não houver disposição precisa da lei, ter-se-ão em consideração as disposições que regulam casos semelhantes ou matérias análogas; e, se ainda houver dúvidas, aplicar-se-ão os princípios gerais do direito”].

O Código Civil de 1862, art. 14, previa somente a obrigação de decidir; silenciava sobre o ponto o Código Civil de 1873.

49 Esse dispõe: “No habiendo ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios del derecho” [“Não havendo lei aplicável ao caso, julgarão em concordância com os princípios gerais do direito”]. O Código Civil de 1888 não previa nada sobre o assunto.

50 V. também o art. 9, alínea 2, do *Anteproyecto del Código civil boliviano* de A. OSSORIO (Buenos Aires, 1943). A interpretação do art. 1, alínea 2, e do artigo citado do Código de Processo Civil atual poderia revelar alguns problemas: neles, a referência à “equidade que nasce das leis” se transforma em “equidade que nasce do ordenamento jurídico do Estado” com uma terminologia certamente não destituída de ambiguidade em relação à linha de reconstrução do sistema que sigo, sendo marca da presença de sinais do estatal-legalismo; cfr. porém J. MOSCOSO DELGADO, *Introducción al Derecho*, 4ª ed., La Paz, 1987, p. 421 ss.

51 Esse dispõe: “Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y, se acudirá a los principios generales del derecho” [“Se uma questão não pode resolver-se pelas palavras nem pelo espírito dos preceitos deste Código, ter-se-ão em consideração as disposições que regulam casos ou matérias análogas, e acurdir-se-á aos princípios gerais do direito”].

52 O Código Civil de Cuba de 1987, art. 2, reza: “Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República” [“As disposições do presente Código se interpretam e aplicam em conformidade com os fundamentos políticos, sociais e econômicos do Estado cubano, expressados na Constituição da República”]. Sobre este Código civil, cfr. em geral AA.VV., *Il codice civile di Cuba e il diritto latino-americano. Ricerche Giuridiche e Politiche. Materiali*, X, 1992.

53 Cfr. SCHIPANI, *El Código civil peruano*, cit. Em relação a projetos com elaboração em curso: cfr. J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ-P. LAFONT PIANETTA-A. VALENCIA ZEA, *Proyecto de Código Civil*, Bogotá, 1986, art. 3: “A falta de ley, se aplicará la analogía; en su defecto se tendrán en cuenta las costumbres; en último término, el intérprete proferirá su decisión conforme a la equidad y a los principios generales del derecho” [“Na falta de lei, aplicar-se-á a analogia; na falta dessa, ter-se-ão em conta os costumes; em último caso, o intérprete proferirá sua decisão conforme a equidade e aos princípios gerais do direito”].

O Projeto de lei n. 634-B, de 1975, aprovada pela Câmara dos Deputados do Brasil, não dita qualquer norma sobre a matéria.

54 *Discurso de instalación de la Universidad*, Santiago do Chile, 1843, p. 28.

55 Por esta razão, valendo-me da terminologia usada por A. DÍAZ BIALET, *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil Argentino (1864-1869)*, in *St. Sassaesi 5, Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, coordenado por S. SCHIPANI, Milano, 1981, p. 251 ss., pareceu-me que esses códigos podem ser qualificados como “códigos da transfusão do direito romano e da independência”: S. SCHIPANI, *El Código civil peruano*, cit.; ID., *Die Zivilgesetzbücher im Lateinamerikanischen Rechtssystem: “Die Gesetzbücher der Übertragung des römischen Rechts und der Unabhängigkeit”, “Gesetzbücher der ‘mezcla’”, “Gesetzbücher ‘Tipo’”*, in *Velke Kodifikace*, 2, Praga, 1989, p. 71 ss.

56 Cfr., para esta linha reconstrutiva, por exemplo, S. SCHIPANI, *Römisches Recht, Unabhängigkeits-Revolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika*, in *Studia Polay*, Szeged, 1985, p. 355 ss.; ID., *Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, in *Index*, 14, 1986, p. 1 ss. e as contribuições ali colhidas. Sobre os primeiros comentários ao Código civil, cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Derecho romano y interpretación de los Códigos en los juristas latino americanos*, e A. LEVAGGI, *El romanismo de los primeros comentaristas del Código Civil argentino*, palestra realizada no “VII Congresso Latino-Americano de Direito Romano”, Rio de Janeiro, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 10, 1991 e 12, 1992, p. 29 ss. e 1 ss. Outrossim, é evidente que também em algumas obras latino-americanas, mais “dependentes” da doutrina europeia, penetra o estatal-legalismo.

57 Cfr. H.-A. STEGER, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, e ID., *Universidad de abogados y Universidad futura*, in *Index*, 4, 1973 (= *Diritto Romano e Università dell’America Latina*) p. 22 ss. e 59 ss., respectivamente.

58 Cfr. as palavras pontuais de GUZMÁN BRITO, *El significado*, cit., p. 142 s.: “através das fontes das quais elas [as expressões ‘equidade natural’ e os ‘princípios de equidade’ em nosso Cc. e Código de Processo Civil] foram tomadas, vimo-nos conduzidos insensivelmente a entroncar-nos com uma constante tradição, que pode resumir-se nisto: quando, na falta da lei ou para interpretá-la, faz-se necessário recorrer à equidade, deve-se recorrer ao direito romano, copiado daquela [...] e como de acordo com os resultados do presente estudo [aquelas expressões] significam, finalmente, *corpus iuris*, tem-se ali, pois, o texto doutrinal ao qual o juiz deve recorrer na busca das soluções equitativas para o caso de lei obscura ou lacunosa. Se não se encontra aí uma solução, o juiz pode recorrer aos

intérpretes do direito romano, tendo presente que os civilistas modernos, na medida em que trabalham com códigos romanistas, são legítimos sucessores dos antigos intérpretes diretos do *corpus iuris*. Certo é que o direito moderno apresenta amplas ramificações frente às quais o romano pouco ou nada tem a dizer em concreto, se bem que dificilmente os princípios gerais desses ramos estarão em contradição com os princípios do direito romano e do civil. Em tais casos [...] acudir à doutrina mais autorizada no respectivo ramo”.

Parece-me importante lembrar também, sobre este ponto, das conclusões convergentes da Comissão IX “Derecho Romano, Principios Generales del Derecho, Sistema Latino-americano” das Jornadas Nacionais [argentinas] de Direito Civil, Buenos Aires, 19-22 de agosto de 1987: “(I) Os Códigos civis latino-americanos impõem os princípios gerais do direito como pautas integradoras ou interpretativas das leis [...]; (III) A referência do legislador aos princípios gerais do direito remete fundamentalmente à obra dos jurisconsultos romanos, à *jurisprudencia* na qual se apoiam as modernas legislações. Isso é inexcusável com relação aos códigos civis latinoamericanos, por serem todos eles de base romanista”.

Um desenvolvimento da relação princípios-unidade do sistema pode ser considerado aquele constituído pelo esforço de traduzir tais “princípios” em “códigos tipos” que representam a sua formulação articulada que pode traduzir-se em direito uniforme, o que pode, de toda sorte, orientar de modo uniforme a interpretação. Cfr. E. VESCOVI, *Elementos para una teoria general del proceso civil latino-americano*, México, 1978; S. SCHIPANI, *Intervento*, in *Un ‘codice tipo’ di procedura civile per l’America Latina. Atti Congresso di Roma*, 1988, coordenado por S. SCHIPANI-R. VACCARELLA, Padova, 1990, p. 6 ss.; A. GELSI BIDART, *Código tipo y reforma del proceso en América Latina: entre Derecho común o uniforme*, *ibid*, p. 41 ss.; *Código Penal Tipo para Latino-america. Parte General*, coordenado por F. GRISOLIA, 3 v., Santiago, 1973; *Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica*, Buenos Aires, 1989; *La persona en el sistema jurídico latino-americano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*, Bogotá, 1995.

Sobre outros perfis desta relação viva, cfr. P. CATALANO, *Il diritto romano attuale dell’America Latina*, in *Index*, 14, 1976, p. 87 ss.; S. SCHIPANI, *Il Diritto romano nel Nuovo Mondo*, in *Il diritto dei nuovi mondi*, coordenado por G. VISENTINI, Padova, 1994, p. 55 ss.

59 J. L. DE LOS MOZOS, *Introducción*, a *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, coordenado por R. HERRERO GUTIÉRREZ-M. A. VALLEJO UBEDA, Madri, Senado-Servicio de Publicaciones, 1989, p. 31 ss., precisa que se devem considerar “precedentes da codificação civil todos aqueles que, por um lado, emanam de um mandato constitucional e, por outro lado, todos os que não concluíram com a promulgação do Código Civil”, e indica esse projeto como o primeiro. A história da formulação da referência em exame se desenrola no curso da sucessão desses precedentes, em relação aos quais não constitui uma

censura inclusive a fundamental mudança do art. 5 da Ley de Bases de 1885, com a qual a elaboração do código chega à fase conclusiva (ainda que seja, posteriormente, a Ley de Bases de 1888 que constitua o fundamento legal do próprio Código Civil). Desse mesmo projeto, toma os movimentos também J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, 4, *Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, 2 v., Madri, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, 1970. Cfr., em geral, R. GIBERT, *La codificación civil de Espana (1752-1889)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congr. Intern. Soc. It. St. Dir.*, 2, Firenze, 1977, p. 907 ss.; J. M. SCHOLZ, *Spanien*, in *Handbuch der Quellen*, cit., p. 397 ss.

60 A relação com essa grande tradição, que tinha por último produzido a *Nóv. Recopilación* de 1805, não deve parecer turvada pela escolha ora operada; cfr. também S. SCHIPANI, *Nota introduttiva*, in *Cultura Iberica e Diritto romano*, Napoli (= *St. Sassaesi*, 8, 1980-81), p. XXI ss.

61 Na Espanha, tais limites eram maiores que em outros países europeus: considere-se o articulado sistema das fontes vigentes nos diversos territórios (cfr. A. GARCÍA GALLO, *Manual de historia del derecho español*, I, *El origen y la evolución del derecho*, 7. ed., Madri, 1977, p. 482, § 893) e a proibição de alegação de direito romano vigente em alguns outros (v., por exemplo, Autos ac. 4 de dezembro de 1713, in *Nov. Rec.* 3,2,11,2) mesmo que depois desprezada. Para o jurista que participa do trabalho de codificação, prevalece o momento científico da sua formação e a linha de fundo presente no sistema, e na Espanha fundada sobre a geral impositação dos estudos universitários, onde se estudava o direito romano pela *mucha sabiduría* desse e a partir desse desenvolvida (Ord. De Alcalá = *Nov. Rec.* 3,2,3,9).

62 Cfr. GARCÍA GALLO, *Manual*, cit., p. 958 ss. (§§ 1576-1580).

63 Cfr. GARCÍA GALLO, *Manual*, cit., p. 390 ss.; DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 163 ss.

64 Cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., p. 4,1,312 ss., para sublinhar a relevância de tantas reformas, fala inclusive de uma “codificación por leyes especiales”. V. também DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 40.

65 Refiro-me evidentemente à mudança de posição da Constituição de Cadiz, cit., àquela da Base 17 do *Proyecto 1881*, relativa aos derechos forales (cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., p. 4,1,388), e depois aquela da Base 5 do *Proyecto de ley* aprovado em 6 de

maio de 1885, que estatui que “Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio” [“As províncias e territórios em que subsiste direito foral conserva-lo-ão por ora em toda a sua integridade, sem que sofra alteração seu atual regime jurídico pela publicação do Código, que regerá tão somente como supletivo”] (precedentes formulações: P.to Senado de 7 de janeiro de 1885: “teniendo éste tan solo el caracter de derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho Romano y el Canónico” [“tendo este tão só caráter de direito supletivo, naquelas questões em que não sejam aplicáveis o direito romano e o canônico”]; P.to do Senado de 14 de fevereiro de 1885: “regirá tan solo como supletorio” [“regerá tão somente como supletivo”]), e que vem depois ulteriormente integrado na Base 5 do Proyecto de ley aprovado definitivamente em 11 de abril de 1888, acrescentando a frase: “en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales” [“na falta do que o seja em cada uma daquelas por suas leis especiais”] (cfr. *Debate*, cit., p. 531; 482; 488; 929). Isso fez DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 53 e 67, reconhecer uma combinação de “critérios da técnica codificadora e da técnica compiladora”, adequado a um “conceito de ‘Nação-Império’”, que, de um lado, parece “retrasado”, um “arcaísmo”, e, por outro lado, um “‘modernismo’, como una anticipación”.

66 “A declaração autêntica das leis sobre as dúvidas que possa oferecer o seu entendimento deve fazer-se pelas Cortes com o Rei. Se se tratasse de decretos das Cortes, a declaração compete somente a elas.” Cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., 4,2,29. Cfr. também art. 8, a ser coligado com o art. 3, e no qual as “dudas fundadas acerca de la inteligencia de su contexto se aflacam a dificultades graves para ser ejecutada, o inconvenientes públicos considerables de su ejecución” [“dúvidas fundadas acerca da inteligência de seu contexto se enfraquecem diante de dificuldades graves para ser executada, ou inconvenientes públicos consideráveis de sua execução”].

67 Não é necessário lembrar aqui a norma, por exemplo, das Siete Partidas 1,1,14: “Quien puede declarar las leyes, si en duda vinieren” [“quem pode declarar as leis, se forem postas em dúvida”], sintetizada no princípio *Nullus nisi conditor potest legis dubium declarare* (com as muito interessantes precisões interpretativas do direito comum: gl. de Gregorio López “por aquele que as fez”); norma retomada, e à qual reenvia também 7,33,4 “Como se deve declarar la duda quando acaesciese en juyzio, o en privilejo, o en cartas de señor” [“Como se deve declarar a dúvida quando se apresentasse em juízo, ou em privilégio, ou em cartas de senhor”], com reenvio à notória Constituição de Justiniano *Si imperialis maiestas* (C.1,14,12).

CODERCH, *Interpretatio necessaria*, cit., p. 276 s., qualifica essas normas como *disposiciones residuales*.

68 Cfr. a Constitución de Cádiz, arts. 15; 17; 131-1 (“Las facultades de las Cortes son: /Primera: Proponer y decretar las leyes e interpretarlas y derogarlas en caso necesario”); 261-10 (“Toca a este Supremo Tribunal: / Décimo: Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes” [“As facultades das Cortes são: /Primeira: propor e decretar as leis e interpretá-las e derogá-las em caso necessário”; 261-10 “Cabe a este Supremo Tribunal: / Décimo: Ouvir as dúvidas dos demais tribunais sobre a inteligência de alguma lei, e consultar-se sobre elas com o Rei com os fundamentos que houver, para que promova a conveniente declaração das Cortes”).

69 Cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., 4,1, p. 62 ss.; 4,2,7 ss., que sugere, de modo que me parece fundado, uma específica atenção à influência de Bentham; J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*, I, *Parte General*, 1, *Introducción al Derecho Civil*, Salamanca, 1977, p. 230 e 237; SCHOLZ, *Spanien*, cit., 486 ss. e lit. aí cit. p. 490.

70 *Redacción del Código Civil de Espana, Esparcido en los diferentes cuerpos de derecho y leyes sueltas de esta Nación*, Tolosa, 1832. Cfr. DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*, cit., p. 240; *Introducción*, cit., p. 32; GIBERT, *La Codificación*, cit., p. 917 s.; SCHOLZ, *Spanien*, cit., p. 467 ss.

71 Tal técnica é acolhida com a intenção declarada de usá-la somente para “simplificar, ligar e coordenar a legislação existente” (p. XXVII); intenção que não impediu, no entanto, nem de “haver trasladado ao meu código inscrições de alguns títulos ou capítulos do código francês”, graças ao fato que não pode “negar a grande analogia de ambas as legislações em muitíssimos pontos, por serem tomadas ambas da dos Romanos”, nem a inserção de “algumas disposições que, na falta de decisão de nossas leis, tomei do Direito Romano, não por força de autoridade que reconheça a ele, mas pela autoridade da razão que ele encerra” (p. XXIV e XXVI).

72 “O juiz não pode decidir os casos não determinados neste código, mas em tal caso deve consultar o Rei para que dite uma lei, assim como quando ocorrerem dúvidas sobre a compreensão de alguma disposição.”

73 Cfr. art. 265 do Código Penal de 1837 (não pude examinar aquele de 1822).

74 “Nenhum juiz nem tribunal poderá escusar-se, sob pena de responsabilidade, de pronunciar sentença sob o pretexto de que não há lei positiva acerca do assunto submetido

à sua decisão.” Cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., 4,2,130 e 4,1,116, onde sublinha a “originalidade dos últimos artigos desse título”.

75 Cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., 4,2,92. Em geral, sobre o *Proyecto*, Id. *Ibid*, 4, 1, p. 107 s.; SCHOLZ, *Spanien*, cit., p. 491 ss.; DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 33 s. Parece-me interessante destacar que, na doutrina do iluminismo jurídico e na Revolução francesa, o *référé legislatif* constituía um elemento coerente com a divisão de poderes (cfr. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 113), já que, segundo as palavras pronunciadas pelo próprio Robespierre, “se uma outra autoridade que aquela do legislador puder interpretar as leis, ela terminará por alterá-las, e por alçar a sua vontade acima da vontade daquele” (“Discours sur l’organisation du Tribunal de Cassation”, 25 de maio de 1790, in *Oeuvres*, 6, 375).

Para a eliminação do *référé*, encontramos, porém, na Espanha, o mesmo apelo à divisão de poderes, usado de modo oposto: cfr., por exemplo, R. MARTI Y DE EIXALA, *Tratado elemental de Derecho Civil Romano y Español*, 1, Barcelona, 1838, p. 35: “Se não houvesse meio de deduzir o espírito da lei, nem ilustrar o costume, as leis romanas precisam a consultar o legislador L. ult.§ 1 C. de leg.(= C. 1,14,12,1) L. 4 tit 23 P. 3” e no n. 1 realça: “Em um governo representativo, esta disposição mina suas bases, dando lugar à confusão do poder judicial com o legislativo. Com efeito, basta ao poder soberano fazer leis obscuras, para ter de decidir sobre casos particulares e usurpar o ofício do juiz enquanto ao direito: por isso se estabeleceu no código civil francês que “nunca os tribunais se abstenham de julgar por falta de disposição legal”; é, em verdade, menor o mal que resulta de dar alguma abertura ao arbítrio do magistrado”. Essa observação resistiu; cfr., por exemplo, E. REUS, *Ley de enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, concordada ...*, 1, Madri, 1881, 143, no art. 361 (dever de decidir a lide): “Trata-se de um princípio geral admitido por quase todos os publicistas modernos, e sancionado pela jurisprudência de todos os países regidos constitucionalmente; de um princípio derivado do da independência dos poderes públicos”.

76 Considere-se o reenvio a esse no posterior Bases del Código Civil, e também à sua difusão, sobre a qual cfr. em particular J. M. CASTÁN VÁLQUEZ, *La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas*, in *Rev. Der. Privado*, 1989, p. 221 ss.

77 “O juiz que se recuse a decidir o caso a pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência das leis, incorrerá em responsabilidade.”

“Proíbe-se ao juiz decidir sobre matérias de sua competência por meio de disposição geral e regulamentar.” Cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., 4,2,322. Um dos textos elaborados na comissão, aquele de C. Alvarez, previa somente a primeira das duas disposições citadas:

(art. 10) “El juez no puede negarse a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, y si lo hiciere podrá ser perseguido como culpable de denegación de administración de justicia” [“O juiz não pode negar-se a julgar sob pretexto de obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, e se o fizer poderá ser perseguido como culpado de denegação da administração da justiça”] (IBID., 4,1,170). Nos diversos pareceres recolhidos pela Comissão, não resultaram objeções a este artigo, salvo um pedido da Audiencia de Oviedo de adequação ao art. 272 do Código Penal. A Audiência de Sevilla, ao contrário, havia movido crítica ao art. 13 “para no privar a las Audiencias de la facultad reglamentaria indispensable en asuntos de gobierno interior de la justicia” (“para não privar às Audiências a faculdade regulamentadora indispensável em assuntos de governo interior da justiça”) (IBID., 4,1,248).

Sobre o projeto, em geral, cfr. ID, *Cronica*, cit., p. 151 ss.; DE LOS MOZOS, *Derecho*, cit., p. 241 ss.; *Introducción*, cit., p. 34 ss.; SCHOLZ, *Spanien*, cit., p. 497 ss.

78 Arts. 12; 39; 66; 70 da Constituição de 1845. Diferentemente SCHOLZ, *Spanien*, cit., p. 499, que entende, com base no art. 12, o Código Civil “als offenes, richterliche Fortentwicklung gebietendes System konzipiert” [“concebido como um sistema aberto, que determina a sua evolução judicial”]. Ele faz essa colocação relacionado ao fato de que “der Bruch mit der rechtlichen Vergangenheit total war” [“foi total a quebra com o passado jurídico”] (art. 1992), mas v. *infra* nota 79.

79 *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madri, 1852 (rest. com *Nota preliminar* de J. L. LACRUZ BARDEJO, Zaragoza, 1974), p. 8 ss.

80 Cfr. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, 2, 1827 (rest. Osnabrück, 1968), p. 7 e 6, p. 359 s. Também cfr. DELVINCOURT, *Cours* cit.; TOULLIER, *Droit civil français*, cit.

Não me parece que esse recurso à equidade, assim entendida, esteja em contraste com o art. 5 do *Proyecto*, e que, portanto, seria por esse excluído: este último artigo, na verdade, não põe uma norma geral de exclusão de qualquer outra fonte do direito que não seja a lei, mas se limita a regular as relações entre lei e *uso y costumbre* sobre o ponto de exclusão da eficácia abrogante destes em confronto com aquela.

Nem me parece que esse recurso à equidade seja excluído pelo art. 1992, derogatório de “todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores à la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo” [“todos os *fueros*, leis, usos e costumes anteriores à promulgação deste Código, em todas as matérias que são objeto do mesmo”], porque, como precisa pontualmente García Goyena, “sobretudo poderão sempre ser (consultadas como autoridade) as leis romanas como *razão escrita*” (nota ao art. cit.).

81 “Ao legislador cabe explicar ou interpretar a lei de um modo genericamente obrigatório. As sentenças judiciais não têm força obrigatória a não ser para a partes que intervieram no juízo; e, por conseguinte, não poderão os Juízes prover nas matérias de sua competência por meio de disposição geral ou regulamentar.”

“O juiz que, em matéria civil, se recuse a decidir o caso, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência das leis, incorrerá na responsabilidade fixada pelo direito penal.

Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas pelo texto da lei, nem por seu espírito, nem por casos análogos previstos em outras leis, serão decididas pelos princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso concreto.”

Cfr. in LASSO GAITE, *Cronica*, cit., p. 4, 2, 505.

82 Relação in LASSO GAITE, *Cronica*, cit., p. 4, 2, 498 ss.; SCHOLZ, *Spanien*, cit., p. 306 ss.

83 É clara a diferença entre esta solução e aquela do § 49 *Einleitung* do ALR, que, como é sabido, prevê “princípios” tratados pelo próprio corpo do código e, portanto, resulta explicitamente concebido como completo, sendo clara, outrossim, a coincidência da locução técnica usada com o § 7 do ABGB, sobre ambos *v. supra*.

84 A tradução de *Rechtsgrundsatz* como “princípio” comporta uma diferença da imagem contida na palavra (de espacial a temporal), mas é a tradução então corrente, a começar pela tradução italiana de 1815 para as províncias lombardas e vênetas onde se aplicava e, daquela, sumária, de A. DE SAINT-JOSEPH, *Concordance*, cit., que reza:

“se a lei não é aplicável inteiramente a um fato, o juiz leva em consideração os casos análogos, os motivos e, na falta desses, os princípios do direito natural e as circunstâncias”; e que foi usada por F. VERLANGA HUERTA-J. MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código Civil frances y los códigos civiles extranjeros*, Madri, 1843, e por GARCÍA GOTENA, *Concordancias*, cit., p. 9.

Além disso, há pontos em que há diferença entre o artigo do *Proyecto* em exame e o ABGB: por exemplo, para as locuções usadas, pode-se notar que já no art. 11 Tit. V do *Projet de l’an VIII* há a referência a “matérias civis”, e dali foi pego pelo art. 21 do Código civil da Luisiana de 1808; pelo art. 4 do *Proyecto* de Andrés Bello; e se encontra no singular no art. 7, linha 2 do *Proyecto* de 1852 de E. Acevedo, enquanto se encontra “question civil/negocio civil” respectivamente no art. 16 do Código Civil Argentino e no art. 16 do Código civil do Uruguai. Também “texto” e “espírito” não são materialmente tomados do ABGB; encontramos a mesma cópia na tradução de Verlanga-Muñiz, do correspondente art. 15 do Código civil sardo, o qual, por outro lado, retomando textualmente o ABGB, usava a *parola*

e *sensu naturale*, nisso seguido dos cit. *Proyecto Acevedo*, Código Civil uruguaio e Código Civil argentino (sobre os quais, *supra*). Mas essas pequenas variantes não me parecem levar ao entendimento de que essa norma possa derivar de outro modelo.

85 Cfr. a já citada relação *a las Cortes constituyentes*, in LASSO GAITE, *Cronica*, cit., 4,2,499. Mas, no momento, parece-me que essa hipótese deve ficar a ser verificada. Não me parece, de toda forma, que se quisesse assim “fechar o sistema do Código”, como acena CODERCH, *Interpretatio necessaria*, cit., p. 278.

86 Pode-se, a propósito, recordar que em obras como J. SANCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El derecho civil español, en forma de código. Leyes vigentes, Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y Opiniones de los Jurisconsultos*, 2ª ed., Madri, 1873 (1ª ed., 1871), 3, art. 15; M. NAVARRO AMANDI, *Código Civil de España. Compilación metódica de la Doctrina contenida en nuestras Leyes civiles vigentes con expresión de sus Orígenes, Jurisprudência del Tribunal Supremo, concordancias con los principales Códigos de otros pueblos y comentarios*, Madri, 1880, p. 9 s., art. 6, ela vem recebida com reenvio ao Código penal de 1870, art. 368 que, não obstante “nuestras leyes no están muy explicitas sobre este punto”, porém “ha dicho la última palabra” [“nossas leis não são muito explícitas sobre este ponto”, porém “disse a última palavra”] (sobre essas duas obras, cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., 4,1,365 ss.). Cfr. também REUS, *Ley de Enjuiciamiento*, cit., p. 243.

87 “O Tribunal que se recuse a decidir o caso sob o pretexto do silêncio, obscuridade ou insuficiência das leis, incorrerá em responsabilidade.

Quando não houver lei exatamente aplicável ao ponto controvertido, aplicar-se-á a que regule casos e matérias semelhantes e, na sua ausência, os princípios gerais do direito.”

Cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., p. 4, 2, 548; *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888) com Estudio preliminar, notas y concordancias* de M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Madri, 1965.

NAVARRO AMANDI, *Código*, cit., 8, art. 5, que, ao contrário, recapitula o direito então vigente em matéria de interpretação, lembra de um lado as normas existentes sobre a competência do legislador para “as leis obscuras ou duvidosas”, de outro lado, aquelas sobre o recurso à equidade, à analogia, ao costume e à jurisprudência por parte do juiz.

88 Sobre a diferença entre *analogia legis* e a assim chamada *analogia iuris*, cfr. G. CARCATERRA, *Analogia (I. Teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 19 ss.

89 Assim F. REINOSO BARBERO, *Los principios generales del derecho en las jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madri, 1987, p. 65, que, contudo, observa além:

“Porém, isso não era mais que uma realidade histórica. A aplicação dos P. G. do Direito vinha limitada *ab initio* pela possibilidade de usar antes a analogia [...] em cuja aplicação dificilmente poderia dar-se a lacuna suscetível de ser atravessada pelo Princípio Geral do Direito”. Ele, de fato, entende que em relação à “letra y al espíritu” desse projeto os “princípios” não desempenhem outra função do que aquela de heterointegração da lei.

90 REINOSO BARBERO, *Los principios*, cit., p. 65 ss., que recolheu e apresenta “un centenar de *regulae iuris*” utilizados exatamente por esse órgão jurisdicional em tal período em que não se havia chegado à codificação.

91 Cfr. *supra* nota 87, salvo na segunda parte “... aplicar-se-á o costume do lugar e, na sua ausência, os princípios gerais do direito”.

92 “Costumbre y jurisprudencia” tinham, por exemplo, sido objeto do terceiro tema do Congreso Jurídico Español di Madrid de 1886, que se pronunciou a favor da coleta oficial dos costumes, do seu valor em matéria de atos e contratos, entre vivos e *causa mortis*, para a integração das cláusulas expressas, da inderrogabilidade dos princípios fundamentais, mas da admissibilidade da derrogação de outras normas por desuso, e do ônus para o juiz de conhecer o costume (relações e conclusões publicadas pela Imprensa de la *Revista de Legislación*, Madri, 1886). Cfr. também J. SÁNCHEZ DE LA MOLINA BLANCO, *El Derecho*, cit., p. 3 s., arts. 17-19; S. HERRERO, *El Código Civil Español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes*, Valladolid, 1872, p. 7 ss., arts. 12-17; NAVARRO AMANDI, *Código*, cit., p. 10, arts. 7-8.

93 Sobre esse ponto, cfr. LASSO GAITE, *Cronica*, cit., p. 4, 1, 425 ss.; SCHOLZ, *Spanien*, cit., p. 520 s., e as importantes reflexões de DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 52 ss., 66 s. assim como o debate parlamentar a que faz referência (cfr. também *supra*).

94 J. L. DE LOS MOZOS, *Jusnaturalismo y pandectismo en las grandes codificaciones modernas*, in *Est. Ursicino Alvarez Suárez*, Madri, 1978 (reeimp. in ID., *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madri, 1988, p. 102 s., observa que “os princípios gerais do Direito [...] vêm a mascarar a ruptura entre o Código civil e o Direito anterior ao mesmo”.

95 M. DE BOFARUL, *El Código Civil español segun la edición oficial*, 2ª ed., Madri, 1888, p. 29.

96 M. PEDREGAL Y CAÑEDO, *Texto y comentarios al Código Civil español*, Madri, 1889, p. 46 ss.

97 M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, 1, Madri, 1889, p. 27 s.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, 1, 2ª ed., Madri, 1899, p. 103 ss.

98 P. DE APALATEGUI (Q. MUCIUS SCAEVOLA), *Código Civil concordado y comentado extensamente*, 1, 4ª ed., Madri, 1902, p. 251 ss.

99 Cfr., por exemplo, algumas entre as primeiras edições privadas do Código Civil, da qual a resenha em J. M. CASTÁN VÁSQUEZ, *Las primeras ediciones privadas del Código civil (1888-1898)*, in *Rev. Derecho Notarial*, 89-90, 1975, p. 131 ss.

100 Cfr. C. GHISALBERTI, *Per um raffronto tra la storia giuridica d'Italia e quella di Spagna*, in *Cultura Iberica*, cit., p. 434.

101 REINOSO BARBERO, *Los principios*, cit., p. 57.

102 Cfr. J. CASTÁN, *Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo (perspectivas actuales del artículo 6 del Código civil)*, Madri, 1936, p. 60. Cfr. também, por exemplo, J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, 1, Madri, 1956, p. 201 ss., que tem, distinta dessas duas posições, a de Sánchez Román; C. DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil español*, 1, Madri, 1959, p. 117 s.; J. ARCE Y FLORES-VALDES, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madri, 1990, p. 37 ss.

Essa leitura parece o reconhecimento da continuação das duas linhas metodológicas indicadas por Savigny para a Alemanha do início do século passado: cfr., por exemplo, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Z. f. geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1, 1815, p. 1 ss; rest. in *Vermischte Schriften*, 5, Berlin, 1850, rest. Aalen, 1968, p. 108 ss.; e sobretudo *System des heutigen Römischen Rechts*, 1, Berlim, 1840, § 46, em matéria de interpretação das fontes, lacunas, analogia, onde, como é notório, ressalta: “segundo a primeira opinião admite-se um direito normal comum (o direito natural), que deve existir como o direito subsidiário ao lado de cada direito positivo, de modo similar àquele ao qual, na Alemanha, o direito romano está ao lado dos vários direitos territoriais [...]. A segunda opinião traz que o nosso direito positivo deva completar-se com elementos trazidos de si mesmo, enquanto deve admitir-se que isso tem uma força orgânica, pela qual pode integrar-se”. Talvez seja útil ter em mente que essa posição, como também aquelas da posterior doutrina pandectística alemã, referem-se a um “direito positivo” constituído também de modo central diretamente do *corpus iuris* com as suas prospecções. O seu acolhimento em um ambiente de direito codificado e em uma cultura jurídica difusamente estatal-legalista, modifica-lhe o significado, e arrisca cancelar substancialmente o papel do direito romano,

absorvido no direito positivo-lei-código. Talvez um reexame das matrizes das posições da doutrina espanhola seria interessante.

103 Por exemplo, B. PÉREZ GONZÁLEZ-J. ALGUER, *Estudios de comparación y adaptación*, in L. ENNECERUS-T. KIPP-M. WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, 1, 2ª ed., Barcelona, 1953 (1ª ed., 1934), 218 (ao § 53) que precisam, para o direito espanhol: “um limite põem à sua [= dos princípios gerais] aplicação: que não estejam em desacordo ou contraste com as normas gerais ou particulares da lei”, integrado pela “expansão lógica” da própria lei pela analogia. Esses introduzem, assim, de modo muito amplo, o critério da *analogia legis* que, ao contrário, é, sem mais, eliminado na passagem do Projeto de 1882 àquele definitivo, onde, em seu lugar, é introduzido o “costume” (é interessante notar que isso ocorre no quadro do processo de “pandectização” da ciência jurídica, que é também transposição da “pandectística” sobre o terreno dos ordenamentos codificados, com as implicações acenadas na nota precedente). Cfr. também J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 1-1, 12ª ed., coordenada por J. L. DE LOS MOZOS, Madri, 1982, p. 492 ss. (Na verdade, não coloca tal limite de modo explícito esse A. no ensaio *Orientaciones*, cit., p. 62 s.; do mesmo, parece ainda muito interessante a posição expressa em *Derecho civil, obra ajustada al programa para las oposiciones a Registros*, 2ª ed., Madri, 1932, p. 66: “não se invocaram como princípios de Direito senão os da legislação romana modernizada, que não contrastem com as atuais concepções sociais”, cit., in F. REINOSO BARBERO, *Los principios*, cit., p. 103).

104 DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, cit., p. 4898 ss.; ID., *Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico*, in *Est. F. de Castro*, 2, Madri, 1975; ID., *Aproximación metodológica a la obra de Federico de Castro*, in *Anuario de Derecho Civil*, 36, 1983 (rest. in ID., *Derecho civil. Método, sistemas*, cit., p. 82 ss.). Cfr. também REINOSO BARBERO, *Los principios*, cit., p. 105 ss.

105 Cfr. a interessantíssima investigação de REINOSO BARBERO, *Los principios*, cit., p. 127 ss., mencionada diversas vezes.

106 A expressão é de H. COING, *Allgemeine Züge der privatrechtlichen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3, *Das 19. Jahrhundert*, 1, Munique, 1982, 6. O “tornar-se” assim, no quanto não o eram inicialmente, é sublinhado por muitos; cfr., por exemplo, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Turim, 1961, p. 80, que destaca como o Código Civil francês era visto como “ponto de chegada e de partida ao mesmo tempo, uma síntese do passado que não deveria ter excluído a sobrevivência e a aplicação do direito precedente”.

107 Os Códigos Civis dos Estados pré-unitários previam sobre o ponto: as leis civis do Código para o Reino das Duas Sicílias de 1819 seguiam o modelo francês e haviam sido integradas por um *Rescritto* de 31 de agosto de 1831, que reenviava aos *principi della legge*; o Regulamento legislativo para os Estados Pontífices de 1834, § 1, previa: “Le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto canônico, continueranno ad essere la norma in tutto cio che non viene altrimenti disposto in questo regolamento” [“As leis do direito comum, moderadas segundo o direito canônico, continuarão a ser a norma em tudo aquilo que não vier diversamente previsto neste regulamento”]; o Código Civil para os Estados de Parma, Piacenza e Guastalla, de 1820, seguia o modelo francês; no Ducado de Modena, o reprimado *Codice Estense* de 1771 previa o recurso “à disposição do direito comum”. E tal envio tinha sido substituído no recentemente aprovado Código civil (1851); no Granducado de Toscana, depois da queda de Napoleão, foi reprimada a aplicação geral do direito romano; para a Lombardia estava em vigor o ABGB. Há que se ter presente, como primeira expressão da posição difundida pela doutrina, sobre a qual não é possível aqui sequer um aceno, as obras de imediato confronto entre os códigos e as fontes romanas, como, por exemplo, G. MELELANDRI, *Codice del Regno delle Due Sicilie col confronto del codice francese, del diritto romano e delle leggi patrie*, Napoli, 1850; G. D’ETTORE, *Codice pel Regno delle Due Sicilie, messo in confronto con quello vigente in Francia e le leggi romane*, 3 v., Napoli, 1857-59; G. BRUGNOLI, *Indice ragionato del Codice civile estense in comparazione col diritto romano*, Modena, 1852.

É interessante ter presente que, por exemplo, a Corte de Cassação de Bolonha havia pedido que fosse precisado tratar-se de *principi generali del diritto comune* e que, novamente, a razão do não acolhimento de tal tipo de pedido foi o perigo que teria derivado para a “uniformidade” legislativa, tendo claramente referência ao particularismo jurídico que se entrelaçava com o “direito comum” (no sentido específico da história italiana), mas não com a base comum do sistema constituída do direito romano comun.

108 Cfr. A AQUARONE, *L’unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milão, 1960, p. 6 ss. e diversos documentos da Segunda Parte; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, 1979, p. 307 ss.

109 F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezioni*, Pisa, 1877, p. 27 ss. Cfr. também ID., *Quello che devono fare i romanisti nelle moderne dottrine giuridiche, ossia di un programma dell’insegnamento del diritto romano nelle scuole italiane moderne*, Bolonha 1894.

110 F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare (Prolusione al corso di diritto romano nella R. Università di Roma. 1872)* in

Opere minori, Parte prima, Scritti vari, Modena, 1901, p. 201 ss., sobre o qual cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza*, Napoli, 1986, p. 41 ss. Cfr. também B. BRUGI, *Giurisprudenza e codici*, in *Cinquanta anni di storia italiana. 1861-1911*, 2, Milão, 1911, 1 ss.; ID., *Come conoscere facilmente il diritto romano comune per il suo uso odierno*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Nuovi saggi*, Turim, 1921, 180, que pontua: “Os códigos são para nós, digamo-lo francamente, a lei incompleta em relação à ordem jurídica completa” e mais além (p. 201 s.) acentua: “[esses são] um maximário de regras do direito comum, às quais têm força de lei pela autoridade do Estado” enquanto o direito romano é o ‘sistema completo’ a qual referir-se seja para “una *lex communis omnium*” (p. 199), sobre a qual cfr. G. MARINO, *Gli scritti di Biagio Brugi [1855-1934]*, in *Index*, 9, 1980, 265 ss.; ID., *Biagio Brugi e il ‘metodo storico’ nella determinazione dei principi del diritto*, in *Index*, 16, 1988, 300 ss.; e mas genericamente, ID., *Positivismo*, cit., p. 209 ss. Enfim, conforme obras como *Codice civile italiano commentato con le leggi romane, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, 4 v., Firenze, 1875; D. GALDI, *Codice civile del Regno d’Italia col confronto dei Codici francese, austriaco, napoletano, parmense, estense, col regolamento pontificio, Leggi per la Toscana e col diritto romano*, Napoli, 1865; J. MATTEI, *Il codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco, colle opinioni di Voet, Fabro, Richeri, Domat, Pothier, Merlin, Delvincourt, Toullier, Duverger, Duranton, Zachariae, Troplong, Murlon, Marcadé, Demolombe, Grenier ecc.*, 4 v., Veneza, 1873-1878.

111 Cfr. C. FADDA e E. BENSA, *Note a B. WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, tradução italiana dos mesmos, Turim-Roma-Napoli, 1902, nota *t* ao § 23, p. 128 ss., onde precisam, ulteriormente: “Para nós, a expressão princípios gerais do direito adquire toda a maior clareza e verdade com a soma de um adjetivo: princípios gerais do direito italiano. E considera-se que não se trata de princípios vagos, indefinidos, mas concretos e conhecíveis com método íntegro [...] Na prática, a reminiscência da época na qual o direito romano tinha força de lei como direito comum deu vida ao costume de citar como violados aqueles do CJ. É uma prática em si ilegal [...]. O direito romano não é para nós lei: assim não se pode recorrer para a sua simples violação. Mas aqui é o lugar oportuno para acenar àquele lado verdadeiro, que já dissemos ser na opinião daqueles que fazem do direito romano o direito completo para o caso de silêncio da lei. É inegável que o nosso Código Civil se inspire largamente nos princípios do direito romano. Certos institutos são governados por disposições retiradas da letra do direito romano. Quando nos encontramos em um desses casos, o recurso ao direito romano como suplemento não é só oportuno, mas obrigatório. Adotadas as bases do sistema romano, consideram-se adotadas as consequências lógicas deste ... Nos casos nos quais o recurso aos princípios romanos é lícito, deverá, porém,

considerar-se que os textos romanos não são citados como leis positivas, mas por causa do seu conteúdo”.

112 Sobre o problema das relações do Estado unitário com a organização judiciária herdada dos Estados pré-unitários e os seus juízes, e também sobre a problemática da unificação da Corte de Cassação civil, que é discutida por decênios e se realiza somente em 1923, cfr. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Itália dal ‘700 ad oggi*, Bolonha, 1980, p. 131 ss.; 141; 181 ss.; e sempre P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. I. Storia e legislazioni*, Turim, 1920.

É interessante notar que Pisanelli, na *Relazione Ministeriale sul Primo Libro del progetto di Codice di Procedura civile* (26 de novembro de 1863) (reproduzida no Código de processo civil coordenado de S. GIANZANA, 1, Turim, 1889, p. 3 ss.) tinha tomado posição em favor da Cassação única, em consideração da necessidade “do empirismo no lugar dos princípios”, “das sugestões de uma equidade arbitrária”. A oposição à equidade encontramos na doutrina, na famosa aula inaugural de 1879 de V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell’equità*, Camerino, 1880 (= in *Scritti giuridici*, III, *Diritto privato*, I, Roma, 1932, p. 1 ss.).

113 A doutrina tinha uma tradição favorável à unificação jurídica e, no empenho para esse fim, em grande parte aceitou os limites e as deformações do uso do direito romano, verdadeira e própria renúncia ao sistema por esse contida em tal posicionamento, que antes foi amplamente sustentada, e por alguns dos seus melhores expoentes. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, coordenado por P. RESCIGNO, 1, Turim, 1982, p. 212 ss. sublinha uma “aliança da ciência com a legislação” amadurecida “no momento de assimilação do método sistemático” à qual teria fornecido a base ao “estudo do código”.

Talvez não seja inútil indicar como a perspectiva que “fecha” os “princípios gerais do direito” dentro da legislação de um Estado Nacional moderno encontre as premissas na já lembrada afirmação de Savigny, segundo quem “o nosso direito positivo [deve] completar-se com elementos trazidos de si mesmo” (*supra*, nota 102) e na mudança de significado que essa sofre pela mudança de contexto, constituído pela combinação dessa proposição com os códigos, que, note-se bem, por sua vez, não foram produzidas dentro dessa perspectiva fechada. Nem me parece desprovido de significado o crescimento de interesse na Itália pelo ALR, cujas características lembrei acima, e que é então traduzido: *Diritto generale locale prussiano*, in *Le leggi civili della Germania*, coordenado por G. FIORETTI, com *Introduzione generale* de E. GIANTURCO, 2, Napoli, 1889. Para o debate ocorrido na Itália no primeiro terço desse século, em um contexto do direito romano mediado pelo código “nacionalizado”, cfr. para todos DEL VECCHIO, *Sui principi generali*

cit.; ID. *Il problema delle fonti* cit.; ID., *Le basi del diritto*, cit., sobre o qual cfr., por último, REINOSO BARBERO, *Los principios*, cit., p. 120 ss.

114 Ao avaliar a locução adotada no artigo em questão, além da sua raiz remota, não se pode omitir a lembrança às doutrinas jurídicas de S. Romano, de um lado, e destacar a sua adaptabilidade ao debate sobre o valor das Dichiarazioni della Carta del Lavoro de 1927, a qual foi conferida, em 1941, “a autoridade dos princípios gerais do ordenamento jurídico e de premissa ao Código Civil” (cfr. R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bolonha, 1980, p. 86 s., 120 s.).

115 Cfr. as palavras do Ministro, o histórico do direito Arrigo Solmi, in *Codice civile – Libro primo con la relazione a Sua Maestà il Re Imperatore*, Roma, 1938, p. 5 ss.

Sobre este ponto, não define a sua posição S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Turim, 1950, obra que também deve ser assinalada nesse contexto e da qual é evidente o menor respiro em relação àquelas relativas aos Códigos civis precedentes (*supra* nota 29 e *infra* Cap. VI).

Sobre as implicações do “apelo à vontade do legislador atual”, cfr. GIULIANI, *Le disposizione*, cit., p. 216 s.; R. QUADRI, *Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario al Codice civile*, coordenado por A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bolonha, 1974, p. 211 ss.

116 Cfr. para todos RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, cit., p. 340: “a norma das disposições gerais de lei colocam ao intérprete uma série de vínculos que passam [...] sobretudo pela estatalidade do direito”. Ver, ainda, para as razões da modificação, p. 334 s.

117 Cfr. *supra* nota 7. DELVINCOURT é autor também aqui de um *Iuris Romani elementa secundum ordinem Institutionum Iustiniani cum notis ad textus explicationem eiusque cum iure Gallico collationem*, Paris, 1814; e numerosas são as edições do Código Civil com notas de referência ao direito romano. Cfr. também S. SCHIPANI, *Il ‘modello’ romano del Code Napoléon: problemi del diritto delle persone*, in *La nozione di ‘Romano’ tra cittadinanza e universalità. Da Roma alla Terza Roma*, 2, Napoli, 1984, p. 135 ss.; ID., *A proposito di diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, in *Index*, 14, 1986, p. 1 ss.

118 Cfr., sobre o ponto, as observações de SACCO, *I principi generali nei sistemi*, cit., p. 166 s., que, em relação à criação do direito por parte do juiz, que “assegura a coligação com o aparato do Estado”, iconicamente conclui: “os franceses descobrem a estatização do direito”. A observação é útil também para uma avaliação das normas do Código civil suíço e de Portugal.

119 Cfr. *supra* nota 14.

120 Diversamente no *Entwurf* de 1888, onde o § 1 previa: “Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend” [“Em situações para as quais a lei não contém qualquer disposição, encontram aplicação os dispositivos correspondentes para situações semelhantes. Na ausência de tais normas, os princípios que informam o espírito do próprio ordenamento jurídico devem ser aplicados”].

Essa norma foi cancelada pela II Comissão. Cfr. G. SEGRÉ, *Sulla parte generale del codice civile germanico*, in *RISG*, 1900, p. 3 ss. (reimp. in *Scr. Giur.*, 1, Turim, 1973, p. 16 ss.) e B. DÖLEMAYER, *Deutschland. Kodifikationen und Projekte*, in *Handb. der Quellen*, cit., 3, 2, p. 1562 ss.

Nesse silêncio do BGB, desenvolveram-se os motivos da desorientação e oposição, sobre o qual cfr. P. KOSCHACKER, *Europa und das römische Recht*, Munique, 1947 (tradução italiana de A. BISCARDI, Firenze, 1962, p. 582 ss.); F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen, 1967, p. 558 ss. (tradução italiana de V. SANTARELLI-A.FUSCO, 2, Milão, 1980, p. 307 ss.).

121 O art. 1, alíneas 2 e 3, do Código Civil suíço de 1907, reza: “Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetti di questa, secondo la regola che egli adotterebbe como legislatore. Egli si attiene alla dottrina e alla giurisprudenza più autorevoli” [“Nos casos não previstos pela lei o juiz decide segundo o costume e, na falta desse, segundo a regra que ele adotaria como legislador. Ele se atem à doutrina e à jurisprudência mais autorizada”].

Aqui vem disposto o poder-dever do juiz de decidir e parece que se acolhe uma postura segundo a qual tal ato de integração seria não de natureza interpretativa, de reconhecimento, mas volitiva, criativa do direito. A aceitação da incompletude da legislação desemboca em um tipo de decisão assimilada, sob o perfil da lógica que lhe precede, ao ato “legislativo”. A referência da alínea sucessiva à “dottrina [...] più autorevol [e]” insere um critério talvez adequado para consentir a junção da heterointegração com o sistema, mais do que com uma manifestação de pura vontade.

A acentuação do papel de qualquer desses critérios, presente em certos momentos e especialmente para determinadas leis (como a racionalidade sistemática para os códigos), poderia levar a uma assimilação entre atividade legislativa e interpretativa, como já sublinha, por exemplo, HUNGER, *System*, cit., p. 69 ss. “caso o legislador também nessa situação se sirva da fonte inesgotável do direito natural, seu código não será nada além de uma realização de exigência dos mais altos princípios de direito. Onde houver lacunas no direito positivo, não é difícil preenchê-las. Deve servir-se das mesmas fontes das quais se serviu o legislador”. Isso pode estar na base da passagem da referência aos “princípios” à

referência à “regra que haveria adotado o legislador” e talvez devesse induzir a um reexame do significado dessa segunda locução, sobretudo quando se tenha em conta que o direito inspirador da norma do Código civil suíço (ou ao menos indicado como tal) não é Geny, mas K. A. Wangerow (do qual cfr. *Lehrbuch der Pandekten*, I, “como o próprio legislador consequente teria decidido, caso ele houvesse pensado nessa situação”), como se conclui da nota do próprio Huber (cfr. O. GAUYE, *François Gény est-il père de l'article 1er, 2e alinéa, du Code civil suisse?* in *Riv. Diritto Svizzero*, 92, 1973), e que esse pandectista alemão não pertenceria ao “movimento do direito livre”.

Cfr., em outro sentido, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* cit., 214 n. 18, que sublinha como o sentido da disposição é aquele que o juiz deve decidir segundo um critério que tenha valor geral, isto é, “que seu diagnóstico do direito teria sempre de se limitar a ser uma aplicação do direito; portanto, teria de se legitimar como aplicação de uma regra válida em geral, se não quisesse tornar-se uma obra de engenharia social bem intencionada, porém não jurídica”.

Em todo caso, parece prevalecer de fato a observação segundo a qual o juiz, com base na norma em exame – como pontua Deschenaux –, não está obrigado a fazer reenvio a uma outra fonte de direito (“auf eine weitere Rechtsquelle zu verwiesen”, in *Schweizerisches Privatrecht*, II, dirigido por M. GUTZWILLER, Basel-Stuttgart, 1967, p. 108, 14). Também uma tal heterointegração criativa, remetida a um órgão do estado, fecha o ordenamento estatal em si mesmo.

O mais recente Código Civil de Portugal completa uma reformulação do modelo suíço, e ao art. 10, alínea 3, dispõe: “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

A imagem da incompletude do ordenamento legal, e da criatividade do ato com a qual se o integra, encontra-se com uma pontual individualização do sistema, do qual, em vez dos “princípios”, busca-se o “espírito” (o “sistema jurídico” é referido no art. 9 também para a “interpretação da lei”). Cfr. SCHIPANI, *El Código Civil*, cit., p. 48 s.

122 G. DEL VECCHIO, *Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto*, in *Riv. Intern. Fil. Dir.*, 32, 1960, p. 700 s.; vide também ID., *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio Giuridico*, 85, 1921, p. 39 ss.; ID., *Il problema delle fonti del diritto positivo*, Città di Castello, 1934; *Riforma del diritto civile e principi generali del diritto*, Roma, 1938.

123 A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil*, I, 8ª ed., Bogotá, 1979, p. 192.

124 Cfr. a já referida citação de Q. MUCIUS SCAEVOLA, *supra*, § 5 texto e nota 98.

125 Sobre a reforma de 1973, cfr., no geral, *Doc. Jur.*, 1974, 4, p. 1129 ss. (fascículo monográfico dedicado a ela), e em particular J. M. CASTÁN VÁSQUEZ, *Notas para la*

historia de la reforma del Tit. Pre. Del Código civil, p. 1139 ss.; E. RUIZ VADILLO, *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español*, 1205 ss. (particularmente p. 1242 s.), e *Documentos. Proyecto de ley de bases* (1416); *Informe* (1425); *Dictamen de la Comisión de Justicia* (1437); cfr. también A. HERNÁNDEZ GIL, *El Tit. Pre. Del C. C.*, in *Anales de la R. Ac. De Jur. Y Leg.*, 1975, p. 69 ss.; AA.VV., *Comentarios a la reforma del C.c.*, 1, Madri, 1977.

126 “1. As fontes do ordenamento jurídico espanhol são a lei, o costume e os princípios gerais do direito.

4. Os princípios gerais do direito aplicar-se-ão na falta de lei ou costume, sem prejuízo de seu caráter informador do ordenamento jurídico.”

Outrossim, é de relacionar a reforma de 1984 da Ley de enjuiciamiento civil, art. 1.692. A precedente configuração deste art. 1692 era utilizada para ser considerada não recorrível por cassação à violação dos princípios gerais do direito que não fossem traduzidos em *ley* ou recepcionados pela *doctrina legal* (cfr., por exemplo, as consequências que trazia A. D’ORS, *Para una interpretación realista del art. 6 del Código Civil español*, in *St. Betti*, 1, Milão, 1962, p. 119 ss.). Em vez disso, aqui, a nova formulação pede para tal recurso a “infração das normas do ordenamento jurídico” (art. 1692.5), e “que os princípios gerais do direito são normas jurídicas não cabe qualquer dúvida e daí que a infração de um deles dê lugar à cassação” (F. REINOSO BARBERO, *Los principios generales*, cit., p. 297; cfr. também *Ley de Enjuiciamiento civil. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, coordenado por J. M. MARTÍNEZ-PREDA RODRÍGUEZ e outros, Madri, 1984, p. 374.

127 DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, cit., respectivamente p. 502 e 484.

128 F. REINOSO BARBERO, *Los principios generales*, cit., p. 297 e 121; *vide* também ID., *España y el derecho romano actual*, in *Labeo*, 32, 1986, p. 310 ss.

Para “reproposição” da linha interpretativa que faz referência ao “direito comum” (sobre a qual aceno *supra*, 5.5 do texto e nota 102), cfr., por exemplo, I. GALINDO GARFIAS, *Los principios generales del derecho y la jurisprudencia en la reforma del Código civil de España*, in *Est. A. Vasquez del Mercado*, México, 1982, p. 491 ss. A propósito de um geral “renacimiento del Derecho Natural”, cfr. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, cit., p. 35 ss. *Vide* também aceno *infra* texto e nota 144.

129 Cfr. M. BATTLE VÁSQUEZ, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, 1, Madri, 1978, p. 58; J. L.DE LOS MOZOS, in J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, cit., 1,1, 12^a ed. p. 496 ss.; G. OPPO, *L’esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 220 ss.

Sobre perfis de confluência entre problemática dos “princípios gerais do direito” e previsões de nível constitucional de direitos “invioláveis”, cfr. um apontamento *infra*.

130 Acredito que também tenha contribuído a complexa relação com os *derechos forales*, sobre a qual não me detenho: cfr. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, cit., p. 297 ss.; e as importantes elaborações das relativas disposições introduzidas nas compilações forais: art. 1, alínea 2, Comp. de D. c. de Cataluña; art. 2, alínea 2, Comp. de D. c. esp. de Baleares; art. 2, alínea 2, Comp. de D.c. esp. de Galicia; art. 1, alínea 1, e art. 3 Comp. de D. c. esp. de Aragon; ley 1, 2, 4 Comp. de D. c. foral de Navarra (in *Leyes Civiles Forales*, Madri, 1984). Sobre a noção técnica de “comunicação” no âmbito do direito, chamou a atenção G. GORLA, *Unificazione ‘legislativa’ e unificazione ‘giurisprudenziale’ – L’esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, 1977, 100, V, 91; vide também *Il ricorso alla legge di un ‘luogo vicino’ nell’ambito del diritto comune europeo*, in *Foro it.*, 973, 96, V, p. 89 ss.

131 Para o papel unificador do aporte romano-ibérico ao “novo mundo”, cfr. B. BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho próprio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989, e ali A. GUZMÁN BRITO, *Prólogo*. Cfr., também, S. SCHIPANI, *Nota introduttiva*, in *Diritto romano, codificazioni*, cit.; P. CATALANO, *Sistemas jurídicos, sistema jurídico latino-americano y derecho romano*, in *Rev. Gen. Legis. y Jurisp.*, 85, 1982, p. 161 ss. (tradução para o português em AA.VV., *Direito e Integração*, Brasília, 1981, p. 17 ss.), retomado e ampliado ID., *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latino-americano*, in *St. Polay*, Szeged, 1985, p. 167 ss., agora também em *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, 1, Turim, 1990, p. 89 ss.

132 Sobre o sistema e suas articulações, cfr. C.BEVILAQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, 2ª ed., Bahia, 1897, p. 101 ss.; H. EICHLER, *Die Rechtskreise der Erde*, in *Estudios Castán Tobeñas*, 4, Pamplona, 1969, p. 307 ss.; CATALANO, *Sistemas Jurídicos*, cit., p. 161 ss. que sublinha que o “sistema jurídico latino-americano” é expressão de um “bloco romano-ibérico-precolombiano” que constitui sua “base cultural”.

A dimensão “ibero-americana”, no quadro da pesquisa sobre sistemas jurídicos, vem colhida para referir-se à autonomia do grupo de ordenamentos da Ibero-américa” (J. M. CASTÁN VÁSQUEZ, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madri, 1984, p. 26 ss.; vide também ID., *El sistema de derecho privado iberoamericano*, in *Est. Castán Tobeñas*, 6, Pamplona, 1969, p. 155 ss.). Como aquela que sublinha perfis de derivação dos ordenamentos “de filiação ibérica” daqueles ibéricos, ela exprime, outrossim, em medidas diversas, a unidade ulterior daqueles com estes: cfr. para todos, respectivamente J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporaneos del*

mundo occidental, Madri, 1956, 2ª ed., Madri, 1957, p. 18 e 43 ss.; a constituição e a atividade de Institutos para o estudo de diversos ramos do direito estruturados segundo tal perspectiva (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, etc.), as tendências à unificação do direito em tal quadro sobre o qual, por exemplo, E. MIÑANA, *La unificación del Derecho mercantil hispanoamericano (Bases para una legislación común)* 3ª ed., Madri, 1929, F. CASTEJÓN, *Unificación legislativa iberoamericana (Iniciación a los estudios de derecho comparado y de unificación legislativa de España y de las naciones iberoamericanas)*, Madri, 1950; etc. Sobre a atenção aos múltiplos perfis de tal dimensão em um jurista como F. de Castro, cfr. J. M. CASTÁN VÁSQUEZ, *La comunidad iberoamericana en el pensamiento de Federico de Castro*, in *Anuario de Der. Civ.*, 1983, p. 1.217 ss.

133 KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, cit. Aos limites da concepção da Europa presente na obra de Koschaker e também ao que essa globalmente representa, foi feito um levantamento por A. D’ORS, *Ius Europaeum?*, in *St. Koschaker*, 1, Milão, 1954, p. 450, no que atine à insuficiente consideração do papel reconhecido à Espanha e o seu aporte ao desenvolvimento do direito romano, e mais em geral para “uma visão demasiadamente germânica do europeu” (p. 475). A exatidão da observação é evidente: cfr. S. SCHIPANI, *Nota introdutiva*, in *Cultura iberica e diritto romano*, coordenado por S. SCHIPANI, Napoli, 1981, p. VIII (não obstante, é evidente a necessidade de um ulterior aprofundamento de base; cfr., por exemplo, o tipo de observação de W. WAGNER, *Annäherungen an eine europäische Rechtsgeschichte*, in *Ius Comune*. 17: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Fest. H. Coing*, Frankfurt/M., 1982, p. 387 ss.).

134 Não faço referência, evidentemente, somente à importante normativa sobre a consideração jurídica dos cidadãos dos Estados membros da Comunidade Europeia, mas à perspectiva mais ampla que, com referência a esta experiência e a outras conexas, está se desenvolvendo. Parece-me interessante lembrar o Colloque experimental “*Civis europaeus sum – Quelle culture, quelles finalités?*”, Luxembourg, 9-11 de outubro de 1986, e a relação ali desenvolvida por S. STRÖMHOLM, “o direito como dimensão constante da cultura europeia” que, pontualmente, sublinha: “ao insistir sobre o lugar importante, até decisivo, do direito para a criação da Europa, é sobretudo no direito romano que eu penso” (cfr. *Actes*, Strasbourg, 1988, p. 80); vide também P. CATALANO, *Europa: etnocentrismo occidentale e universalismo*, in *L’Europa tra politica e cultura*, coordenado por V. VERRA, Brescia (= *Fondamenti*, 6, 1986), p. 117 ss.

135 Justiniano recomenda aos juristas por ele encarregados de compor o Digesto, no caso em que não haja solução controversa, *omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollutibus et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi*

per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur. Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est iudicatore, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare (Const. Deo Auct. 5 e 6). (“Todos os autores do direito valem com igual dignidade, nem se deva observar para nenhum alguma posição de proeminência, porque nem todos são reconhecidos como melhores ou piores em tudo, mas alguns em algumas coisas. Não julgareis, porém, aquilo que é melhor e mais equânime pelo maior número de autores ‘em favor de um parecer’, podendo talvez o parecer de um só e de menor autoridade superar em alguma parte ‘do direito’ muitos e maior autoridade”).

136 Na Itália, A. PIZZORUSSO, *I principi generali del diritto: l’esperienza pubblicistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., 240 n. 5, destaca pontualmente o cabimento da disposição do Código Civil espanhol, art. 1 n. 4 última parte, cit.

137 Observa REINOSO BARBERO, *Los principios generales*, cit., p. 297, com referência à Espanha: “são óbvias as novas possibilidades que se abrem para o direito romano, em particular, e para o direito atual, em geral. O direito romano [...] pode desenrolar uma nova e vitalizadora atividade, penetrando através do valor normativo que possuem suas resoluções, independentemente da transcendência jurisprudencial que se lhe deu até o momento presente”.

138 Sobre as progressivas integrações sucessivas do *corpus iuris*, por meio de novos interventos normativos, cfr. as observações de Justiniano Const. Tanta, 18; Const. Cordi 4 etc.

139 Sobre a “anterioridade lógica e jurídica” dos princípios em relação à obra do legislador “às quais, ao contrário, se impõem e sobrepõem”, cfr. G. OPPO, *L’esperienza privatistica* in *I principi generali del diritto*, cit., 220 s.; DE LOS MOZOS, *Derecho civil Español*, cit., 484.

140 Diversamente F. REINOSO BARBERO, *Los principios generales*, cit., p. 120 ss.: “nos movemos, ao falar dos princípios gerais do Direito, no âmbito do Direito positivo, onde não cabem generalizações que transpassem as fronteiras da vigência dos ordenamentos jurídicos nos quais aparecem aqueles princípios”; e ainda: “ao tratar esse problema, veio incorrendo-se em um constante erro que surge ao tentar contemplar-se essa questão a partir de uma perspectiva geral supranacional, e não individualizando-a, em cada Estado”, “com isso, estamos rechaçando a totalidade prática de teses formuladas nesse campo, que maximizando o sentido de “área cultural jurídica” querem ver nos princípios gerais axiomas comuns”. Com respeito à “nacionalização” do direito romano supra-assinalada,

para a doutrina italiana ao final do século passado, a posição desse autor não passa pela pretensão, própria, ao contrário, de tal doutrina, que “o legislador tenha adotado” os princípios romanos para que estes possam valer e que ali poder-se-ão citar “não como leis positivas, mas por causa do seu conteúdo” feito próprio pelas leis italianas. Mas então, conseqüentemente, escapa a razão das conclusões do próprio autor referido.

Recentemente, em relação à Alemanha, observou-se que o direito romano “ganhou grande influência no projeto do BGB. A jurisdição recorreu, após 1900, sem dúvidas, às decisões anteriores” (R. KNÜTEL, *Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht*, in *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, Göttingen, 1993, p. 64) e essa releitura dos dados históricos é completada em relação com as evoluções relativas à unificação do direito na Europa (onde p. 67 ss. e ID., *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, in *ZEuP*, 1994, p. 244 ss.).

141 Sobre a unificação do direito em geral, cfr. sempre J. CASTÁN TOBEÑAS, *Horizontes actuales de la unificación supranacional del derecho*, in *Homenaje Pérez Serrano*, p. 403 ss.; R. DAVID, *The International Unification of Private Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2,5, Tübingen-Paris-New York, 1971. Sobre o papel dos “princípios gerais do direito”, cfr. J. H. MERRYMAN, *General principles of law*, cit., p. 47 ss. Sobre as novas fontes do direito comunitário, cfr. R. MONACO, *Le fonti del diritto comunitario*, in E. PENNACCHINI-R. MONACO-L. FERRARI BRAVO-S. PUGLISI, *Manuale di diritto comunitario*, 1, Turim, 1983, p. 56 ss.; F. POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità europee. Parte generale*. Sobre o papel dos “princípios”, parece-me, por exemplo, muito interessante, para além da sua setorialidade, a referência ao art. 1 alínea 4 da Lei 287/1990. Cfr., depois, L. MENGONI, *L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?*, Roma, 1993.

Os “princípios gerais do direito” são chamados depois a exercer um papel mais geral pelo reenvio a eles no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38-C1, cuja relevância não pode ser limitada ao direito internacional: cfr. G. STROZZI, *I ‘principi’ dell’ordinamento internazionale*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 202; GORLA, *i principi generali*, cit., p. 182 (cfr., também, por exemplo, o interessante apelo para um parecer consultivo da CIG em matéria de dívida externa, formulado pela XI Conferência Interparlamentar Comunidade Européia-América Latina, São Paulo, 3-7 de maio de 1993, Ato final, § 26, e o debate desenvolvido em sede científica, sobre o que S. SCHIPANI, *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori*, in *Apollinaris* 65, 1992, p. 627 ss.; ID., *Necessità di richiesta alla Corte Internazionale di Giustizia di un parere consultivo sui principi generali del diritto da applicare al debito internazionale*, in *Principi generali del diritto e debito internazionale*, coordenado por D. ANDRÉS-S. SCHIPANI, Roma, 1993).

142 Cfr. sobre os “direitos invioláveis” em geral AA.VV., *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, in *Rev. Intern. de Droit*

Comparé, 1981, 2, p. 251-671; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Napoli, 1992, p. 47 ss. (e in *Trattato di diritto privato*, dirigido pelo mesmo, 1, 1982, p. 36 ss.). Sobre a superação do estatal-legalismo conexo à existência de tais direitos, cfr. sintéticos acenos iniciais in S. SCHIPANI, *Defensa jurisdiccional de los derechos humanos y 'poder negativo'*, in AA.VV., *Constitucionalismo latino y liberalismo*, Bogotá, 1990, p. 15 ss. Sobre o ponto, cfr. também as contribuições de A. GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del derecho*, Madri, 1990, p. 75 ss.; J. ARCE Y FLORES-VALDES, *Los principios*, cit., p. 93 ss. Sobre problemas abertos pela difusa “Concessão que poderia chamar-se constitucionalista do ordenamento jurídico”, cfr. L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*; A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, cit., respectivamente p. 318 ss.; 27 s. Essa não pode não levar em conta a dimensão não estatal-positivista e supranacional que o caráter de tal categoria de direitos insere, que não pode certamente encontrar a sua solução na elaboração de um super-ordenamento de um super-Estado, mas em um contexto universalisticamente aberto e historicamente condicionado.

143 Sobre o emergir deste conceito técnico, cfr. P. CATALANO, *Ius Romanum. Note sulla formazione del concetto*, in *La nozione di 'Romano' tra cittadinanza e universalità. Da Roma alla Terza Roma*, cit., 2, Napoli, 1984, p. 531 ss.

144 O famoso texto citado, trazido por Ulpiano *liber primus institutionum*, é utilizado por Justiniano também em J. 1,1,4. Sobre as relações entre “direito natural” e “direito romano”, para as quais aquele é parte deste; ou com ele se entrelaça; ou este é expressão a ele “relativa”; ou vale por força dele etc., não é certo possível, aqui, fazer nem sequer um aceno.

145 QUADRI, *Disposizioni sulla legge*, cit., p. 284. Qualifica “ideológica” a concepção do “estado nacional ou ... nacionalista” que agrava a “clausura” dos ordenamentos jurídicos “fundados sobre o conceito do estado como única fonte de direito”, GORLA, *I principi generali*, cit., p. 179.

146 Sobre a formulação do tema adotada pelo já citado Convegno dell'Accademia Nazionale dei Licei, expressão de uma preferência por “pela velha dicção mais carregada de sugestões e de memórias, enquanto a fórmula do código civil vigente continua a suscitar diferenças e temores”, cfr. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, cit., p. 331; a “orientamenti ‘di principio’” prefere fazer referência PIPPO, *L'esperienza privatistica*, cit., p. 219 ss.

6.

ENTRE A EUROPA E A AMÉRICA LATINA: PRINCÍPIOS JURÍDICOS, TRADIÇÃO ROMANÍSTICA E “HUMANITAS” DO DIREITO*

Luigi Labruna

Tradução de Kelly Cristina Canela

6.1 | **EUROPA E AMÉRICA LATINA**

Um grande historiador e jurista do século XX (às vezes incompreendido ou mal compreendido), Paul Koschaker, em uma obra fundamental de sua autoria para entender a história do velho continente, escreveu que a Europa é, antes de tudo, um fenômeno cultural. Indo além de um conceito geográfico, portanto, trata-se de uma síntese de elementos “culturais”, dentre os quais ocupa um lugar de absoluto relevo o direito de Roma, a experiência jurídica “publicística” e “privatística” de uma comunidade que desde a Idade Antiga soube se expandir territorialmente em grande parte do continente e em vastas áreas da Ásia e da África. Experiência que, graças aos textos nos quais era conservada (e a alguns ininterruptos costumes), foi constantemente reconhecida, depois do fim político daquela comunidade, como um patrimônio irrenunciável para o ordinário desenvolvimento da vida econômica e social daquelas realidades políticas, muito diversas entre si por estrutura e dimensões, que na Europa se constituíram no período do meio e do final da era contemporânea. Não seria útil propor aqui, hoje, uma síntese da história do chamado *ius commune*, do direito romano resurgido (às vezes mal compreendido, às vezes ideologicamente utilizado) e por isso transformado, adaptado às exigências de sociedades sempre novas que a ele se referiam por meio da obra dos legisladores, estudiosos e práticos. Pode-se tentar, porém, unir os princípios que, desde o *ius* de Roma antiga e por meio do direito comum até hoje, permaneceram vitais, com a percepção do *aequum et bonum* (do justo e do honesto) que deve nutrir cada ordenamento que seja jurídico, que manifeste assim proporcionalidade nas relações entre os sujeitos e entre estes e o poder. Cabe hoje fazê-lo mostrando a íntima relação que justamente sobre as bases romanísticas

existe entre os direitos da Europa continental e os sistemas jurídicos da América Latina.

O impacto extraordinário de um evento realmente épico como a descoberta das Américas (não por acaso com um esquematismo talvez ingênuo, mas certamente útil, aprendemos todos que o “moderno” nasceu em 12 de outubro de 1492) constitui um sinal forte de um novo tempo, no qual a conquista espiritual, outra que política, outra que econômica, determinou uma estável conjugação jurídica entre os dois continentes. Tratou-se, para os homens que o compreenderam, de um evento “maior e mais admirável” da pregação dos apóstolos em diante, segundo as palavras de Giovanni Botero.¹ A ampliação do horizonte físico deu aos homens do século XVI o orgulho do conhecimento, o sentimento exaltante de possuir “as infinitas maravilhas não conhecidas pelos antigos”.² De qualquer modo, é como se a descoberta tivesse determinado uma nova fundação do conceito de Europa, um conceito antigo e clássico, que porém permanecia fechado em uma espécie de solipsismo (rodeado por tudo quanto os gregos e os romanos já haviam experimentado e de qualquer modo possuíam ou iludiam-se de possuir: Ásia e África). Por essas estradas, na “perspectiva histórica sólida e documentada”³ das ciências e do conjunto de estudiosos, pode-se ver a ânsia do novo homem de avaliar positivamente o explorador, o “mecânico”,⁴ personagens da renovada “cultura” junto ao filósofo natural, o virtuoso ou “livre pensador”, em contraste existencial com o saber estático dos monásticos, dos santos, dos magos, também daqueles professores ou clérigos que ensinavam ou estudavam nas Universidades da Europa, todos por um lado ou por outro ancorados a um “antigo” já metabolizado e sempre igual a si mesmo. Mesmo por meio das descobertas, que não demoraram a tornar-se o mito da modernidade que vive do novo, o homem vive finalmente um saber próprio, livre dos débitos contratados por séculos. Assim se renovam. “Simples marinheiros – escreveu o filósofo e historiador da ciência Paolo Rossi – são capazes de ver o contrário do que os filósofos gregos e os Padres da Igreja afirmaram sobre a ocupação das zonas tórridas, a existência dos ‘antípodas’, a navegação dos Oceanos, aa intransitáveis colunas de Hércules”.⁵ Se é verdade, portanto, que “uma Europa sem história seria órfã e miserável”,⁶ a história da Europa deve muito à história das Américas, em primeiro lugar, àquela da América Latina que é,

de uma parte, o incunábulo verdadeiro da descoberta, por outra, o lugar no qual, à frente dos dramáticos eventos das conquistas e da colonização, persiste uma história e uma cultura aborígine em comunicação originária e mais profunda com a migração proveniente do chamado velho continente.

No campo do direito, a mudança de consciência (que se entrelaça com os motivos do Humanismo, que também significam reavaliação do homem diante das mortificações medievais) na Europa significou, sobretudo – dito de forma muito breve –, a aplicação da filologia ao estudo do *Corpus iuris civilis* de Justiniano, *ius (Romanum) commune* das diversas nações europeias, na marca de uma ideia imperial que cada vez mais ia desaparecendo, na ótica de uma substancial rejeição a uma difusa, tradicional abordagem fideísta com relação aos textos antigos. Significou, em suma, a racionalização do saber jurídico. Uma racionalização que andou lado a lado com o “empalidecer do antigo”,⁷ que caracterizou cada vez mais profundamente a cultura europeia e representou um dos frutos tardios e, por isso, plenamente maduros, da Renascença. Se, por um lado, sobretudo fora da Itália, a reação contra o dogma da perfeição e da superioridade dos antigos encontrava alimento também na reação ao orgulho nacional das pátrias que andavam nascendo, contra o Humanismo, *proprium* do “gênio” italiano, desprestigiador em princípio dos outros povos, por outro lado, motivos mais gerais intervieram a pôr mais decisivamente, no início da idade barroca, o paralelo entre os antigos e os modernos e a fazer pôr-se os mitos, os modelos enrijecidos pelo passado.

É... a admiração pelas novas invenções, sobretudo aquela da imprensa... e o influxo que começa a exercitar sobre a *forma mentis* dos homens das ciências, no qual o apelo a Plínio e a outras autoridades – até então, a Aristóteles, o filósofo por excelência – começa a contrastar, especialmente na ciência não oficial, não catedrática, o apelo à “experiência”, mãe do conhecer.⁸

Na América, determinou-se o transplante de uma cultura jurídica substancialmente romanística sobre a *humus* dos direitos indianos pré-hispânicos⁹: o direito castelhano e o ordenamento canônico, sobretudo, mas também (ainda que mais parcialmente) o direito francês, aquele português

e algumas propostas de ordenamentos utópicos (da aplicação das ideias de Tomás Morus àquela da *Repubblica* platônica). Também a Alberto Filippi devemos reconhecimento pelas percepções críticas sobre a influência que os “humanistas civis” (especialmente florentinos) e depois o tradadismo “republicano” do século XVI tiveram sobre os constitucionalismos americanos e mediatamente sobre aqueles argentinos.¹⁰ Surgiu um vivaz pluralismo jurídico até e além da idade das grandes codificações, que nesses países – depois da liberação do colonialismo – tiveram protagonistas absolutos. Além disso, restabeleceram (ou ao menos tentaram restabelecer, diante das oscilações da história) o conceito constitucional romano de *res publica* como *res populi*. Essa observação torna-se real de modo todo peculiar na história humana e científica de Dalmacio Vélez Sársfield, um dos grandes juristas latinos do século XIX (prático, político, professor, legislador),¹¹ capaz, justamente aqui na Argentina, de dar vida a um direito seriamente consciente das próprias origens variadas e, ao mesmo tempo, extraordinariamente moderno. O jurista de Córdoba, “aquele que nos deu a codificação mais romana: pelo método, antes ainda que pelo conteúdo” (a observação é de Catalano¹²), também nos mostrou a importância “constitucional” do direito romano.¹³

E é por esta conjunção, central na história da tradição romanística, que a *Index*, revista pela qual celebramos os primeiros 30 volumes,¹⁴ na marca de um projeto que teve início no já distante ano de 1970, dirigiu sempre uma atenção toda particular, embora não exclusiva (já que constante sempre foi o empenho de entender e interpretar – e, quando possível, favorecer – o renascer de todos os “sinais romanos” perceptíveis na realidade contemporânea do oriente e do ocidente, do norte e do sul do mundo), aos eventos do estudo histórico do direito na América Latina, de forma a dedicar, já em 1973, um volume especial (rapidamente esgotado e pela hodierna ocasião reimpresso) ao tema.¹⁵ A esse respeito, trabalhou intensamente aquele “Grupo de pesquisa sobre a difusão do direito romano”, que Pierangelo Catalano, presidente, Luigi Capogrossi Colognesi e eu fundamos no início dos anos 1970 e do qual *Index*¹⁶ tornou-se, desde o v. 3 (1972), “órgão”. Fortalecido rapidamente com o aporte extraordinariamente eficaz de Sandro Schipani,¹⁷ e depois de Ignazio Buti e Giovanni Lobrano,¹⁸ o “Grupo

de pesquisa sobre a difusão do direito romano” logo encontrou na Argentina e sobretudo aqui em Buenos Aires um terreno fertilíssimo e uma colaboração férvida que ainda hoje se perpetua: testemunha-o a sensibilidade de colegas de várias Universidades e em particular aquela de um latinista, historiador, romanista, que infelizmente nos deixou de maneira prematura (ao qual dedico mais uma vez a minha pessoal recordação de respeito),¹⁹ Angel Enrique Lapieza Elli, que do “Grupo” foi logo interlocutor,²⁰ participou com os seus membros da constituição em Sassari do “Comitê Latino-americano para a Difusão do Direito Romano”, do qual até o fim foi representante. Inaugurou, aqui em Buenos Aires, em 1974, o “Centro de Investigação, Documentação e Difusão do Direito Romano”.²¹ Cooperou de maneira determinante com a organização, sempre aqui em Buenos Aires, de 27 de julho a 1º de agosto de 1976, do Primeiro Congresso Latino-americano de Direito Romano, que se concluiu com uma moção na qual “com espírito polêmico frente às manifestações culturais que naquele mesmo ano queriam recordar o ano de 476 como data da ‘queda’ ou do ‘fim’ do Império Romano do Ocidente... foram celebrados os 1500 anos de tradição romanística ocidental, reafirmando a sua permanente vitalidade e vocação universalista”.²² Em 1977, foi eleito presidente da então constituída “seção Argentina” da Assla (*Associazione di Studi Sociali Latino-Americani*), com sede junto ao *Istituto Italiano di Cultura* (que, durante o regime militar de 76 a 83, permaneceu como o único vínculo de organização entre o “Grupo” e as Universidades argentinas) e se tornou promotor do Seminário Ítalo Latino-americano sobre o conflito das Ilhas Malvinas, realizado em Turim, em maio de 1983. Entre as iniciativas da Assla-Argentina, deve-se recordar a compilação de escritos sobre *El derecho italiano e su influencia en el derecho argentino*, aos cuidados do mesmo Lapieza Elli.²³ O objeto central de interesse de *Index* – depois renovado e ampliado na mais recente e especializada *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, fundada e dirigida por Sandro Schipani – está naquela reconhecida “influência permanente” (permanente e, por isso, sempre nova) que o direito romano teve, nos conceitos e na linguagem jurídica dos países sul-americanos.²⁴ Trata-se²⁵ do “núcleo historicamente

forte do direito romano”, que tem um valor político, além do valor jurídico, com a finalidade da produção de um direito uniforme. E, na verdade, a unidade, a especificidade e o universalismo da experiência jurídica latino-americana²⁶ permitem uma verificação mais completa, madura e consciente da validade dos princípios romanísticos.

6.2 | PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A história como elemento vital do sistema jurídico conecta-se com o conceito do “espírito do direito romano” (Jhering), cujos caracteres fundamentais, mesmo suscetíveis a uma releitura crítica, aparecem estáveis. E explicam porque, no curso de tantos séculos e em ambientes geográficos diversos, o *ius Romanorum* foi considerado o direito por excelência, constituindo uma das bases transmissoras da civilização ocidental. De um lado, a liberdade para um sujeito de direito, plenamente capaz de desenvolver de forma responsável a própria atividade no âmbito da esfera de autonomia reconhecida a ele pelo ordenamento. Por outro lado, a certeza das normas e das situações jurídicas. Fritz Schulz, ilustre romanista alemão perseguido no curso da mais assustadora barbárie do século passado (a qual – interessa recordar – programaticamente se opunha ao estudo e ao ensino do direito romano), num seu áureo opúsculo, resumiu os “princípios do direito romano”, princípios (“inícios em sentido forte”, segundo a acurada interpretação de Schipani²⁷) na maior parte ainda hoje válidos para qualificar o sistema jurídico, e capazes de governar o desenvolvimento histórico deste. Aqui, as ideias fundamentais, quanto ao tema de direito e justiça, daqueles romanos que se ocupavam da produção e da aplicação do *ius*: pouquíssimas normas legislativas (em sentido amplo, isto é, impostas por via de autoridade); muitíssimo direito consuetudinário (aqui também em sentido amplo); separação do dado jurídico do dado não jurídico, com a progressiva redução do ordenamento jurídico a um sistema autônomo e à constituição em via eminente de uma ciência do direito privado; prevalência do método casuístico; certa (mas significativa) relutância às formulações abstratas; simplicidade na construção jurídica; clareza na linguagem; consciência nacional; espírito de liberdade (liberdade *naturalis* ou de fato, liberdade pessoal, liberdade política) e respeito à autoridade livremente aceita (*auctoritas*); *fides* como

vínculo à palavra dada em empenho de cooperação; certeza do direito e confiança na sua atuação. Enfim: sentido da tradição e *humanitas*, humanidade. Ao menos estes dois pontos, justamente na perspectiva da conexão entre os diversos ordenamentos de matriz romanista merecem uma ulterior reflexão. Em geral, da eficácia precipitada na história de algum desses fundamentos poder-se-ia duvidar. Naturalmente, são algumas tendências: como tais é indubitável a presença delas em quase todo o desenvolvimento do direito romano histórico, de maneira que o quadro em tela representa uma síntese (provisória, aproximativa, mas substancialmente fiel) das qualidades de tal experiência jurídica. Tendências que – no sentido de um chamado ao *Corpus iuris* como “receptáculo” de princípios – vivem no direito positivo daqueles ordenamentos que, reenviando aos chamados “princípios gerais do direito”, garantem a continuidade ao sistema romanístico. Não é um acaso que os códigos revolucionários dos Países da América Latina livre sejam típicos exemplos destas evocações.²⁸

6.3 | **TRADIÇÃO ROMANÍSTICA**

É em tais contextos que os princípios regeram e regem uma das mais relevantes tradições históricas do Ocidente, na qual convivem a Europa e a América Latina, mas também uma parte não irrelevante do Norte do Continente, da Louisiana e da parte francesa do Canadá, que insiste na afirmação de uma diversidade no interior de um lugar geopolítico em que a orientação diversa não é apenas jurídica (o *common law*). Gostaria de traçar uma pessoal geografia que me liga com um vínculo de profunda gratidão e sentida pertença às Universidades que quiseram me honrar, muito além dos meus méritos pessoais, concedendo-me os seus títulos doutorais: na Europa, a *Université di Besançon* na França, as polacas de Varsóvia e Toru, de Bonn na Alemanha; nas Américas, a Laval de Québec, e, hoje, a prestigiosa *alma* Universidad de Buenos Aires. Lugares diversos, muito diversos, mas para mim idealmente unidos na cultura do direito, porque animados por juristas, historiadores, romanistas, conscientes de que a técnica jurídica deve se manter ao nível de *ars*, que a história favorece a compreensão do presente, que a justiça constitui um fim social e não um meio para garantir privilégios.

Neste ponto do discurso, é preciso aprofundar um conceito de capital relevância, a *traditio*.²⁹ “Tradição” indica, no léxico dos juristas romanos, um ato translativo que não necessita (e este é um limite seu, mas nisso está também o germe da sua grande utilização também em contextos socioeconômicos mais dinâmicos e maduros) de momentos rituais, de presenças obrigatórias, de certas pronúncias, de gestos específicos, e que se realiza e se conclui, em princípio, na concreta materialidade da pura e simples dação da *res*. *Tradere* é entregar materialmente a coisa, oferecê-la a outros que a recebam. Nada mais. É, provavelmente, o modo de transmissão mais antigo utilizado na sociedade romana primitiva³⁰ e, é certo, o mais simples e natural que se possa conceber. Justamente por isso, permanece difusa na prática social e econômica de todos os povos, da qual no tempo consegue satisfazer em vários níveis e com vários pressupostos aquelas exigências de troca, de circulação de bens, das mais simples e elementares às mais sofisticadas que, com razão, Goldschmidt³¹ indicava como indefectivelmente presente em todo agregado social.

Na experiência romana antiga, o ato jurídico por meio do qual o *tradere* exprime-se, e que se diz *traditio* (“entrega”, “transmissão”), parece, à primeira vista (é preciso sempre se mover com cautela na leitura do manual de Gaio, como ensina o professor Alfredo Di Pietro, importante intérprete daquele texto para nós fundamental), pensar-se em *Inst.* 2.19-22 e, em oposição, diz-se (eu diria, ou melhor: em paralelo) com a “civilíssima” e exclusiva *mancipatio* das *res mancipi*, como o modo de transmissão “específico”³² das coisas menos preciosas. Destes, desde a idade remota, esta é idônea a transferir *iure civili* – em diversas condições – a pertença (poder dominical, posse, mera detenção). Mas “pela razão natural” (a *naturalis ratio*) que permeia o ato e rege o seu êxito (*ea... quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur... explica Gaio*³³), a aquisição de bem que este determina parece efetuado *iure naturali* (como de resto é para a ocupação, a captura em guerra, a aluvião, e assim por diante³⁴). A *traditio* vem, por isso, considerada, já na época republicana, pertencente àquele patrimônio jurídico comum a todos os homens que de fato a *naturalis ratio* sustenta e que é chamado *ius gentium*³⁵: um direito romano “universal”, “anacional”, “mundial”,³⁶ ao qual – como é natural – todos

têm teoricamente legítima possibilidade de acesso. Um instrumento, portanto, idôneo a produzir efeitos jurídicos reconhecidos e tutelados também pelos magistrados jurisconsultos romanos, mesmo se utilizados por, e em confronto dos, estrangeiros.

E então a *traditio* torna-se – na língua dos primeiros escritores cristãos – memória transmissão das *Scripturae*. Portanto, conceito obrigatório, normativo. Assim, um dos dois pontos cardeais da reflexão (sobretudo) teológica medieval: a *traditio*; o outro – sabe-se – também romano e jurídico foi a *auctoritas*. Sabe-se ainda que, durante toda a Idade Média, houve uma grande influência do pensamento teológico sobre aquele jurídico e (creio também) sobre qualquer outra “forma” de pensamento ocidental. A importância que naquela época revestiu pela teologia a *auctoritas* dos Padres e dos Doutores da Igreja e até mesmo dos grandes filósofos não cristãos (penso ainda em Aristóteles) foi enorme. A ideia de “autoridade” e aquela a esta extremamente correlata de “tradição” foi considerada verdadeiro e próprio princípio de metodologia científica no procedimento lógico.³⁷ Realmente, por teólogos e juristas, sentiu-se a necessidade de se estabelecer uma espécie de hierarquia entre as *auctoritates* sobre as quais se deveria apoiar as teses a serem sustentadas. Referir-se aos *auctores*, torna-se verdadeira e própria estrutura lógica, apoiadas porém em motivos fideístas e religiosos, que – enquanto tais – fugiam e fogem a uma explicação racional. As ciências naturais, por sua parte, não ainda desvinculadas da opressiva tutela da filosofia e da teologia, eram também submetidas ao *ipse dixit*. Um precursor dos cientistas modernos, Ruggero Bacone, mostrou-se plenamente consciente da audácia, se não da falsidade, do método que chamamos de escolástico e qualificou como “harmonizações forçadas” (*concordantiae violentes*) as tentativas dos juristas (*legistae*) de confronto e cotejo sistemáticos entre “autoridades” contraditórias.³⁸ A pesquisa da racionalidade, de uma verdade percebível sem mediação, é o verdadeiro sinal do mundo novo, daquela transformação épica à qual se assinalou e que talvez seja limitador referir-se à chamada “revolução científica”.³⁹ A querer utilizar um novo *dictum*, que pode parecer paradoxal, é aquilo que Newton chamava “diversão”. Dizia de si: “Eu me vejo como um menino que joga sobre a beira do mar e de tanto em tanto se diverte a

descobrir uma pedra polida ou uma concha mais bela que de costume, enquanto à minha frente estende-se, inexplorado, o oceano imenso da verdade”. Àquilo que Newton chamava “diversão” nós costumamos dar o nome de “ciência”.⁴⁰

Cada ciência vive da sua própria história, por meio da obra dos homens capazes da coragem da mudança. Numa perspectiva de progresso consciente, portanto, é necessário compreender como a referência à tradição enquanto momento de verificação (a exemplo do direito) atual não significa nada de fato, não pode de forma alguma significar “conservação”. O progresso científico – sustentou um mestre das chamadas ciências exatas, o físico Werner Heisenberg – constitui-se como equilíbrio dialético entre ideias inovadoras e tradição.⁴¹ É o chamado a um patrimônio comum de altíssimo valor: o nosso dever é saber respeitá-lo criticamente, sem se limitar a custodiá-lo: devemos antes nos propor a inovar e perpetuar o seu espírito vital, para transmiti-lo a gerações futuras. “A melhor tradição serve-se apenas renovando-a”.⁴²

Por este motivo, juntos devemos refletir sobre os compromissos da romanística atual, que se insere na milenar tradição do estudo do direito romano privado: da crítica exegética, da reconstrução dos institutos, dos problemas de tradições textuais às questões de lógica jurídica, pode-se alcançar a comparação de ordenamentos vigentes. Especialmente daqueles que (diriam os comparatistas) pertencem à mesma “família”, trazendo o mesmo patrimônio genético. Provas significativas deste fato foram dadas por Alfredo Di Pietro, com o seu recente estudo sobre contratos no direito romano e na tradição romanística,⁴³ e por Atilio Alterini, no seu trabalho sobre “imprevisão” fortemente ancorado nos pressupostos históricos dos institutos relativos à frustração das finalidades contratuais.⁴⁴

Uma missão posterior foi assumida, e foi frequentemente muito bem absorvida pela romanística moderna, especialmente na segunda metade no século XX⁴⁵: aquela de compreender e expor, em uma perspectiva em primeiro lugar jurídica, a história política da antiga Roma, segundo aquele cânone interpretativo (muito elástico na sua diversa aplicação, de estudioso para estudioso, mas dotado de uma íntima e robusta coerência) que encontra completude de tratamento sintética na *Storia della costituzione*

*romana*⁴⁶ de Francesco De Martino. Fazer “história da constituição” significa considerar, na análise das estruturas institucionais (do “direito público”), os fatores sociais, econômicos, políticos, e também pessoais (ou prosopográficos), que sempre influenciam e determinam a produção das fontes jurídicas. Significa, em particular, também (superada a leitura estática e sistemática, de matriz do século XIX, das instituições romanas as quais, circunscrevendo o próprio objeto à análise de meras formas, escondia a vitalidade do mundo real e fragmentava a unidade deste) prestar atenção contínua e especialíssima aos problemas “que são tantos e estão ao lado do direito compreendido como realidade objetiva: aqueles que estão no seu enraizamento nas necessidades do mundo subjetivo da vida e aqueles que resultam do seu estender-se no mundo do dever ser, ou seja, no sentido dos valores que o direito veicula na realidade histórica, primeiros entre todos aqueles da justiça e da equidade”. Não hesito quanto a este ponto, sobre o qual muitas vezes me detive, e que, de resto, já goza de uma ampla (refinada) historiografia, se não para reiterar a necessidade de que tal tipologia de investigação deve continuar a ser um campo cultivado pelos romanistas. Pelos historiadores do direito, que, por meio do seu patrimônio de técnicas e métodos interpretativos, com a particular sensibilidade ao dado jurídico, podem contribuir para uma visão completa mais nítida dos acontecimentos históricos da Roma antiga, mas também para compreender os episódios da política atual. Tal impostação, que tende à profunda compreensão do fenômeno jurídico, mais do que à sua esquematização exterior, vai além das críticas àqueles que se podem definir modernos “pandectismos”. Tais não faltam, mas me parecem frequentemente determinadas por um historicismo antes de tudo extremista (às vezes, um pouco grosseiro), que nem sempre consegue distinguir no ímpeto do juízo entre vulgares comparatismos (que também, infelizmente, se produzem) e aquelas que se poderiam chamar “culturologia” do direito romano e da sua tradição. A consciência, isto é, de que por séculos o direito romano esteve no centro da produção, da interpretação, da educação jurídica em todos os países da Europa e da América Latina (mesmo quando, não poucas vezes, foi criticado). Determinando problemas e linguagens, visões do mundo e, por que não, ilusões de racionalidade

que fazem parte da nossa história. Esta história não podemos negar. Temos a tarefa de compreendê-la. E, ao mesmo tempo, não podemos mortificar a nossa essência de estudiosos em busca de linhas retas entre o ordenamento privatístico de Roma (existiram mais de um), as diversas fases da tradição romanística, os códigos contemporâneos, o direito vindouro. Tudo é mais complicado e complexo, porque, nos séculos, as sensibilidades de muitos homens (legisladores, juízes, práticos, estudiosos) produziram um grande número de variantes naquele grande livro que são os direitos romanos da história da Europa e da América. E também porque a economia e a sociedade contemporânea, em tantos setores, produzem em extrema velocidade relações que dificilmente são, não digo subsumíveis a categorias dogmáticas “romanistas”, mas nem mesmo governáveis por meio de instrumentos hermenêuticos que provenham da tradição. Além dessas estradas, plenamente legítimas se percorridas com rigor, há outra (e retorno à sensibilidade própria do romanista): outros desafios de compreensão chegam a nós pela filosofia e pela ciência política.

O ordenamento do Estado (por como formado a partir do início da idade moderna) deve muito, sob o ponto de vista da sua construção, mas também da sua ideologia, a releituras, a reelaborações, a compreensões e a incompreensões da estrutura e do funcionamento da *res publica*, do império de Roma. Se um dos *pamphlets* políticos de maior sucesso dos últimos anos (*Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, de Hardt e Negri⁴⁷) utiliza a ideia romana de *imperium*, transpondo-a ao contemporâneo para extrair a sua natureza (os autores o destacam) jurídica da política internacional mais recente. Se um livro recentíssimo de um filósofo creditado sob o “estado de exceção” como moderno normal paradigma de governo deve recorrer aos conceitos de *auctoritas* e *potestas*, deve afrontar o problema histórico de *tumultus* e *iustitium* como arquétipos jurídicos da condição do Ocidente depois do 11 de setembro de 2001,⁴⁸ parece-me que sob estes termos (que devem ser também, ainda, os nossos temas) existam espaços para um novo diálogo, e importante, entre historiadores, filósofos, juristas, politólogos. Tendo grande consideração sobre o quanto a nossa ciência soube produzir neste campo (e fazendo naturalmente recurso também às importantíssimas, profundas, esquematizações mommsenianas, que devem

permanecer o ponto de partida para uma reflexão jurídica sobre estes problemas), é preciso repropor, com força e convicção, a história da constituição romana como tarefa específica do romanista contemporâneo para ler o presente. A presença influente aqui entre nós de um mestre como o professor Norberto Rinaldi, discípulo de Lapieza Elli, autor de estudos de direito público romano notórios e exemplares também pelos ensinamentos nesta direção, conforta-me ao propor essas reflexões.

6.4 | **HUMANITAS DO DIREITO**

O conhecimento crítico que nos chega pelo adestramento a entender como históricos os fenômenos (os problemas) jurídicos nos deixa advertidos a respeito de um ponto central do pensamento e da prática do direito contemporâneo. Trata-se de um ponto (frequentemente delicado) entre as afirmações retóricas e o real empenho para a afirmação dos fundamentos jurídicos válidos para todos os homens e todos os lugares. Nas sociedades contemporâneas que se definem democráticas, os direitos do homem são estabelecidos com força dos seus próprios princípios e com uma complexidade que deriva da significativa variedade dos seus conteúdos.⁴⁹ Em nível supranacional ou internacional, sempre mais os Estados encontram-se, pelo menos em linha de princípios, coesos no enunciar regras, fazer declarações que preveem se não outro *standard* mínimo de respeito a tais direitos geralmente partilhados, os quais iniciam e assumem real relevância jurídica sobretudo quando os próprios Estados aceitam renunciar a uma parte de sua soberania e a garantir suporte à possibilidade de recorrer a um juiz independente em caso de violação de tais direitos. Em tal sentido, a Carta de Nice coloca-se como importante momento de um novo fortalecimento dos vínculos entre os Países da União Europeia, na ocasião das revisões dos Tratados constitutivos.⁵⁰

Mas para afirmar com uma força sempre maior a centralidade dos direitos humanos, a necessidade de difundir-los em nível da “justiciabilidade” e não apenas dos proclames retóricos, deve-se repensar os seus fundamentos, reviver a sua difícil atuação, solicitar o seu respeito. Renovar, talvez, até mesmo em tal perspectiva, a proposta tradicional do direito. Por séculos ligado à segurança do sistema, o jurista quase sempre propôs uma leitura

do mundo congruente com tal posição, que pode ser chamada endossistêmica, às vezes isolada. E isso vale naturalmente para os ordenamentos mais estreitamente positivistas,⁵¹ mas também para aqueles jusnaturalistas, muito frequentemente orientados a inserir o direito em ordenamentos meta-humanos.⁵² A *ars iuris* alcançava assim os mais altos cumes no refinado contraponto de cânones e regras, mas perdia de vista a sua última finalidade prática: a realização completa da *condictio humana*.

Hoje a interpretação, não apenas das normas, mas do direito no seu complexo, do direito na relação com o fato (com os fatos, que constroem a realidade), deve encontrar pontos de orientação diversos. Deve evoluir por meio de uma compreensão mais participativa da sociedade da qual o direito é produto e sobre a qual, ao mesmo tempo, incide profundamente. A interpretação, que constitui o centro da atividade jurídica,⁵³ deve se tornar funcional ao homem, ou, melhor, “humana”. Precisa haver a coragem de se reorientar neste sentido com decisão, a ação prática de todos aqueles que trabalham no (e sobre o) “jurídico”, desde os momentos muito relevantes da formação universitária. Para produzir e interpretar um direito que, abandonadas as esferas da pura especulação, saiba ser vizinho às reais exigências do homem do terceiro milênio.

O primeiro dever de quem cria, aplica, ensina, interpreta o direito é aquele de refletir sobre os seus fundamentos, sobre a centralidade do homem em relação às leis, que devem ser produzidas com a finalidade de garantir e exaltar a pessoa humana na sua complexidade e em um mundo no qual se encontram cada vez mais as culturas diversas.⁵⁴

No grande tesouro da jurisprudência romana, no qual, como foi dito, estão as raízes do direito ocidental,⁵⁵ também sobre este problema central da modernidade reencontramos uma abertura, uma indicação de método que não deve ser ignorada. “Todo o direito (*omne ius*) é constituído em razão dos homens: *hominum causa constitutum est*”, advertia Hermogeniano em um texto não por acaso transmitido a nós por Justiniano nos *Digesta*.⁵⁶ A centralidade constitutiva do homem impõe tratar como “princípio”, como realidade mais importante,⁵⁷ os estatutos das pessoas: os pressupostos, isto é, das esferas de capacidade,⁵⁸ de uma série aberta de poderes e deveres, de faculdades, de obrigações que colocam o homem

enquanto tal no centro do ordenamento. São eles que dimensionam o direito, proporção das relações com os outros homens e com as coisas.⁵⁹ A humanidade do direito e, portanto, também a humanização da prática jurídica, da qual a sociedade hoje tem particular necessidade, assinala a estrada para a atuação dos direitos humanos, para a realização do direito verdadeiro.

A *humanitas* como palavra e como conceito é criação autônoma dos Romanos.⁶⁰ O singular valor da pessoa humana – foi escrito – “obriga a homem a construir a própria personalidade, a educar-se, mas também a respeitar e favorecer o desenvolvimento das personalidades alheias”. A ideia nasceu e se desenvolveu na média república, quando Roma se abria para o mundo e para a cultura grega, superando (especialmente sob o ponto de vista jurídico) os seus primitivos formalismos.⁶¹ Impregnando todo o direito e a vida jurídica romana daquele tempo em diante, em modo “abrangente e profundo”, no direito de família, no direito e processo penal, até (sobretudo na idade imperial) em matéria de escravidão; constituindo um ponto cardeal da grande transformação centralizada na *aequitas*, que caracterizou a jurisdição pretória e, portanto, a formação do *ius honorarium*.⁶² O espaço concedido ao homem, às suas verdadeiras necessidades, tornou-se sempre mais amplo na nova visão do direito a partir do século III a.C. Desligou-se a aplicação do *ius* da *subtilitas veterum*,⁶³ para orientá-lo sobre uma nova *iustitia*.⁶⁴ Estabelecendo as bases para a afirmação dos *praecepta iuris*, que ainda hoje devem caracterizar a convivência entre os homens: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.⁶⁵

Daquela tempérie foi intérprete de grande sensibilidade Terêncio. As suas comédias, nascidas em ambiente culto e refinado, destinadas ao estudo do homem, não eram adaptadas à multidão, e foi difícil conduzir o público romano a aceitá-las. Não houve sucesso, mas este poeta, que revolucionou a poesia cênica latina, deixou como poucos o sinal da passagem do velho ao novo.⁶⁶ Também no que tange ao direito.⁶⁷ O seu Cremes, que “recebe” o ensinamento do *summum ius summast malitia*⁶⁸ – talvez a maior *Faszination*⁶⁹ que nos deriva do mundo jurídico de Roma, certamente com relação à superação do *ius civile* por parte do *ius honorarium* –, é o mesmo personagem que pronuncia a conhecida frase *homo sum: humani nil a me alieno puto*.⁷⁰ São os sinais, parece-me, do novo enraizamento do direito

sobre o homem. Da humanidade do direito de Roma, agora desvinculada do excessivo mais antigo formalismo.⁷¹

Se uma das nossas tarefas é a circulação das ideias e dos valores, afastando-nos de qualquer superioridade eurocêntrica, devemos compreender e transmitir o conhecimento de que *aequitas* e *humanitas*, equidade e humanidade, são categorias jurídicas de grande profundidade. Historicamente recebidas na cultura que em liberdade se reconhece na comum matriz romanística e nos “valores comuns do Ocidente”.⁷² Estes determinam a diferença entre as sociedades que participam da civilidade do direito e aquelas repressivas, nas quais – para usar as palavras de Adorno, adaptadas por Alberto Filippi à experiência histórica da América Latina – “o conceito mesmo de homem é a paródia da igualdade de tudo aquilo que é feito à imagem de Deus”.⁷³

Certo, se observamos a realidade, o quotidiano, também em culturas jurídicas de elevado nível, podemos notar que às vezes ainda *Gewalt und Grausamkeit* estão a serviço do “direito”. Isso, porém, não deve significar, nunca mais, inclinações deste último à dureza, à iniquidade, à ausência de humanidade: é preciso desmascarar qualquer ordenamento, qualquer “direito”, que não coloque o homem no centro da sua escala de valores. Recuperar *aequitas* e *humanitas* contra qualquer barbárie. Construir um direito que seja sempre mais equânime e mais humano, para que possa servir ao homem, no sulco profundo da nossa alta tradição jurídica comum, que nos mostra como o direito pode e deve ser posto a serviço da humanidade e do humanismo.⁷⁴

Para que isso ocorra (repito aqui palavras muito belas e informadas, a serem em grande parte compartilhadas, ainda que na sua impositação unilateral, de um estudioso para o qual muito deve a romanística contemporânea⁷⁵),

é necessária uma forte tensão moral, uma vigilante atenção às responsabilidades próprias e alheias... Aqui é a parte de empenho civil de cada um de nós, tanto mais devido quanto, em razão dos eventos humanos, tenhamos recebido uma posição que, se não se acompanha por um forte senso de responsabilidade, não poderia não parecer de

privilégio. Os juristas romanos nos fornecem como referência um modelo... Se nós continuamos a estudá-los também pelo valor daquele modelo, devemos, porém, ter a segura convicção de que a concreta aplicabilidade de uma transformação depende sobretudo de nós, de cada um de nós. Não se deve nunca esquecer, nunca cansar de se recordar, para si e para os outros, de que o direito é [e também: digo eu⁷⁶] expressão social e última da eticidade pessoal. Sem esta não há muita esperança.

NOTAS

* Omitidas as palavras introdutórias e com o acréscimo de notas essenciais, é o esboço da *lectio doctoralis* realizada em 16 de março de 2004 no *Salón Rojo* da *Universidad de Buenos Aires*, na ocasião do recebimento do doutorado *honoris causa* por parte da Faculdade Jurídica. É destinada, com fraterno afeto, aos *Hommages* a Monique Clavel- Lévêque, a primeira que ousou pronunciar, para mim, em Besançon, em 1991, uma *laudatio*. Sobre alguns dos argumentos tratados, já me dediquei em escritos anteriores: encontram-se elementos de enquadramento histórico e jurídico, posterior reenvio às fontes, indicações bibliográficas aqui omitidas: *La nascita della scienza moderna in Europa*, in *Au-delà des frontières. Mélanges*, W. Wolodkiewicz, Auctoritas, traditio, veritas, I, Varsóvia, 2000, p. 457 ss.; *Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in *Quaestiones iuris. Festschrift J.G. Wolf*, Ius europeum commune, Berlim, 2000, p. 151 ss. (= *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Nápoles, 1999, p. 1 ss.); ‘Tradere’. *Evoluzione sociale e mutamenti giuridici nella circolazione dei beni dall’età arcaica alla fine della repubblica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo I*, Nápoles, 1997, p. 403 ss. (= *Evolución social y cambios jurídicos en la circulación de los bienes desde la edad arcaica al final de la República*, in *Seminarios Complutenses 9-10, 1997-1998*, p. 321 ss. = *Matrici romanistiche*, cit., p. 51 ss.); *Diritti dell’uomo, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift Th. Mayer-Marly*, Colônia, 2002, p. 379 ss.; *Storia della costituzione romana, “pandettismi” e cultura giuridica europea: brevi riflessioni sull’odierna scienza romanistica*, in *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona 2006, p. 557 ss. *Vetustas, traditio, libertas, fides, humanistas*, in *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di Pontificato*, Roma-Cidade do Vaticano, 2003, p. 470 s. Agradeço vivamente pela preciosa ajuda do professor Cosimo Cascione.

1 *Relazioni universali*, parte IV, 1. 2.

2 B. VARCHI, *Lezioni sul Dante e prose varie*, I, Firenze, 1841, p. 145.

3 Cfr. C. ALLÈGRE, *La sconfitta di Platone. La scienza del XX secolo*, tr. it., Roma, 1998, p. 262 s.

4 P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, Roma-Bari, 1997, p. 24.

5 P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, cit., p. 75.

6 J. LE GOFF, *Prefazione*, in P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, cit., p. VII.

7 F. CHABOD, *Scritti sul Rinascimento*, Turim, 1967, p. 107.

8 F. CHABOD, *Scritti sul Rinascimento*, cit., p. 107.

9 Para uma introdução ao problema histórico, vide A. GARCÍA-GALLO, *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América Española 1492-1824*, in *Index* 6, 1976, p. 3 ss.; mais ampla, aprofundada e crítica a reconstrução etnopolítica em A. FILIPPI, *Dalle Indias all'America Latina. Saggi sulle concezioni politiche delle istituzioni euroamericane*, Camerino, 1999, p. 1 ss.

10 A. FILIPPI, *Dalle Indias all'America Latina*, cit., p. XIX.

11 Vide, por último, o preciso trabalho de M. ROSTI, *Il contributo di Vélez Sársfield al diritto dell'Argentina indipendente*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 33/2, 2003, p. 465 ss.

12 *Osservazioni sul romanesimo di Vélez Sársfield*, in S. SCHIPANI (COORD.), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1991, p. 7.

13 Cfr. em especial modo O. BEHREND, *Le codificazioni romanistiche e le costituzioni moderne (sull'importanza costituzionale del diritto romano)*, in *Dalmacio Vélez Sársfield*, cit. p. 195 ss.

14 Cfr. os estudos de C. CASCIONE, I. A. GARCÍA NETTO, C. MASI DORIA, F. MERCOGLIANO e N. RINALDI para as apresentações do volume especial de *Index* 31, 2003 (Índice dos volumes 1-30, 1970-2002), realizado no *Salón Rojo* da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires em 16 de março de 2004.

15 *Index* 4, 1973: “Diritto romano e Università dell'America Latina”. Investigaçã dirigida por Pierangelo Catalano com o patrocínio do Instituto Ítalo-Latino-americano, publicado – como os outros volumes desde o 13, pelas Edizioni Scientifiche Italiane – foi agora reimpresso pela atual editora, Jovene, Napoli, “con ocasión del doctorado *honoris causa* en derecho, otorgado al Director de *Index* Prof. Dr. Luigi Labruna por parte de la Universidad de Buenos Aires el 16 de marzo del 2004”.

16 Fundada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Camerino, com um explícito programa enunciado no primeiro Redazionale (Index), por mim assinado, e na *Nota por Index* de P. CATALANO, respectivamente nas p. IX s. e XI do v. 1 (1970): cfr. C. MASI, art., cit.

17 Mencionado entre os membro do “Comitê executivo” do “Grupo de pesquisa” já no verso da capa de *Index 5* (1974/75) significativamente intitulado “Giuseppe Grosso conosco”.

18 Mencionado entre os membros daquilo que se tornou o “Comitê diretivo” do “Grupo” a partir do v. 15, 1987. De tal organismo, quem escreve julgou, no meio tempo, dever sair, mesmo mantendo a direção da revista, a partir do v. 15, 1987, tendo assumido os ofícios de presidente do Comitato Nazionale per le Scienze giuridiche e politiche del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) e, depois, desde 1999, de presidente do Consiglio Universitario Nazionale.

19 À sua memória, dedicamos o *Index 14*, 1986, com uma comovente evocação de P. CATALANO, *Angel Lapieza Elli, 1922-1984*, p. XIII ss.

20 “Respondendo à primeira investigação sobre o ensino da nossa disciplina na América Latina”: P. CATALANO, art. ult., cit., p. XIII.

21 “Estrutura organizativa graças à qual a atividade do Grupo pode se desenvolver com adequação à realidade latino-americana”: P. CATALANO, *Angel Lapieza Elli*, cit. Cfr. A Lapieza Elli, *Palabras en la inauguración del Centro de Investigación, Documentación y Difusión del Derecho Romano, Buenos Aires, 27 de marzo de 1974*, in *Index 6*, 1976, p. 206 ss.

22 Cfr., P. CATALANO, *Index 6*, 1976, p. IX s.

23 E publicada no *Nuovi Quaderni italiani* 8, 1982, p. 131 ss.; v. P. CATALANO, *Angel Lapieza Elli*, cit., p. XIV s.

24 Cfr. P. FREZZA, *Lettera in occasione del “Primer congreso Latinoamericano de Derecho Romano” (Buenos Aires, 27 luglio-1 agosto 1976)*, in *Index 6*, 1976, p. 82: “Aceitar uma linguagem técnica como própria quer dizer revestir o próprio pensamento com uma já sólida estrutura constituída na área de um outro pensamento... Assim, pode-se falar de obrigações, de sucessões, de servidão, de usufruto, adoção, emancipação e assim por diante... Mas eu gostaria de colocar em evidência o outro aspecto do fenômeno da difusão do direito romano que se revela a quem considera o direito romano não mais apenas

como linguagem técnica, mas como *aequitas constituta*, para usar a palavra dos nossos antigos mestres: ou seja, como sistema de relações que possuem uma ordem estrutural típica: mais brevemente, como sistema de instituições”.

25 Como mais de uma vez foi colocado em evidência por PIERANGELO CATALANO justamente nas páginas de *Index*: particularmente significativa a nota *Diritto e storia*, no v. 6, 1976, p. 1 s., cfr. ID., *Il diritto romano attuale dell’America Latina*, p. 87 ss.

26 Sobre o qual *vide* ao menos S. SCHIPANI, *Nota*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1/1996, p. IX ss.; P. CATALANO, *Principios romanos 30 años después (de México 1972 a Cuba 2002)*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 14/2002, p. 3 ss.

27 “Principia iuris. Potissima pars principium est”. *Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto*, in *Nozione e interpretazione del diritto... Ricerche* F. GALLO III, Nápoles, 1997, p. 631 ss., espec. p. 633 (= em versão espanhola reduzida in *Roma e America. Diritto romano comune*, 3/1997, p. 3 ss.).

28 Cfr. S. SCHIPANI, “Principia iuris. Potissima pars principium est”, cit., p. 659 ss. (com ulterior literatura).

29 Sobre isso, *amplius* in L. LABRUNA, *Tradere ed altri studi*, com um ensaio de O. BEHRENDTS sobre *Iusta causa traditionis*, Nápoles, 1998, p. 1 ss.

30 Assim, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoles, 1960, p. 203.

31 Cit. *infra* na nota 36.

32 *Vide* V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit.

33 *Inst.* 2.66.

34 Gai 2.66 ss.

35 Importantes reflexões em M. KASER, *Ius gentium*, Colônia – Weimar – Viena, 1993, p. 98 ss., sobre o qual A. BURDESE, in *SDHI* 59, 1993, espec. p. 370 ss.

36 Eficaz, assim L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. it. de V. Pouchain e A. Scialoja, Turim, 1913, p. 63.

37 Cfr. V. PIANO MORTARI, *L'argumentum ad auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, agora in *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Nápoles, 1976, p. 75 ss.

38 Cfr. E. PANOFSKY, *Architettura gotica e filosofia scolastica*, trad. it. Nápoles, 1986, p. 36 ss.

39 Vide L. RUSSO, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna*, Milão, 1997.

40 Notou-o G. GIORELLO, *Scienza. Ecco gli uomini che sanno tutto*, in *Corriere della sera* de 26/9/98, p. 33.

41 Cfr. a antologia de ensaios *La tradizione nella scienza*, trad. it., Milão, 1982.

42 Vide V. FOA, *Passaggi*, Turim, 2000.

43 *El régimen de los contratos en el derecho romano. Perspectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latinoamericana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 7/1999, p. 61 ss.

44 *Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 13/2002, p. 53 ss.

45 Um seu breve ensaio, sobre um argumento porém muito importante, foi realizado (por exemplo, para ainda recordá-lo) por Á. E. LAPIEZA ELLI, *Reflexiones sobre la 'abrogatio' de M. Octavio*, in *Index*, 7, 1977, p. 163 ss.

46 Em segunda edição: v. I-VI, Nápoles, 1972-1990.

47 *Empire*, Harvard, 2000; trad. it., Milão, 2002.

48 G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione. Homo sacer*, II, 1, Turim, 2003.

49 Sobre os direitos humanos, A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994; sobre os seus fundamentos precipuamente históricos: N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Riv. intenaz. di filos. del dir.* 42, 1965, p. 319 ss. (= *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bolonha, 1979, 119 ss.).

50 O Tratado foi publicado em GUCE C80, de 10/03/2001.

51 Para alguns temas que se desenvolverão em seguida, *vide* V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, ora se conferir com a crítica de P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milão, 2000, 44, p. 140 ss.

52 *Vide* o belo perfil histórico de H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milão, 1965.

53 Recorde-se o ensinamento de Pompônio (*l. s. ench.*) D.1.2.2.12 a propósito do *ius (civile)* “quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit”, com as observações importantes sobre “*Ius controversum* e sistema de direito atual” de M. TALAMANCA, *Il Corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, já in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, p. 771 ss., ora in AA.VV., *Strutture e forme di tutela contrattuali*, organizado por V. MANNINO, Padova, 2004, p. 1 ss., espec. 28 ss. Cfr. também, de recente, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria del diritto*, Roma-Bari, 1999.

54 A propósito do multiculturalismo jurídico, *vide* F. COSENTINO, *Multiculturalismo e diritto: verso una sintesi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 15/3, 1997, p. 547 ss.

55 Cfr. L. LABRUNA, *Ius europaeum commune*, cit., in *Quaestiones iuris. Festschrift J. G. Wolf*, Berlin, 2000, p. 151 ss. (= *Matrici romanistiche del diritto attuale*, Nápoles, 1999, p. 1 ss.).

56 D.1.5.2 (1 *iur. epit.*). Cfr. G. G. ARCHI, *I codici civili moderni e la tradizione romanistica*, in *Atti dei Convegni Lincei 106, Il Codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a F. Santoro Passarelli*, Roma, 1994, p. 25 ss., espec. 32.

57 Cfr. D.1.2.2.1 (Gai. 1 *as l. XII tab.*), sobre o qual F. P. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistica*, Nápoles, 1966, p. 9 ss. (= *Sententia legum tra antico e moderno I. Diritto romano*, Nápoles, 2000, p. 25 ss.).

58 Neste sentido, F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, 1966, reimp. com nota de atual. legislativa, 1989, p. 23.

59 *Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio*, assim Dante, *de monarchia*, II, p. 5.

60 Vide F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it. de V. Arangio-Ruiz, Florença, 1946, reimp. 1995, p. 164 ss. Sobre a formação da ideia: F. BECKMANN, *Humanitas. Ursprung und Idee*, Münster I. W., 1952.

61 Sobre o formalismo romano, em espécies negociais e com atenuações das opiniões transláticas, vide A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Turim, 1994.

62 Sobre a jurisdição pretória e o desenvolvimento do *ius honorarium*, vide A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Nápoles, 1998, p. 308 ss. Para a história da *aequitas* cfr. ID., *Equità (dir. rom.)*, in *NNDI*. VI, Turim, 1960, p. 619 ss. (= *Pagine di diritto romano* IV, Nápoles, 1994, p. 198 ss.).

63 Cfr. Gai. 4.30.

64 Daqui a conhecida paretimologia de Ulpiano, que abre os *Digesta*: D.1.1.1 pr. (1 *inst.*) ... *unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum*, e que funda genealogias conceituais não por acaso fixadas pelos Glosadores, cfr., por ex., a glosa acursiana *De iustitia* ad Inst. 1.1 pr.: *Que est mater iuris et ideo ad ea incipit*, ed. Torelli, Bononia, s.d. [mas 1939], col. 13.

65 D.1.1.10.1 (Ulp. 1 *reg.*).

66 Vide L. PERELLI, *Il teatro rivoluzionario di Terenzio*, Florença, 1973; para personagens e tramas “entre velho e novo”: G. CUPAIUOLO, *Terenzio teatro e società*, Nápoles, 1991, p. 9 ss.

67 Sobre os aspectos jurídicos das comédias de Terêncio, cfr. E. COSTA, *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio*, Bolonha, 1893, reimp. Roma, 1970, agora envelhecido no método e nos resultados.

68 Terent. *Heauton*. 795.

69 Termos e conceitos são de TH. MAYER-MALY, *Summum ius summa iniuria*, in *Index*, 27, 1999, p. 23.

70 *Heauton*. 877.

71 E talvez, nesta perspectiva, junto aos conhecidos versos do *Punitor de si mesmo*, é preciso ler uma brevíssima passagem dos *Adelphoe* (p. 802 ss.), em que à afirmação de Demea: *quando ego tuom non curo, ne cura meum*, responde Micião, personagem plenamente positivo (além das dúvidas que nasceram sobre a figura de Cremes), opondo-se incisivamente: *non aequom dicis, non*. Úteis discussões das passagens terencianas citadas em G. GARBARINO, *Roma e la filosofia greca dalle origini alla fine del II secolo a. C. II. Commento e Indici*, Turim, 1973, p. 573 ss. Sobre a *aequitas* na obra do poeta, indicações essenciais em F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, p. 507 s., nota 26.

72 G. ALPA, *I principi generali*, Milão, 1993, p. 73 ss.

73 *Minima moralia. Meditazione della vita offesa*, trad. it. Turim, 1994, 117 [§ 68]; cfr. A. FILIPPI, *Dalle Indias all'America Latina*, cit., p. 27.

74 Cfr. TH. MAYER-MALY, *Gedanken über das Recht*, Viena-Colônia-Graz, 1985, p. 17.

75 M. TALAMANCA, *Il Corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, cit., p. 33.

76 O esclarecimento em parênteses é meu.

7.

***SUIS LEGIBUS UTI*: FAZER USO DAS PRÓPRIAS LEIS**

Sandro Schipani

Tradução de Tomás Olcese

7.1. | As Índias da tradição ibérica, o Novo Mundo, a América do descobrimento, das utopias e da cartografia; enfim, a “nossa América”, a América Latina que, com essa última autodenominação, cunhada por patriotas latino-americanos (Francisco Bilbao, José María Torres Caicedo,¹ José Ignacio Diego Portales²), se manifesta de modo unitário e específico, afirmando e defendendo a sua própria individualidade e autonomia.³ Essa manifestação é característica de uma unidade inexistente antes da chegada de Cristóvão Colombo, a qual foi amadurecida entre expansões e rupturas, incompreensões e encontros. Sem dúvida, ela deve ao sistema de direito romano a atual unidade dos seus povos, bem como a *cidadania latino-americana* surgida a partir da independência portadora da *libertas* e cujo bicentenário estamos comemorando.⁴

O “bloco étnico-cultural romano-ibérico-pré-colombiano”⁵ configura, na sua dimensão jurídica, um “sistema jurídico latino-americano” pertencente ao sistema jurídico romanístico, reconhecido como tal pela doutrina latino-americana poucos anos depois da citada afirmativa da denominação “América Latina”.⁶ Um dos seus componentes, do ponto de vista jurídico, é formado pela contribuição das instituições indígenas de origem pré-colombiana. Quanto ao respeito por essas instituições, desde uma perspectiva sistêmica, o imperador Carlos V, com as suas conhecidas disposições acerca das *formas de vivir de los indios* que ressalvam os princípios da religião cristã (Rec. de Índias 2,1,4 e 5,2,22), renovou, jurídica e profeticamente, o princípio de *suis legibus uti*, o qual permanece vivo e vital, impulsionando a busca por uma concretização adaptada às circunstâncias.

7.2. | No sistema jurídico romanístico, o princípio de *suis legibus uti* encontra as suas raízes na época formativa do próprio sistema e na sua própria fundação. De fato, o princípio encontra-se formulado e celebrado no famoso

reconhecimento da liberdade dos gregos pelo cônsul Tito Quinto Flamínio após a sua vitória sobre os macedônios.⁷ A seguir, ele é afirmado no edito de Quinto Múcio Cévola para a província da Ásia.⁸ Mais tarde, ele é lembrado pelo César para a Gália⁹ e pelo Cícero em relação à Sicília,¹⁰ dentre outros.¹¹ Ele está presente em épocas anteriores ao longo do sistema desenvolvido pela rede de *foedera* que Roma conclui com outros povos e cidades que, por não terem sido anexados ao território romano, mantêm os seus ordenamentos jurídicos integrados a um mosaico muito articulado e acompanham, mais tarde, o crescimento do sistema¹² até desembocar nas autonomias municipais.¹³

Esse princípio, no entanto, não é apenas um método pelo qual Roma toma consciência de outras cidades e povos, e sobre cuja concretização os fatores políticos e econômicos incidem posteriormente. Isso ocorre porque dito princípio nasce do próprio processo de individuação da *civitas* no âmbito dos *multa iura communia* dos diversos povos (Cic., *de Off.* 3,108) que já existiam antes mesmo da fundação da Roma, e entre os quais Roma reconhece estar inserida.

Mesmo quando, no processo de maturação dessa individuação da *civitas*, o jurista Pompônio associa o recurso às leis às suas origens e à iniciativa do fundador, Rômulo (D. 1,2,2,1), ele próprio sempre afirma que a *civitas* (o conjunto dos cidadãos, a cidade) *legibus fundaretur* com as Leis das XII Tábuas, ou seja, a cidade encontra, com as leis, a sua “fundação” (D. 1,2,2,4). Essa fundação com as XII Tábuas é expressão de um momento nas lutas políticas para *aequare libertatem* entre as duas ordens em torno das quais se articulava o povo, a patrícia e a plebeia (Liv. 3,31,7),¹⁴ bem como entre os indivíduos, mediante a vedação ao estabelecimento de *privilegia* (XII Tav. IX,1). Todas as leis são expressão da vontade do povo, e da tendência à igualdade a esta associada. Vinculam somente o povo que as votou; de fato, identificam-no. O povo é a sua lei. O costume também é considerado, pelo jurista Juliano, apenas outro método pelo qual o povo manifesta a sua vontade de estatuir leis, e essa opinião é acolhida nos códigos de Justiniano e dos seus juristas (D. 1,3,32).

Para o sistema de direito romano,¹⁵ o *ius* é distinto das leis. Evidentemente, o direito, radicado em *Iuppiter*, encontra nas leis sua fonte primária,

mas também é elaborado a partir de outra fonte, isto é, da obra autônoma dos juristas a par das leis (Gai. 1,7; I. 1,2,4; D. 1,1,7).¹⁶ O direito, portanto, é o resultado da busca do que seja *bonum et aequum* (D. 1,1,1pr.), daquilo que seja “mais equitativo e melhor” (Const. *Deo auct.* 6). Essa busca deve ser realizada com *peritia*, com *prudentia*, com *scientia* e com a consequente autoridade por parte dos seus cultores (cf., por exemplo, D. 1,2,2,49 *in fine*).

A obra desses cultores, além de ser desenvolvida autonomamente e não se basear em outra fonte de lei escrita (D. 1,2,2,5), também abarca as leis, que são fonte escrita, e as unifica (D. 1,2, 2,2), as comenta (D. 1,2,2,38), as sistematiza (D. 1,2,2, 39.41.43), as integra a uma unidade e as melhora (D. 1,2,2,13) por meio de um trabalho que vai ao encontro do seu labor enquanto fonte autônoma. Essas duas atividades tendem a articular-se em uma única unidade, e afirma-se que, em seu conjunto, seu trabalho funda e constitui o direito (D. 1,2,2, 39.41). Assim, apesar de possuir, enquanto ciência, uma dimensão estruturalmente válida para todos e estar disposta a considerar todos os homens, ele participa da individuação de um povo, de uma *civitas: ius civile*. Cícero define um povo como *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (*de Rep.* 1,39).

As leis e o *ius*, portanto, convergem no que diz respeito à individuação de um povo. Em conjunto, por serem expressão do *aequum* e por causa da vedação conexa que impede que alguém imponha a terceiros algo diverso daquilo que importaria a si mesmo (*venire contra factum proprium* – D. 2,2), eles abrem o caminho para o reconhecimento de outros povos como detentores das suas próprias leis e do seu próprio *ius*. Isso nos leva a considerar a presença simultânea de uma pluralidade de *civitates* e dos seus respectivos direitos (I. 1,2,2).

Tanto *Iuppiter*, ápice do *ius*, quanto a comunicação entre os povos e a obra dos juristas não permitem desconsiderar a existência de *multa iura communia*. Os juristas, justamente por causa do seu conhecimento, possuem os instrumentos fornecidos pela *peritia*, a *prudentia* e a *scientia*, com os quais também desenvolvem o direito comum a todos os povos: o *ius gentium* e/ou *ius naturale*, referente às esferas que a lei não parece ser capaz de atingir e que se caracteriza por surgir exclusivamente da *naturalis ratio* e/ou *natura* (Gai. 1,1; I. 1,2 pr.-2).

No que diz respeito à sua função individualizante de um povo, a relação entre lei e *ius* é dinâmica, tal como ocorre com a relação entre eles e o *ius* comum a todos os povos.

Assim, por exemplo, as leis internas da *civitas* relativas ao mesmo povo que as votou contêm, por vezes, uma limitação originária que as impede de alterar o *ius*. Esse limite está destinado a ser superado (*Tit. ex corpore Ulp.* 1,2), ressalvado o princípio segundo o qual “caso seja proposta alguma coisa que de acordo com o direito não se devia propor, tenha-se como não proposta” (*Cic., pro Caec.* 33,95).

Outro exemplo é a possibilidade de a autonomia normativa municipal incorporar o *ius civile*, tornando-o próprio voluntariamente,¹⁷ ou de que possam configurar-se duplas cidadanias¹⁸ etc.

Ainda se podem citar, a título de exemplo, algumas coisas mais valiosas cuja transferência a estrangeiros, em épocas mais remotas, o direito civil tinha se preocupado em impedir, pois quem não fosse cidadão romano não podia realizar os atos destinados a esse fim (refiro-me à circulação das *res mancipi*). Contudo, o direito das gentes elaborou a compra e venda de tal modo que, em contraste com o direito civil, esse limite foi superado e o pretor, posteriormente, confirmou essa superação.

Mais um exemplo é fornecido por Ulpiano, quem enfatiza que “o direito civil é aquele que não se afasta completamente do direito natural nem do direito das gentes, nem o observa em todas as coisas” (*D.* 1,2,6pr.). É bem conhecida a divergência em relação aos homens “na medida em que, de acordo com o direito natural, todos nasceriam livres...; porém a escravidão se difundiu de acordo com o direito das gentes... e apesar de todos os seres humanos serem designados pela única e natural denominação de ‘homens’, de acordo com o direito das gentes eles passaram a ser ‘classificados’ em três gêneros” (*D.* 1,1,4).

Também, a título de exemplo, cabe mencionar as leis de um povo que, conforme mencionado acima, vigoram apenas para esse povo. No entanto, por vezes, devem ser respeitadas mesmo fora do âmbito dos indivíduos considerados membros da *civitas*, isto é, por parte de estrangeiros e outros povos que não as votaram. Tal hipótese ocorreria quando a inobservância dessas leis por parte desses não cidadãos resultasse no descumprimento e

substancial esvaziamento dessas mesmas leis para o próprio povo que as promulgou, bem como (suponho que fique evidente na situação concreta sob exame, mesmo que não seja explicitado) na hipótese de essas leis tutelarem bens essenciais aos homens. A vigência das leis, portanto, às vezes pode ser ampliada, e elas podem ser consideradas vigentes em relação a todos os povos, o que leva a crer que elas, às vezes, identificam normas comuns a todos (Livio 35,7,2-5).¹⁹

Outro exemplo é o direito próprio de um povo que incorpora um princípio desenvolvido pelo ordenamento jurídico de outro povo, como no caso da vedação à condenação *inaudita altera parte*.²⁰

Dessa forma, o sistema de direito romano, na sua época formativa, representa os elementos essenciais de uma pluralidade de formações sociais, de povos, que culminam numa totalidade (*omnes populi*) e convivem em um único sistema, cada um dos quais se caracteriza por fazer uso das suas próprias leis (*suis legibus uti*) e por ter seu próprio *ius civile*, bem como por ter identificado, no *ius* e/ou por meio das *leges*, princípios e instituições comuns destinados a ser salvaguardados perante a afirmação da sua própria particularidade. Portanto, também representam os elementos essenciais dos potenciais grandes conflitos teóricos e práticos que surgem tanto das relações dentro de uma *civitas* como das suas relações com as demais *civitates*, dentro de um contexto vinculado à existência fundacional de *multa iura communia* e ao desenvolvimento de um direito comum que elabora diversas combinações e facetas sem perder de vista os seus fundamentos.

O sistema apresenta, paralelamente, uma referência aos homens, no plural, como fim e medida de todo o direito (D. 1,5,2). Ele é impelido pela busca do *bonum et aequum* dirigido aos próprios homens, uma busca que se encontra estruturalmente relacionada à vedação constante no brocardo *venire contra factum proprium*, e ao referir-se a si mesmos na igualação do seu *bonum* com o dos outros também adquire a determinação e a concretude necessárias para orientar a construção de uma *consonantia* mais ampla (Const. Imperatoriam 2) a despeito da constante mudança das circunstâncias.

7.3. | O sistema de direito romano, por meio das fecundas reelaborações da Escola de Bolonha, cujas *Siete Partidas* são certamente um fruto original e

valioso na Península Ibérica, bem como da *Universidad de Salamanca*, abarca e unifica²¹ a América que se chamará Latina, conforme apontado inicialmente.

Com a independência, a prevalência, na maioria dos países após as primeiras décadas do século XIX, de um componente da revolução independentista que dirigia (excessivamente) seu olhar à Europa e de lá queria importar modelos de forma acrítica,²² distorceu o sentido mais profundo do objetivo da própria independência e da codificação que se seguiu, que era *aequare libertatem*. Perdeu, assim, parte do significado profundo, radicado na igualdade, que se compromete com a tutela tanto da igualdade concreta dos outros povos quanto da própria.

É verdade que a tensão apontada leva ao amadurecimento, nos códigos civis, de uma grande conquista: a equiparação do cidadão com o estrangeiro em relação ao gozo dos direitos tutelados por esses mesmos códigos.²³ Teixeira de Freitas tem explicado a questão com a maior precisão:

A diferença entre estrangeiros e cidadãos [em Roma] foi sucessivamente desaparecendo, houveram graus intermediários, até que foi abolida (L. 17 Dig. *De statu hom.*). Tendo cessado essa diferença, cessou a diferença entre o *ius civile* e *ius gentium*, os quais se identificarão... cessou a diferença entre cidadãos e estrangeiros, na arena do Direito Civil e, portanto, já não existe mais a capacidade restrita dos estrangeiros.²⁴

A referida equiparação é adotada na maior parte dos Códigos Civis da América Latina (como é sabido, na Europa é o Código Civil italiano de 1865 que, no art. 3º, adota a mesma formulação).²⁵ A mesma tensão inspirou a abolição da escravatura, que se depara com a resistência que muitas vezes atrasa a plena realização dessa equiparação, fato que se reflete na codificação (assim, por exemplo, o Código Civil peruano de 1852). Igual tendência leva à revogação das normas, típicas do direito indigenista, que diferenciam a situação jurídica dos *indios* e implicam formas de tutela cuja eliminação não inclui sua substituição por outras formas de garantia de sua diversidade e da sua externalidade em relação ao direito que fora codificado.²⁶

Assim, a própria função equalizadora dos códigos ficou atrofiada ao se converter em instrumento de revogação de cada elemento das tentativas anteriores (frequentemente mal executadas) de respeitar as diferentes dimensões da observância dos “costumes e formas de vida” de origem pré-colombiana, ou foi, de qualquer forma, incapaz de imaginar e buscar formas de participar delas.

Restaram os municípios.²⁷ Também restaram, confusas como fatos puros, quase incorporadas à terra, certas instituições de origem pré-colombiana.²⁸ Restou o princípio sistêmico de *suis legibus uti*, a ser concretizado em todas as suas potencialidades.

7.4. | Por ocasião da primeira reflexão científica coletiva acerca do novo Código Civil peruano de 1984, julguei conveniente acolher, em um nível de elevada abstração e amplo alcance, portanto, como resultado de um longo percurso já concluído, um entendimento diverso.²⁹

Durante os anos em que foi aprovado o Código Civil brasileiro de 1917, surgiu de forma bastante evidente, embora parcialmente indireta num primeiro momento e mesmo posteriormente, uma importante mudança para os Códigos Civis. A nova Constituição do México de 1917, após a Revolução iniciada em 1910, logo interveio de forma consistente em matérias que antes fora própria do Código Civil. Ou seja, as normas constitucionais então introduzidas revelaram-se muito mais atentas aos problemas sociais e às diversas realidades étnico-culturais do país, questões que posteriormente passaram a ser reguladas por outras leis (assim, por exemplo, a Constituição de 1917 dedica o Título I, art. 5º, bem como o Título VI, art. 123, i-xxxi, ao trabalho e à tutela social do trabalhador; estabelecem-se também, no art. 3º, diretrizes na área da educação; o art. 27 dispõe sobre a posse e o uso da terra e da água por parte dos “núcleos populacionais que, de fato ou de direito, mantenham o estado de comunidade ‘que’ terão a capacidade de desfrutar em comum as terras”, bem como sobre a proteção da “pequena propriedade agrícola”, dentre outros). Essa mudança trouxe a necessidade de atualizar o Código Civil e, em 1926, foi formada uma comissão para redigir o novo Código Civil do Distrito Federal, que foi apresentado em 1928 e promulgado em 30 de julho de 1928, entrando

em vigor em 29 de agosto de 1932. A redação da maior parte dos artigos e da estrutura formal do código não sofreu alterações significativas, mas algumas normas foram adaptadas ao novo contexto “social”. As normas relativas aos *éjidos*, por exemplo, permaneceram predominantemente externas, mas já se encontravam presentes.

No Peru, a Constituição de 1920 reconheceu as comunidades de indígenas e a imprescritibilidade do direito destas às suas terras. A Constituição de 1933 dedicou todo um título às comunidades de indígenas e dispôs programaticamente uma legislação especial. Outras transformações da sociedade também impulsionaram o lançamento de um novo projeto de Código Civil: o Código Civil peruano de 1936, que também inclui um título (art. 70 e ss.) referente às comunidades de indígenas, declarando-as subordinadas à Constituição e reafirmando a necessidade de uma legislação especial. Assim, inicia-se a busca de instrumentos, incorporados à legislação, adequados à busca de uma igualdade entre os cidadãos que não seja uma mera declaração, mas que também seja construída por meio das diversidades normativas.

A Bolívia promulgou uma nova constituição em 1947. O art. 168 dessa Constituição e a Lei de Reforma Agrária de 1953-1956 marcam uma mudança. Outra alteração ocorre na Constituição de 1967 e, alguns anos mais tarde, no seu Código Civil. Esta última Constituição, em quando comparada à Constituição do México, representa uma evolução dos métodos de transformação nos planos social e cultural, bem como do reconhecimento de regimes jurídicos específicos para os *pueblos* indígenas bolivianos e para a terra. Na redação do Código Civil boliviano de 1976, a previsão de uma legislação especial para as comunidades *campesinas* (art. 72), que encontra antecedentes nas leis contrastantes de 1831, 1871, 1874 e 1880, estabiliza-se (o caráter multiétnico e pluricultural é mencionado como elemento caracterizador da República na Constituição de 2004, art. 1º).

No Paraguai, apesar do contexto sociocultural atual, no qual a adoção oficial de duas línguas, o espanhol e o guarani, pode considerar-se emblemática, também foi aprovada uma legislação especial para as comunidades indígenas (Lei n. 904, de 1981), e a Constituição de 1992, no art. 62, reconhece que ditas comunidades têm o direito, ressalvados os direitos fundamentais,

de aplicar seu próprio direito consuetudinário e, conseqüentemente, derrogar o Código Civil.

No Peru, também a Constituição de 1979 reconhece, no art. 161 e ss., a comunidade de *campesinas y nativas*. Da mesma forma, a Constituição de 1993 reconhece uma jurisdição específica às autoridades dessas comunidades, as quais aplicam nos seus respectivos territórios um direito consuetudinário, ressalvados os direitos fundamentais, mas com a conseqüente derrogação das normas do Código Civil.

Conforme apontado no início desta seção, o Código Civil peruano de 1984 identifica alguns princípios que “inspiram o direito do país” (Título Preliminar, art. VIII). Por um lado, a referência aos “princípios gerais de direito”, em regra presente nos Códigos Civis da América Latina, constitui clara evidência da permanente imersão desses códigos no sistema do direito romano do qual são extraídos e os erige em “códigos da apropriação do direito romano e da independência”, o que não prejudica o princípio de *suis legibus uti* e a sua relevância senão que, ao contrário, o reforça. Por outro lado, a referência a princípios que “inspiram o direito peruano” explicita o reconhecimento da especificidade do sistema jurídico latino-americano que inspira, precisamente, os ordenamentos das repúblicas do continente no âmbito do sistema jurídico romanístico e o reconhecimento dos conteúdos dessa especificidade.³⁰ Essa leitura do artigo citado e esse reconhecimento explícito do sistema latino-americano, da generalidade à qual pertence e da sua identidade e especificidade, se confirmam na proposta de alteração desse artigo feita por M. Rubio Correa, que o reformularia como um retorno aos “principios generales del derecho, particularmente los del derecho latinoamericano” e que posteriormente propõe “los principios y la costumbre orientan la interpretación que el juez hace de la legislación. // Cuando no se pudiera haber aplicado el art. 149 de la Constitución a las partes y sus territorios, los jueces aplicarán sus costumbres de dichas partes, siempre que con ello no se violen los derechos fundamentales, y que se guarde la conformidad con los principios del derecho latinoamericano”.³¹

Por isso, essas particularidades exigem a adequação de tais princípios ao âmbito concreto do continente e do seu sistema. Nem todos os subsistemas

incluídos no sistema jurídico romanístico possuem as mesmas particularidades, e acredito que as instituições indígenas pré-colombianas constituam uma das peculiaridades que qualificam o sistema latino-americano. Acredito que seja possível afirmar que a referência aos princípios que inspiram o direito peruano ou aos princípios do direito latino-americano constitua um espaço para o reconhecimento, por parte do Código Civil, da presença vital de instituições indígenas pré-colombianas dentro do próprio Código Civil, configurando um ponto de convergência para a recomposição do sistema.

Além disso, isso não ocorre exclusivamente por meio de textos normativos qualificados como códigos. Assim, na Argentina (Lei n. 23.302, de 1985, sobre a política indígena e o apoio às comunidades indígenas), no Chile (Lei n. 19.253, de 1993), na Colômbia (Lei n. 691, de 2001, que regula a participação dos grupos étnicos no Regime Geral da Previdência Social), no Brasil (cf. o Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73, que, no art. 6º, prevê o respeito aos “usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”, incidindo na condição comum de base de todos os homens, matéria própria do Código Civil, que dessa forma interfere diretamente com essa codificação) e no Equador, foram promulgadas leis relativas aos núcleos populacionais que preservaram as formas de organização e de vida de origem pré-colombiana, e ditas normas concorrem com as do Código Civil em relação a várias matérias.

No que diz respeito aos homens, a tensão favorável à consolidação da consideração unitária da pessoa, já concretizada, foi enriquecida pela consciência da necessidade de procurar a igualdade também mediante normas especiais. É o caso do reconhecimento das instituições de origem pré-colombiana em âmbitos pessoais e territoriais delimitados. Não parece que o tipo de elaboração possa ser o mesmo para todas as regiões, ou que possam ser aplicadas considerações elaboradas em outro lugar para as denominadas “minorias”. O indubitável ressurgimento do problema, ainda que a resistência dos povos involucrados tenha contribuído grandemente para a preservação do seu patrimônio jurídico, e apesar de que alguns

projetos jurídicos do direito anterior à independência tenham oferecido uma gama de possíveis soluções (*supra*), parece apresentar um desafio para os juristas e legisladores da atualidade, os quais devem desenvolver o sistema diante de uma temática que envolve o *aequare libertatem* na dimensão plural dos homens organizados, dos muitos povos que pertencem a um único povo, central a ele próprio e aos seus códigos.³² A meu ver, é de grande importância a leitura dessas instituições pelo prisma da *peritia*, da *prudentia* dos juristas, que certamente as transforma, mas também as insere em uma dinâmica de comunicação com o complexo sistema do continente e todos os seus componentes, dinâmica que não me parece conveniente renunciar.

7.5. | Conforme mencionado acima, devemos ao meu colega P. Catalano a sintética denominação “bloco romano-ibérico-pré-colombiano”, que capta as características fundamentais da unidade e especificidade da base do sistema, no âmbito do sistema jurídico romanístico.

Em minha opinião, uma necessária abordagem jurídica (e não meramente legalista) do problema, no âmbito do sistema de direito romano, leva a uma amalgamação do momento consuetudinário, da elaboração científica e da formulação de regras escritas. Na história do sistema, essas etapas têm assumido as mais diversas modalidades, das quais a mais conhecida ocorreu na Europa quando da elaboração francesa dos *coutumes* em colaboração com as assembleias locais e os funcionários reais com formação universitária e, portanto, romanística, ao lado da subsequente reconstrução dessas redações, segundo o modelo das Instituições de Justiniano (Loisel, Argou, Bourjon³³), o que representou um novo passo na “cientificização” do direito consuetudinário e o inseriu como possível fator de ampliação do sistema, do qual o Código Napoleônico representou um ulterior avanço quanto a alguns dos seus elementos. A orientação seguida na Península Ibérica em alguns aspectos foi semelhante e, em outros, diferente. Conforme mencionado, o próprio caminho trilhado pela discussão sobre aquilo que desembocaria no art. 6.2, referente à hierarquia entre o recurso ao *costumbre del lugar* e aos *principios del derecho*, é sintomático de uma variedade de formulações.³⁴

A elaboração de outros desenvolvimentos desse gênero ainda não chegou ao seu fim, e devemos ter esperança e contribuir para que a especificidade do sistema jurídico latino-americano encontre adequada expressão na incumbência de “impelir o direito para a excelência” (Pomponio in D. 1,2,2,13).

NOTAS

1 Cf. A. ARDAO, *Genesis de la idea y el nombre de América Latina*, Caracas, 1980; S. SCHIPANI, *Latinità e sistema giuridico romanistico*, in *La Latinité en question*, Paris, 2004, p. 312 s.

2 Cf. E. AYALA MORA, *Origen de la identidad de América Latina a partir del discurso católico del siglo XIX*, in *La Latinité en question*, cit., p. 151 ss.

3 O caráter defensivo é salientado por J. VASCONCELOS, *apud* L. ZEA, *El descubrimiento de America y la universalización de la historia*, in L. ZEA (org.), *El descubrimiento de América y su Impacto en la Historia*, México, 1991, p. 14.

4 É inútil salientar o valor jurídico e não nacional que tem, no sistema, a referência a “romano” e “latino”. Além do mais, isso se encontra claramente na raiz da percepção difundida mesmo entre os que não são juristas. Essa perspectiva é confirmada, por exemplo, por um levantamento feito a partir do universo linguístico documentado por um autor, A. C. Sandino, político mestiço do século passado (1895-1934) que pertencia não às elites cultas da burguesia, mas ao proletariado, e foi instigador e líder da luta pela independência. No léxico de Sandino, a denominação “América Latina” se torna, após numerosas e diversas tentativas ao lado de outras que eventualmente supera, cada vez mais insistente como especificação da expressão mais simples “Nuestra América”. Assim: *Nuestra América racial*, *Raza indo-hispana*, *Raza indo-latina*, *Unidad racial*, *Nuestra América*, *Nuestra América española*, *Nuestra América indo-hispana*, *Nuestra América Latina*, *Nuestra América Latina continental y antillana*, *Nacionalidad latinoamericana*. Essa expressão denota uma perspectiva de progressiva conscientização do vínculo entre a independência de seu pequeno país (*joven patria*) e, em um primeiro momento, a dimensão centro-americana (*Patria Grande*), que posteriormente inclui o México e, finalmente, o continente latino-americano. Sandino, de fato, consegue estabelecer a necessidade de uma *ciudadanía latinoamericana*, sem pressupor a afirmação de uma “identidade” cultural unitária de caráter “nacional”, linguístico ou étnico, uma vez que as “nações” podem ser e permanecer múltiplas, pois a cidadania em questão se caracteriza pelo pluralismo. Ela surge como instrumento de solidariedade apto a garantir muitas independências. Sem dúvida, é um instrumento que se vincula ao projeto bolivariano (em suas palavras: o “Supremo Sueño de Bolívar”) como instrumento de resistência baseado em uma essencial comunhão de princípios jurídicos.

5 A identificação é de P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, p. 89 ss.; 121 ss.

6 Cf. C. BEVILAQUA, *Resumo das licções de legislação comparada sobre o direito privado*, 2ª ed., Bahia, 1897.

7 “Senatus Populusque Romanus et Titus Quinctius consul et imperator, postquam Macedones profligaverunt, imperant ut liberi sint, immunes et suis legibus Corinthii, Phocenses, Locreensesque et cum iis insula Euboea et Thessali, Achaei omnesque gentes et quaecumque civitas sub ditione regis Philippi et Macedonum fuit.” (LIVIO, *ab Urbe condita* 33,32,4-6; cfr. também Plut., *Flam.* 10,4-7) Cfr. L. BOFFO, *La “libertas” delle città greche sotto i romani*, in *Dike. Rivista di storia del diritto greco e ellenistico*, 4, 2001, p. 227 ss.

8 Cic., *Ad Att.* 6,1,15.

9 Caesar, *de bello Gallico* 1,45.

10 Cic., *in Verr.* 2,2,32.

11 Cf. D. NÖRR, *Xenokriterien in der römischen Provinzialgerichtsbarkeit*, in *Lokale Autonomie und römische Ordnungsmacht in der kaiserzeitlichen Provinzen vom 1. bis 3. Jahrhundert*, W. Eck-E. MÜLLER-LUCKNER (org.), München, 1999, p. 260 s.; acerca da posterior perspectiva clássico-tardia, cfr. M. Talamanca, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardo classici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.)*, GG.. ARCHI (org.), Milano, 1976, p. 95 ss.

12 Cf. P. CATALANO, *Linee del Sistema sovranazionale Romano*, I, Torino, Italia 1965; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della ‘civitas romana’*, Roma, 2000.

13 Acerca da autonomia, é fundamental Gellio, *N.A.* 16, 13.

14 Cf. S. SCHIPANI, *I codici di Giustiniano come modello di ricerca della consonantia nelle trasformazioni e riforme del diritto e della società, e i codici moderni*, in *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, org. por M. Papa-G.M. Piccinelli-D. Scolart, 2, Napoli, 2011, p. 1057 ss.

15 Simplificadamente, pode-se dizer que as demais experiências antigas não conheceram o *ius*, mas apenas um complexo de leis e costumes, afirmação também válida em relação à experiência posterior, que não examino.

16 Nesse elenco, a lei é mencionada em primeiro lugar e os pareceres dos jurisconsultos encontram-se no polo oposto. Após as leis, são mencionados os plebiscitos, os senatus-consultos e as constituições do príncipe, todos os quais são expressão do próprio povo que, direta ou indiretamente, estabelece a lei. Também o costume remonta a esse primeiro núcleo. Evidentemente, os pareceres dos jurisconsultos são expressão de um fundamento diverso para a produção do direito, conforme menciono brevemente no texto abaixo. O edito do pretor é excluído do elenco por Papiniano, para enfatizar o caráter indireto desse modo de produção do direito. Nas Institutas, é inserido após as constituições do príncipe e antes dos pareceres dos jurisconsultos. Considerando que os magistrados são eleitos pelo povo e permanecem *in potestate populi*, pode-se supor que também a *iuris dictio* e, conseqüentemente, o edito do pretor remontem às formas de expressão direta ou indireta da vontade do próprio povo. Contudo, este não é o lugar apropriado para enfrentar o problema do fundamento do *imperium* e da *iuris dictio* (cabe lembrar, no entanto, que não era o pretor, mas um terceiro que exercia a função judicante).

17 Cf. o já citado GELLIO, *N.A.*, 16, 13, 6; também Cic., *pro Balbo* 8, 20. Em relação ao *fundus fieri*, cf. B. ALBANESE, *Osservazioni sull'istituto del "fundus fieri" e sui municipia fundana*, in *St. Donatuti*, 1, 1973, p. 1 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, p. 1189 ss.

18 Essa é uma leitura possível do assim denominado Edito de Caracala, de 212.

19 Cf. S. SCHIPANI, *Intervento conclusivo. Livio 35,7; Gaio D. 13,4,3 e il problema del debito internazionale*, in *L'usura ieri ed oggi. Convegno Foggia 7-8 aprile 1995*, org. por S. Tafaro, Bari, 1997, p. 271 ss.

20 Cf. BIBBIA, *Atti degli apostoli*, 26, 16.

21 Cf. B. BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, com o Prólogo de A. GUZMÁN BRITO, Santiago, 1989.

22 Cf. a obra fundamental de H.-A. STÄGER, *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina*, in *Index*, 14, 1986, p. 59 ss. Cf. também B. BRAVO LIRA, *Derecho Común*, cit., p. 39 ss.

23 Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamerica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, p. 1-624, e a bibliografia ali apresentada; S. SCHIPANI, s.v. *Codici*

civili nel sistema latinoamericano, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile Diritto civile. Aggiornamento V*, Torino, 2010, p. 286 ss.

24 *Introdução a Consolidação das Leis civis*, Rio de Janeiro, 1876, 3ª ed., p. CXXV, nota 213.

25 S. SCHIPANI, *Codici civili del Risorgimento e codici dell'Indipendenza latinoamericana: base comune e consonanze (principi generali del diritto e considerazione giuridica degli stranieri)*, in *Il Risorgimento italiano in America Latina. Atti del Convegno internazionale. Genova 24-25-26 Novembre 2005*, Ancona, 2006, p. 209-222.

26 A. CATTÁN ATTALA, *Origen y protecciones del principio de la bilateralidad de la audiencia. Defensa jurídica de los indígenas en Chile*, in *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano. Congresso internazionale. Roma, 26-29 novembre 2003* (org. por S. SCHIPANI), Roma, 2005, p. 131 ss. (= in *Roma e America*, 18/2004).

27 Cf. G. LOBRANO, *Città, municipi, cabildos*, in *Mundus Novus cit.*, p. 169 ss.; V. TAU ANZOÁTEGUI, *La potestad normativa en la ciudad durante la colonización española*, in *Mundus Novus cit.*, p. 193 ss.; M. RUBIO CORREA, *La importancia del municipio democrático para la organización política contemporánea*, in *Munduz Novus cit.*, p. 223 ss.

28 Cf. M. GAYOSSO Y NAVARRETE, *Los territorios de los pueblos indios: el problema de legitimidad vs. Legalidad*, in *Mundus Novus cit.*, p. 115 ss.; ID., *Persona: Naturaleza original del concepto en los derechos romano y Náhtuatl. La persona: natura originaria del concepito nei diritti Romano e Náhtuatl*, Veracruz, 1992.

29 S. SCHIPANI, *El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano (Apuntes para una investigación)*, in *El Codigo Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima de 9 al 11 de Agosto de 1985*, Comitê Científico: C. Fernández Sessarego e S. Schipani), Lima, 1986, p. 41 ss.

30 S. SCHIPANI, *El Código Civil peruano de 1984*, cit.

31 S. SCHIPANI, *Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano*, in *Código Civil Peruano. Diez Años. Balance y perspectivas*, 1, Lima, 1995, p. 13-31 (= *A proposito di una proposta di codificazione dei 'principi generali del diritto latinoamericano' nell'art. viii del Tit. prel. del Cc. del Perú del 1984*, in *La codificazione*, cit., p. 175 ss.).

32 É diverso, sem dúvida, o problema decorrente da abolição da escravatura que, em alguns casos, envolve a presença de comunidades de origem africana que têm uma solidariedade específica e formas comuns de agregação muito diversas daquelas ora sob análise, mas cuja consideração remete à temática pertinente ao princípio de *suis legibus uti*.

33 LOISEL, *Institutes coutumières*, 1605; ARGOU, *Institution au droit François*, 1692; BOURJON, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, 1747. Essas obras aproximaram o *droit coutumier* do *droit écrit* por meio dos seus conceitos, ordem expositiva e método de elaboração.

34 S. SCHIPANI, *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei. Appunti per una ricerca sul rinvio ai 'principi generali del diritto'*, in *Rivista di Diritto Civile*, 40, 1994, 2, p. 359 ss. (= ID., *La codificazione cit.*, p. 119 ss.).

8.

SISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO E CÓDIGOS CIVIS*¹

Sandro Schipani

Tradução de Sergio Tuthill Stanicia

8.1 | **OS CÓDIGOS CIVIS A PARTIR DA TRANSFUSÃO DO DIREITO ROMANO E DA INDEPENDÊNCIA DA AMÉRICA LATINA: PREVISÃO; APROVAÇÃO; ENTRADA EM VIGOR; RECEPÇÃO, ELABORAÇÕES PRÓPRIAS, COMUNICAÇÃO ENTRE SI E COM OS CÓDIGOS EUROPEUS²**

8.1.1 | **Revolução pela independência, constituições e Códigos Civis**

A América Ibérica, Índias e Brasil proclamaram a sua independência por meio de uma série de atos, os primeiros dos quais já começaram a celebrar 200 anos;³ e que foram precedidos pela Independência do Haiti em face da França (1º de janeiro de 1804).

No Ato de federação das Províncias Unidas da Nova Granada (1811), art. 7, n. 3; no Pacto solene de sociedade e união das Províncias do Estado de Quito (1812), Seção I, art. 6; na Constituição do Haiti (1816), art. 37 (como já naquela de 1807 para o Norte de ilha, art. 29); na Constituição política do Peru (1823), arts. 106 e 121; na Constituição política do Império do Brasil (1824), art. 179, n. 18; na Constituição política do Estado de Honduras (1825), art. 32, n. 2; na Constituição da Bolívia (1826), art. 46 etc., bem como em numerosos Projetos e Mensagens dos governos aos congressos e assembleias, encontramos prevista a elaboração de códigos quase como se neles fosse concretizada de um modo particular “a salvaguarda dos direitos individuais... a liberdade, a igualdade, a segurança ... ‘das’ coisas próprias, das coisas dos indivíduos” (S. Bolívar).⁴

8.1.2 | O sistema das fontes do direito na América Ibérica antes da independência

O sistema das fontes do direito na América Ibérica antes da independência pode ser, de modo simplificado, assim esquematizado: na América Hispânica (Índias), com base na Rec. de Indias (1680) 2,1,1, e 2; 2,2,2; 2,1,4; 5,2,22 a hierarquia das fontes é: I) o Direito indiano propriamente dito,⁵ ou seja: (a) as *leyes, cédulas, provisiones, ordenanzas, ordenes, resoluciones, pragmáticas* etc. “dispostas para as Índias e não revogadas”, recolhidas na Rec. de Indias ou não revogadas ou posteriores; (b) as normas estatuídas pelas autoridades locais, sempre que não estivessem em contraste com as da Rec. de Indias; (c) o costume que tivesse os requisitos necessários; (d) as “leis e bons costumes que antigamente tinham os Índigenas... observadas também depois a sua conversão ao cristianismo e que não estivessem em contraste com a nossa Santa Religião nem com as leis deste livro”; II) as leis do Reino de Castela, referidas pela Rec. de Indias, com referência à *Ley de Toro*, que reproduzia, com pequenas modificações, o capítulo 64 do Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), o que seria depois sucessivamente confirmado seja pela Nueva Rec. 2,1,3, seja pela Novíssima Rec. 3,2,3, segundo a seguinte hierarquia: (a) as compilações de leis como as *Leyes de Toro* (1505), substituídas depois pela Nueva Rec. (1567) e, enfim, pela Novísima Rec. de las leyes de España (1805-1806); (b) o Fuero Real (século XIII) e o Fuero Juzgo, como os únicos que não tinham relevância exclusivamente local; (c) as Siete Partidas; (d) em última instância, o Rei. Não se fazia, portanto, referência expressa ao direito romano e, por isso, se declarava expressamente “que os livros de direito compostos dos antigos juristas leiam-se nos Estudos gerais dos nossos reinos, pois neles há muita sapiência”; deve-se salientar também que, além do direito romano transmitido por meio das Siete Partidas, a “doutrina dos doutores”, ou seja, os escritos dos juristas do *mos italicus*, estava presente não apenas no estudo universitário, mas também nas motivações das sentenças, tanto que, sobretudo a partir do século XVIII, foram estabelecidas repetidas proibições ao seu uso (Nov. Rec. 3,2,11 n. 2).⁶

Na América lusitana, o sistema das fontes previa: (I) o direito especificamente destinado ao Brasil, com referência às “cartas de doação,

forais, regimentos dos governadores do Desembargo do Paço, da Casa de Suplicação” etc., e outros atos que constituíam o Estatuto da Capitania, regulavam a organização dos tribunais e dos outros órgãos administrativos e o *status* das pessoas (índios, escravos, estrangeiros), as Igrejas, as minas, o comércio etc. (atos compilados por Inácio Barbosa Machado em: *Leis, regimentos, resoluções expeditas para os domínios portugueses ultramarinos*, 1753); (II) as fontes do direito vigentes em Portugal: (a) as leis, isto é, o Código Filippino, ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado de El Rei D. Felipe I (1603), nas quais vinham consolidadas as compilações precedentes (Ordenações Afonsinas de Afonso V de 1446; as Ordenações Manuelinas de Manuel I de 1521), às quais se juntavam as leis extravagantes e a legislação posterior, o Estylo da Corte e os costumes; (b) para a matéria que “traga peccado” o direito canônico; para as outras as “leis imperiaes”, isto é, o direito romano, que se deviam “somente guardar pola *boa razão* [*recta ratio*] em que são fundadas” (ou seja, sem que isso comportasse o reconhecimento da autoridade do Império); (c) “as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas leis, quando por *commum* opinião dos Doutores não fossem reprovadas” e “a opinião de Bartolo, por que sua opinião *commumente* he mais conforme á razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario”; (d) em última instância, o Rei. Sobre esse sistema interveio a Lei da Boa Razão (1769) que (§ 14) subordina explicitamente Estylo e costumes à lei e à duração pelo menos de cem anos; exclui (§12) que “no foro externo” se possam indagar dos pecados, e, portanto, a possibilidade de conflito de jurisdição com as autoridades eclesiásticas, remetendo à aplicação das leis pátrias e subsidiárias toda matéria; recomenda (§ 9) não recorrer ao direito romano na existência de leis pátrias e usos do reino, nem interpretar estes à luz daquele, ou interpretar estes restritivamente se contrários àquele, e precisa a noção de “boa razão”, quer como os *primitivos princípios* estabelecidos pela mesma ética dos romanos e recepcionados pelo cristianismo, quer como as “regras” do “Direito das Gentes”, quer como as das leis em matéria política, econômica, mercantil e marítima que as “Nações Christãs” tenham promulgado com “tantas utilidades”. E sobre essa lei, por sua vez, interveio uma leitura conexa com a reforma

dos Estatutos da Universidade de Coimbra (1772) para o que diz respeito ao recurso ao direito romano.

Com a constituição das novas repúblicas, esse direito em geral foi conservado em vigor, salvo quanto àquilo que entrava em contradição com as novas constituições.

8.1.3 | A adoção do Ccfr./1804 e os seus limites: o CcHaiti/1825*; o CcRD./1884*; o CcOax./1829

Concentro a exposição, neste ponto, nos códigos civis, e não procedo ao exame do da Luisiana (1808) que, em seguida à aquisição do País pelos Estados Unidos da América do Norte, em 1803, foi inserido em um ordenamento jurídico que alterou radicalmente a sua função.⁷ O primeiro Código Civil na América que se chamará Latina foi aquele da República do Haiti, a qual incluía, até 1844, a futura República Dominicana. O CcHaiti foi aprovado em 27 de março de 1825, e entrou em vigor em 1º de maio de 1826, após dez anos de utilização (desde 1816) do Ccfr./1804, como direito subsidiário. O CcHaiti derivou diretamente da sua fonte, com exceção de algumas poucas simplificações; segue, portanto, o sistema expositivo do Ccfr. nas suas divisões e rubricas; tem, porém, 2.047 artigos. Depois dele, foram aprovados os Códigos de Processo Civil (1825), de Comércio (1826), Processual Penal (1826) e Penal (1826), completando o chamado sistema dos códigos, ao qual se juntou o Código Rural (1826), desenvolvido a partir do Decreto de 2 de janeiro de 1804 e da Lei agrária de 1814. A abolição da escravidão foi conquistada pela via revolucionária após a Declaração de 29 de agosto de 1793; confirmada pelas Constituições (Const./1801, art. 3; Const./1805, art. 2 etc.); o Cc. consagrou definitivamente a liberdade e a igualdade de todos os Haitianos.⁸ O CcHaiti/1825 ainda está em vigor.

A República Dominicana, depois da sua independência do Haiti, seguiu o mesmo caminho, mas adotou em 4 de julho de 1845 diretamente o Ccfr., com as modificações adotadas na França em decorrência da Restauração de 1816 (por exemplo, em matéria de divórcio), em francês, anexado pelos outros códigos franceses. Com o decorrer dos acontecimentos, dentre os quais a sua anexação à Espanha (1861-1865) com a aprovação

do CcSantoDomingo/1862, adotou-o de maneira estável traduzido para o espanhol, em 17 de abril de 1884, e modificado até 1876; ao lado desse código surgiram o Ccom., Cpen., Cproc. Civ., Cinstrcrim.⁹ O CcRD./1884 permanece em vigor.

Ao mesmo movimento de recepção do Ccfr./1804 pertence o Cc. do Estado livre de Oaxaca/1829, estado da Federação Mexicana. O CcOax./1829 foi fortemente influenciado pela sua fonte, salvo por algumas modificações (por exemplo, em matéria de fruição pelos estrangeiros sem qualquer condição “dos direitos de liberdade, segurança, propriedade e igualdade”, art. 18; ou em matéria de matrimônio, para se adequar ao direito canônico, arts. 78 ss.). Tal código permaneceu incompleto, e sua vigência cessou em 1837, após a abolição em 1836 do federalismo, reprimado no México apenas em 1846.¹⁰

8.1.4 | (segue) o CcBol./1831; CgerCR./1841

Certamente também por impulso de S. Bolívar, favorável à coletânea francesa de cinco códigos, que, sob a presidência de um dos generais seus seguidores, Andrés de Santa Cruz, a Bolívia procedeu prontamente à codificação após a independência (6 de agosto de 1825): enquanto o projeto ainda estava em fase de revisão pela Corte Suprema o Cc. foi promulgado em 26 de outubro de 1830 e entrou em vigor em 2 de abril de 1831; o código foi denominado Código Santa Cruz. Concebido como um código que extraísse dos “códigos vigentes”, com destaque para o direito das Índias (em sentido amplo) (*supra*), aquilo que era “justo e adaptável à nossa atual liberação”, foram adaptados, do Ccfr./1804, a trama, o estilo, e cerca de dois terços dos artigos, reduzidos, contudo, a 1571; tal adaptação diz respeito, por exemplo, ao matrimônio (art. 99), em relação ao qual se acolhe o direito canônico; às exigências dos indígenas (art. 455), tratados em conjunto com os militares no que diz respeito aos testamentos privilegiados; mas, no entanto, o código é fiel ao Ccfr., por exemplo, ao exigir a reciprocidade diplomática para o gozo dos direitos civis (art. 7)¹¹ e ao admitir que a obrigação de dar se aperfeiçoa com o mero consentimento (art. 729);¹² dentre as diferenças destaca-se, ainda, a referência ao legislador em caso de lacuna das leis ou fundada dúvida sobre seu significado

(art. 1.570), na linha do quanto ditava, para o *casus dubius*, a Constituição de Cádis de 1812 (arts. 131-1; 261-10), e a ordem tradicional da hierarquia das fontes.¹³ O CcBol./1831 foi precedido por uma lei sobre o processo e a organização da justiça incluía uma parte de direito penal (1827), realizada com base no Código espanhol de 1822, a partir do qual se desenvolve o Código Penal, também denominado Código Santa Cruz (1831; modificado em 1834), e o Código de Processo (14 de novembro de 1832). A este se seguiu o Código mercantil (13 de novembro de 1834), que teve como modelo o Cmercantil espanhol de 1829. Anos depois, foi aprovado um Código de mineração (1852). Em 1845, foi aprovado outro Cc.¹⁴ que, porém, apresentou tantos defeitos e suscitou tantas reações adversas que, em 1846, foi ab-rogado e reprimado o anterior, em vigor até 1976 (*infra*).

O CcBol./1831 teve também vigência, efêmera e com ligeiras modificações, nos estados Norte-Peruano e Sul-Peruano durante uma parte do período da Confederação Peru-Boliviana (1836-1839), mas foi suspenso e depois revogado no período de aproximadamente um ano, antes até da própria dissolução da Confederação.

Além disso, o CcBol./1831, na versão promulgada pelo estado Norte-Peruano, foi recepcionado na Costa Rica, onde, após a independência da Espanha (1821) e da sua sucessiva incorporação (1822) pelo México e independência (1823), e no quadro da superveniente extinção da República Federal da América Central (1824-1835/1848), em 30 de julho de 1841, foi promulgado o Código geral da República da Costa Rica, articulado em três partes: civil, penal e processo, que correspondiam a três códigos justapostos nos quais a unidade do “sistema dos códigos” franceses se traduzia em uma justaposição material (isso significa que não se trata de um código geral, como o ALR, mas mais como o Código para o Reino das duas Sicílias de 1819, que, como se sabe, era precisamente articulado em partes: leis civis, leis penais etc., que eram verdadeiros e próprios textos divididos e fisicamente justapostos para enfatizar a unidade interna). De fato, nas discussões precedentes à elaboração desse código, falou-se também do Cc. da Luisiana, mas depois, o texto adotado, com ligeiras mudanças, foi o referido; dele foi realizada uma revisão aprovada por decreto em 8 de abril de 1859 e permaneceu em vigor até

1888. Ao seu lado foi elaborada (1853) uma lei processual relativa aos atos comerciais.¹⁵

8.1.5 | (segue) A conclusão de uma experiência

Com relação a esses primeiros códigos, destacamos precisamente a diferença entre a adoção do Ccfr. nos primeiros casos e a adaptação que se desenvolve depois com o CcBol.

O Ccfr. foi acolhido como o elemento central do sistema dos códigos que o acompanhou (não entro no mérito das modificações que foram feitas, mas limito-me a enfatizar como tal código foi acolhido como parte de um sistema de códigos); tal código então levou à determinação do próprio objeto e do próprio sistema expositivo ligado a ele,¹⁶ a técnica e o estilo dos enunciados normativos que o caracterizam, tão diversos dos das Siete Partidas ou da Nueva e da Novísima Recopilación, da Recopilación de Indias etc.¹⁷ Esse código era expressão do sistema do direito romano no qual estava imerso, sobre o qual se apoiava e graças ao qual era acolhido, tomando-o e fazendo-se portador do papel da ciência dos juristas que o tinham elaborado e iniciado a interpretar, e dos objetivos que dele eram extraídos de igualdade entre os cidadãos, de unificação e livre circulação da propriedade, de liberdade testamentária com o respeito aos limites derivados das relações familiares, mas sem vínculos de primogenitura ou sexo (*mayorazgo*), de liberdade contratual e boa-fé nas obrigações e de responsabilidade tendencialmente ressarcitória para os danos.

A utilização do Ccfr., direta ou por meio da adaptação realizada pelo CcBol., foi proposta outras vezes, mas sem êxito. A sua contribuição com relação à formulação das normas, ao sistema dos códigos, a institutos ou normas singulares, ainda que por intermédio de outros códigos ou projetos, é muito mais extensa. Contudo, depois das primeiras décadas, é mais a base de que é portador, monopolizada pelo papel das Institutas, que veio a assumir um papel primário e a constituir o direito sobre o qual é realizada uma nova leitura pelas novas repúblicas independentes na construção dos seus próprios direitos e no desenvolvimento de um sistema comum próprio que será reconhecido como parte do sistema jurídico romanístico, com sua própria unidade e especificidade.¹⁸

8.1.6 | A primeira codificação endógena: o CcPeru/1852

No Peru, as constituições que se sucederam (1826, art. 46, n. 1; 1828, art. 131; 1834, art. 11 das disposições transitórias) repisaram a citada disposição relativa aos novos Códigos. A tal indicação, à inicial pressão política de Bolívar, juntou-se o trabalho de um ilustre jurista: Manuel Lorenzo de Vidaure (1773-1841), cujos projetos enriqueceram o panorama com uma específica atenção à Escola do Direito Natural centro-europeia e são sinal de uma releitura do sistema que vai além daquela ligada à comparação entre Ccfr./1804 e Direito das Índias (em sentido amplo). Também por conta dos acontecimentos da Confederação Peru-Boliviana (*supra*), tais projetos foram postos de lado. O sucessivo projeto de 1847, revisto profundamente em 1851 por uma comissão presidida por Andrés Martínez, foi aprovado em 23 de dezembro de 1851 e entrou em vigor em 29 de julho de 1852, junto ao Código *de enjuiciamiento en materia civil*. Em 15 de junho de 1853, entrou em vigor também o Código de comércio; em 1º de janeiro de 1861 entrou em vigor o Cpenal. O CcPeru/1852 tem 2.301 artigos, cuja formulação é sintética e pontual.

O CcPeru/1852 destaca-se do Ccfr./1804 e dos precedentes Cc. latino-americanos até o momento produzidos, inspirando-se nas obras dos “práticos” espanhóis da primeira metade do século XIX, e, às vezes, manifestando um acentuado vínculo conservador com a sociedade tradicional e as suas divisões das pessoas: por exemplo, conserva normas sobre a escravidão, ainda não ab-rogada no Peru, mesmo com base na Constituição de 1823, ninguém podia nascer escravo no Peru (arts. 95 ss.); dita normas especiais para os clérigos (arts. 83 ss.); codifica a capelania e o patronato (arts. 1.189 ss.); porém acolhe igualmente contribuições recentes: por exemplo, acentua a permanente relação com o sistema, sendo o primeiro a adotar na América Latina o reenvio aos “princípios gerais do direito” em caso de lacuna (art. ix do Título preliminar¹⁹); com base em uma adesão mais estreita ao direito romano, diverge do estabelecido no Ccfr. e requer para a transferência da propriedade a entrega da coisa (art. 574), separando, conseqüentemente, o direito das obrigações e contratos dos modos de aquisição da propriedade e junto a estes últimos trata, no mesmo livro II, da sucessão hereditária, sobre a qual acentua a ligação

com a aquisição da propriedade das coisas (arts. 630 ss.), enquanto dedica às obrigações e contratos o livro III, emancipado da perspectiva dos modos de aquisição da propriedade e da hegemonia da dação de coisas com relação ao fazer; mas os pontos são muito numerosos.²⁰ Esse Código, com a ab-rogação de títulos inteiros (os dispositivos citados sobre ingênuos, escravos e libertos foram ab-rogados por um Decreto de 5 de janeiro de 1855), permaneceu em vigor até 1936.

O Projeto CcPeru/1847, com modificações também relevantes (por exemplo, a eliminação dos títulos relativos aos clérigos e à escravidão), e por influência da mediação do projeto do jurista panamenho J. Arosemena²¹ para a Confederação Granadina (Colômbia), foi adotado em 1857 no estado de Madalena, da própria Confederação; lá restou em vigor até o final de 1866.

O CcPeru/1852 foi recepcionado na Guatemala, cuja independência decorreu dos mesmos eventos da independência da Costa Rica (*supra*), mas que, apesar de ter dado início rapidamente à codificação em matéria penal (1834-1837), aliás com uma experiência bastante negativa que levou à suspensão por tempo indeterminado (1838) dos códigos aprovados, demorou mais para elaborar um Código Civil. Este, que foi aprovado em 8 de março de 1877 e entrou em vigor em 15 de setembro de 1877, mudou, com relação ao CcPeru/1852, algumas normas e integrou algumas lacunas; porém, restou substancialmente fiel CcPeru/1852, permanecendo em vigor até 1933.

8.1.7 | Os CcCh./1857*, CcEc./1861*, CcCol./1873, /1887*, CcVen./1862, CcSalv./1859*, CcNic./1871, CcHond./1880, /1898, /1906*, CcPan./1903: “herdeiros da legislação do povo rei, devemos purificá-la das manchas que contraiu com tantos séculos de despotismo”; “a desejada unidade social do continente”

8.1.7.1 | O CcCh./1857 completa a transformação introduzida pelo CcPeru/1852, vindo a consistir em um dos grandes Códigos próprios da América Latina. A independência do Chile, declarada em 12 de fevereiro de

1818, foi acompanhada por uma Constituição provisória (1818), substituída depois por uma definitiva (1822), e posteriormente por uma que estabilizou o país (1833), também graças à obra de D. Portales.

A partir de 1822, teve início o debate sobre a elaboração de novos corpos de leis com a proposta (B. O'Higgins) de adotar “os cinco célebres códigos”, proposta que surtiu o efeito de fazer maturar, ao contrário, por meio de um cerrado confronto entre diversas concepções, o propósito de realizar alguns códigos fundados em direito próprio, seja produzido após a independência, seja anterior, que deveria ser reformulado e consolidado, citando ao fim de todo artigo a fonte do qual derivasse, e somente sucessivamente, em outra fase do trabalho, iniciar-se-iam as reformas; este propósito traduziu-se no projeto de lei M.C. Vial, de 14 de junho de 1833, que, todavia, não foi aprovado. Isso abriu uma pausa para reflexão. Nessa ocasião, interveio na discussão A. Bello (1781-1865), venezuelano, que foi convidado a se transferir para o Chile de Londres, onde havia residido por cerca de 20 anos, tornado funcionário do Ministério das Relações Exteriores chileno, estudioso de direito internacional e de direito romano, linguista, futuro primeiro Reitor da renovada Universidad de Chile inaugurada em 17 de setembro de 1843. Bello aderiu à perspectiva de separar as reformas, em relação às quais manifesta oposição e hostilidade a um “legislador filósofo”, da organização das normas que regulam o ordenamento concreto; ele traz, depois, a superação da contraposição prevista entre consolidar/codificar-reformar, ao manifestar a convicção de que as mesmas pressões reformadoras surgem como fruto de uma atividade crítica e sistemática, de purificação do patrimônio do direito romano comum “das manchas que contraiu com tantos séculos de despotismo”.²²

Nesse contexto, Bello é encarregado de redigir um projeto, ao qual se dedica estendendo paralelamente as suas leituras da tradição hispânica do direito romano ao conjunto de seus frutos, para aproveitar-se de *tantos materiales preciosos*. Em 1840, o primeiro projeto, incompleto, foi confiado a uma Comissão criada pelo Congresso, cujos resultados foram publicados em duas fases e constituem o Projeto/1841-1845 e o Projeto/1846-47. Entre 1848 e 1853, Bello trabalhou sozinho redigindo um Projeto completo, que foi publicado em 1853 e examinado por uma

Comissão de revisão composta de magistrados e juristas (1853-1855) e que recebeu também observações dos tribunais. A tal fase dos trabalhos corresponde o chamado Projeto inédito e, portanto, o Projeto de Código Civil de 1855 que foi aprovado por lei em 14 de dezembro de 1855 para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1857.²³ Antes disso, haviam sido promulgadas leis em matéria de processo civil de acordo com um desenho orgânico (1837 e 1851; o código da matéria, porém, é somente de 1902). Paralelamente, havia sido iniciada a elaboração do Código Penal (Decreto de 1846), que foi concluído em 1874; do Código de comércio (Lei 1852), concluído em 1865; do Código de mineração, concluído em 1874 (cfr. CcCh., art. 4).

O CcCh/1857 tem artigos breves, precisos e elegantemente formulados; é inserido como o elemento central do sistema dos Códigos, no “espírito geral da legislação” e na “equidade natural” (entendida, segundo Delvincourt, *Cours de Code Civil*, como expressão sintética do direito romano) (art. 24);²⁴ é harmonicamente dividido em um título preliminar e em quatro livros: pessoas; bens, propriedade, posse, uso e fruição; sucessões por morte e doações entre vivos; obrigações em geral e contratos, em coerência com a distinção entre modos de aquisição dos direitos reais, para os quais requer um particular ato causal (arts. 670 e 675), e obrigações, a qual se acompanha de uma mais aberta avaliação do papel da própria obrigação, da boa-fé (art. 1.546)²⁵ e da equidade (arts. 1.888 s.; art. 2.206 etc.); é centrado no reconhecimento dos direitos civis tutelados pelo próprio código a favor de todos os homens, sem qualquer exigência de reciprocidade, levando assim à melhoria a unificação da consideração jurídica de base dos homens (art. 57); é atento aos direitos alheios como limites ao direito de usar e fruir das coisas arbitrariamente por parte do proprietário (art. 582); reconhece a qualquer um ações populares (arts. 948 s.; 2.333 s.).

O CcCh./1857 é certamente radicado na leitura direta da tradição ibérica, juntando-se seja o *corpus iuris civilis*, seja autores como Vinnius e Heineccius,²⁶ seja o conjunto dos códigos europeus, seja uma rica literatura prevalentemente em língua francesa (além dos franceses,²⁷ por exemplo, K.F. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, trad. Guenoux, Paris, 1843, sobre cuja elaboração do negócio jurídico

Bello refletiu, no Projeto/1853, art. 1615 e depois não acolheu, preferindo uma configuração mais romanística,²⁸ ao mesmo tempo em que acolheu a elaboração da pessoa jurídica, arts. 545 ss.), e também o CcPeru/1852 (*supra*).²⁹ O CcCh./1857 ainda está em vigor.

O CcCh./1857 difundiu-se rapidamente, em nome “da desejada unidade social do continente” (M. Arcízar y Basterra, *infra*).

8.1.7.2 | O Equador, emancipado da Espanha em 1822, fez parte da República da (Grande) Colômbia e, nessa condição, participou de iniciativas (1822; 1825; 1829; Constituição de 1830, art. 36, n. 22) voltadas à elaboração de códigos, possivelmente tendentes à recepção dos códigos franceses. Em seguida, após a separação da Colômbia, em 1830, na Constituição do mesmo ano, o art. 26, n. 11, e 43, n. 14, previu a elaboração de alguns códigos para o país. Em cumprimento a tal disposição, foi elaborado um Projeto que recepcionava o Ccfr./1804, discutido pelo Congresso em 1831 e não acolhido; foi sucessivamente (1836) levado em consideração o CcBol./1831, sobre o qual houve um início de discussão no Congresso (1837); novamente foi criada uma Comissão em 1852, e, em 1855, encarregada da redação dos códigos a própria Corte Suprema de Justiça, que iniciou os trabalhos tomando como texto-base do trabalho o CcBol./1831. Quando, porém, a Corte já havia realizado cerca de metade do trabalho, em 1857, levou em consideração o CcCh./1857 que havia apenas entrado em vigor, destacando sua adequação para “a República irmã nossa e de idêntica progenitura” e, apreciando-o sob seu perfil técnico, revisou (mudanças mínimas), publicou e tramitou o Projeto revisto em poucos dias pelo Senado e pela Câmara dos representantes, de modo que foi aprovado em 21 de setembro de 1857 e promulgado com atraso em 1860, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1861. É de 1872 o Cpenal. O CcEc./1861, com modificações, permanece em vigor.

A Colômbia, após a declaração da independência em 7 de julho de 1810, os eventos de 1811-1816 e os altos e baixos da guerra que levaram ao reconhecimento da independência em 7 de agosto de 1819, participou, no quadro da República da (Grande) Colômbia, das iniciativas já referidas no que diz respeito a Quito. Após a dissolução da (Grande) Colômbia, a Nova Granada

elaborou uma Constituição em 1832, em 1843, e ulteriormente em 1853, dando grande autonomia às Províncias, que, sucessivamente, se foram constituindo em estados federados da República (Panamá, 1855; Antióquia, 1856; Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar, Magdalena, 1857); essa transformação desembocou na Constituição da Confederação Granadina de 1858, que se transformou, com algumas mudanças ulteriores na configuração dos estados, em Estados Unidos da Colômbia, cuja constituição foi elaborada em 1863; depois surgiu o estado unitário da República da Colômbia, com uma nova constituição em 1886. Também se referem à Colômbia as iniciativas recordadas acima para o Equador, e a formação de códigos nacionais repete-se ainda na Constituição de 1832, art. 74, n. 24, mas, no período seguinte, o tema não esteve mais no centro das atenções.

O primeiro Projeto de Código Civil foi o de Arosemena, já referido, que, depois de passar pelo controle de uma comissão (1853), foi aprovado pelo Congresso, mas entrou em vigor somente no estado de Magdalena (1857). Em 1856, foram pedidas a Bello algumas cópias do código que estava para entrar em vigor no Chile, “para aproveitar os conhecimentos de outros países e preferir a qualquer outra a doutrina jurídica professada na nossa América do Sul” (M. Arcízar y Basterra), e tal código foi adotado, com ligeiras modificações, pelos estados de Santander (aprovado em 1858; em vigor em 1860), Cundinamarca (1859; 1860) e, sucessivamente, às vezes, indiretamente, por meio do CcCundinamarca, por Cauca (1859), Panamá (1860, 1862), Tolima (1861),³⁰ Boyacá (1863, 1864), Antioquia (1864, 1865), Magdalena (1866, 1867), e, enfim, por meio do CcSantander/1860, pelos territórios nacionais do Distrito Federal (1873) e por Bolívar (1883, 1885). O estado unitário (que então incluía o Panamá) depois adotou, com base no CcDF., por sua vez derivado do CcSantander/1860, com algumas modificações, o próprio Cc., em 15 de abril de 1887 (dentre as modificações, destaca-se a relativa à capacidade dos estrangeiros, que, não obstante a afirmação da plena equiparação constante da Const./1821, art. 183, a Const./1886, art. 11, deixou de lado, reintroduzindo o princípio francês da reciprocidade, porque “por exemplo, os norte-americanos não poderão adquirir terrenos na Colômbia, na medida em que isso é proibido aos colombianos nos Estados Unidos”; a experiência do México, que havia

perdido grande parte do seu território adquirido por estrangeiros, provocou um fechamento defensivo). Ao lado desse código, a própria Lei 57/1887, que o pôs em vigor, pôs em vigor também o código de comércio terrestre (do Panamá/1869), e de comércio marítimo (nacional, de 1884), o código penal (de Cundinamarca, de 1858) e processual (nacional, de 1873). Do CcCol./1887, o primeiro substancioso comentário é de F. Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano* (Medellín, 1898).³¹ O CcCol./1887, igual ao do DF. de 1873, permanece em vigor.

A Venezuela, após a proclamação da independência da Espanha, em 5 de julho de 1811, desde o início projetou a realização de códigos; obtida a própria independência por meio de uma série de acontecimentos, integrou-se à (Grande) Colômbia e participou, também em relação à codificação, das iniciativas já lembradas. Após a separação da (Grande) Colômbia, a Constituição de 1830, art. 36, n. 22, dispôs sobre a criação de códigos, e a disposição foi reiterada nas constituições de 1858, art. 64, n. 1; 1864, art. 43, n. 6; e 1874, art. 43, n. 6. O Projeto elaborado (1853) de forma privada pelo jurista Julian Viso, derivado do Ccholandês/1838 de J. M. Kemper, então o mais recente Cc. europeu, utilizado provavelmente por meio da obra de Saint-Joseph (*supra*), não foi acolhido. Sucessivamente, após a aprovação em 1861 do Código de comércio, foi instalada uma comissão, da qual fazia parte o próprio Viso, que elaborou um projeto diverso, baseado no CcCh./1857 de A. Bello, mas com modificações. Esse código foi promulgado em 28 de outubro de 1862, mas teve vida breve, pois, com a queda do governo de J. Antonio Páez, o seu sucessor o abrogou o código no ano seguinte, em 1863.

8.1.7.3 | El Salvador, após a independência da Espanha (1821); a incorporação pelo México e posterior independência; a participação na República Federal da América Central, da qual se separou em 1841; e a ulterior experiência de confederação com El Salvador e Honduras (1842-1852), procedeu nos anos 1850 à codificação do direito comercial (1855) e processual (1857), e depois também do direito civil, recepcionando em 1859 o CcCh./1857 com pouquíssimas modificações. Esse CcSal./1859 permanece em vigor.

A Nicarágua, após os mesmos eventos pelos quais passou El Salvador (*supra*), sofreu a ocupação (1853-1857) pelo filibusteiro William Walker (o governo deste foi reconhecido pelo Presidente dos Estados Unidos da América do Norte, Franklin Pierce; dentre outros aspectos, repristinou a escravidão abolida desde 1824). Sucessivamente, em 1867, foi aprovado o Cc. que entrou em vigor em 1º de outubro de 1871 e que, como o de El Salvador, foi baseado no CcCh. Este CcNic./1871 permaneceu em vigor até 1904.

Em Honduras, após os mesmos eventos pelos quais passou a Nicarágua, inclusive um ataque por Walker (a agressão falhou e Walker lá foi fuzilado em 1860), a constituição de 1873, art. 26, n. 6, delegou ao executivo a faculdade de decretar os códigos, e por força de tal dispositivo foi aprovado o CcHond./1880, baseado, com ligeiras modificações, no CcCh./1857. Esse código permaneceu em vigor até 1898, quando foi substituído por um CcHond./1898 baseado no espanhol de 1889. Este último Cc. foi, porém, ulteriormente substituído por um CcHond./1906 novamente baseado de modo prevalente no CcCh., apesar de ter modificações mais extensas se comparado ao de 1880. O CcHond./1906 permanece em vigor.

No Panamá, após a separação da Colômbia (1903), o CcCol./1887, baseado no CcCh., permaneceu em vigor como CcPan./1903 até 1916.

8.1.7.4 | Esses acontecimentos se entrecruzam, em seu desenvolvimento no tempo, com o surgimento de outros códigos: dos quais um momento, excessivamente simplificador, mas emblemático, entendo ser o do Congresso Americano de Juristas, Lima, 1877-1879. Em 11 de dezembro de 1875, o Governo do Peru enviou uma nota na qual convidava os outros Estados americanos a participarem de um congresso que deveria se encarregar da unificação direito civil, e, se isso se revelasse impossível, como de fato se revelou, de redigir regras uniformes de direito internacional privado. O Governo do Chile sugeriu que a unificação do direito civil tomasse por base o CcCh./1857.³² A proposta era certamente expressão da larga adoção desse código, agora vista, e de uma percepção do sistema que vinha amadurecendo.

8.1.8 | O CcArg./1871*: “a lei romana diz”. A sua introdução no Paraguai

O CcArg./1871 veio a constituir outro dos grandes códigos próprios da América Latina. À eleição da primeira Junta de governo independente em Buenos Aires (22 de maio de 1810), que iniciava o processo de independência no Vice-Reino do Río de la Plata, seguiu-se a proclamação da Independência (9 de julho de 1816), e a Constituição das Províncias unidas do Río de la Plata (25 de maio de 1819); os conflitos entre unitaristas e federalistas resultaram, a partir de 1829, na prevalência dos segundos, aos quais se deve também a ulterior constituição da Confederação das Províncias Unidas de 1853, das quais Buenos Aires permaneceu independente até 1862. Se a ideia de elaborar novos códigos estava presente em atos privados e oficiais dos primeiros anos da independência, essa presença depois se atenuou; na Constituição de 1853, porém, estava previsto (art. 64, n. 11) que os Códigos Civil, Penal, Comercial e das Minas fossem competência do Congresso. A elaboração de um projeto de Código Civil confiada (1857) a M. Ugarte e M. Gamboa e iniciada com base no já mencionado Projeto García Goyena permaneceu em um estado embrionário; ao contrário, em atenção à sua independência, Buenos Aires aprovou, em 1859, utilizando um projeto elaborado de forma privada pelo uruguaio E. Acevedo em colaboração com o argentino D. Vélez Sársfield, um Código de comércio, que incluiu, haja vista sua precedência, regras gerais sobre a legislação do estado de Buenos Aires (esse código foi depois aplicado a toda a República em 1862).

Sucessivamente, com base em um decreto de 1864, D. Vélez Sársfield (1800-1875) foi encarregado de redigir um Código Civil, cujo projeto foi finalizado em 1869; o encargo tinha a previsão de que, para os diversos artigos, por meio de *Notas*, se desse conta do direito vigente no país e nos diversos códigos das principais nações do mundo e dos motivos das diversas disposições. A lei de aprovação do Código, acompanhada pelo seu aparato de *Notas*, foi aprovada em 25 de setembro de 1869 e o Cc. entrou em vigor em 1º de janeiro de 1871. Estava também em curso a elaboração do Cpenal (Projeto Tejedor, de 1865-1867), cuja aprovação ocorreu somente em 1886, assim como dos códigos processuais, a cargo das Províncias.

Extenso, com 4.051 artigos, redigidos em um estilo mais complexo e com uma terminologia às vezes diversa da dos códigos até o momento referidos, este Cc. foi fruto de uma longa releitura do conjunto do direito do sistema, das fontes romanas às da tradição ibérica, aos códigos modernos europeus e latino-americanos e à doutrina, e de uma reflexão própria, nutrida pela cultura jurídica espanhola a partir da Segunda escolástica e da cultura geral europeia.³³ A comunicação com a elaboração jurídica mais madura do direito latino-americano é viva e criativa em particular no cotejo com o código de Bello e, sobretudo, com o projeto (*Esbôço*) do brasileiro A. Teixeira de Freitas (*infra*), do qual extrai elementos da mesma base sistemática, mesmo sem chegar à construção de uma Parte geral, até porque a obra de Freitas chegou a Vélez quando o seu trabalho já era iniciado. O CcArg./1871 divide-se em um Título preliminar e quatro livros: das pessoas; dos direitos pessoais nas relações civis (com um tratamento da parte geral das obrigações e de uma parte geral dos fatos e atos jurídicos que produzem a aquisição, modificação, transferência e extinção dos direitos e obrigações; assim como um tratamento dos contratos e das obrigações deles se originam); dos direitos reais; dos direitos reais e pessoais, disposições comuns (sucessão por morte, concurso de direitos e obrigações, prescrição). A comunicação vital do código com o sistema depois é assegurada pelo reenvio aos “princípios gerais do direito”, como no CcPeru/1852 (*supra*). Também o reconhecimento a qualquer pessoa dos direitos e da validade dos atos, independentemente da sua qualidade de cidadão e de qualquer reciprocidade (art. 53), o que a partir da metade do século vai se afirmando de uma maneira geral (*supra* e *infra*), é uma expressão dessa vital comunicação. As *Notas*, que integram o código, constituem um complemento de grande originalidade, que dá uma contribuição essencial à compreensão da própria natureza do código e dos códigos em geral, explicitando neles a presença permanente do trabalho da ciência jurídica, que, por sua vez, iniciou prontamente o próprio trabalho: após as *Instituta del Código Civil*, de O. Leguizamón-J.O. Machado, Buenos Aires, 1872, é a obra de L. Segovia, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, 2 v., Buenos Aires, 1881, que é considerada o primeiro profundo comentário científico ao Código.³⁴ O CcArg./1871 permanece em vigor.

O Paraguai, que também fazia parte do Vice-Reino do Ríó de la Plata, não aderiu ao movimento de criação da Junta de Buenos Aires (1810) e iniciou a própria independência da Espanha e da Argentina em 1811. Em 1813, foi aprovado um Regulamento de Governo em que não se referiu a novos códigos; o quadro constitucional era fortemente inspirado pela releitura *rousseauiana* da república romana antiga, cuja referência emblemática era, assim como também para Bolívar, a ditadura.³⁵ Em 1842 e em 1846, foram aprovadas leis sobre a administração da justiça e foi adotada uma parte do Código de Comércio espanhol. Após a derrota militar do país por obra da Tríplice Aliança entre Brasil, Argentina e Uruguai, foi redigida uma Constituição (1870) similar à argentina de 1853, e, por meio de lei, em 19 de agosto de 1876 entrou em vigor o CcArg., que foi novamente adotado, com as modificações que haviam sido introduzidas nesse ínterim, por meio de lei em 27 de julho de 1889. Esta introdução importou, dentre outros aspectos, na privatização das terras, que antes eram quase inteiramente públicas, e uma mudança radical em uma organização social e econômica que tinha origem ainda na era dos vice-reinados espanhóis.³⁶ O CcPar./1876 permaneceu em vigor até 1985.

8.1.9 | Recepções parciais e múltiplas entre códigos latino-americanos, elaborações próprias, comunicação com os códigos europeus: o CcUrug./1868/1883/1914*

Após a eleição da primeira Junta de governo independente em Buenos Aires (22 de maio de 1810), que iniciou o processo de independência no Vice-Reino do Ríó de la Plata, a partir de 1811 tal movimento começou a florescer no Uruguai. Primeiramente, o país foi objeto de uma invasão luso-brasileira (1816-1825) que se concluiu com a sua independência do Brasil (25 de agosto de 1825); em seguida, incluso na federação das Províncias unidas do Ríó de la Plata depois da vitória sobre o Brasil e da conclusão do Tratado do Rio de Janeiro (1827), obteve a completa independência como República Oriental do Uruguai. A Constituição de 18 de julho de 1830, art. 17, n. 1, previa a elaboração e a publicação de códigos, tema que foi discutido pela Câmara em 1836 e em 1837, sem êxitos operativos. Em meados do século, o jurista uruguaiano E. Acevedo (1815-1863) elaborou de modo privado um

Projeto de Código Civil, publicado em 1852 com *Notas* essenciais,³⁷ que foi apresentado à Câmara dos deputados (1853); passou pelo crivo de uma comissão e foi aprovado (1856), mas passou ao Senado e lá parou. A influência do Ccfr. é significativamente menor tendo em vista uma mais articulada reflexão, provavelmente foi levada em conta a implantação do Projeto/1847 do CcPeru, embora também com significativas modificações; explícita foi a preocupação em buscar embasamento no *Fuero Juzgo*, nas *Siete Partidas*, no direito romano e, ainda que se tenha feito uso da literatura francesa, deve-se enfatizar a preferência pela espanhola. Em 1865, foi promulgado o Código de Comércio, com base no elaborado pela Argentina (*supra*).

Em 1866, foi confiada a uma comissão a revisão do Projeto de Código Civil Acevedo. O jurista argentino Tristán Narvaja (1819-1877), que havia estado há muito no Chile onde havia acompanhado o processo de codificação daquele país, foi o principal autor do trabalho, que desenvolveu de maneira profunda (1866-1867); o novo texto do Cc. foi promulgado em 23 de janeiro de 1868, e entrou em vigor em 18 de julho de 1868. Em 1878, entrou em vigor o Código de Direito Processual Civil.

O CcUrug./1868 foi seguramente baseado no Projeto Acevedo, do qual conserva sobretudo o estilo de formulação dos artigos e a estrutura, na qual se nota a separação entre o tratamento das coisas e os direitos sobre elas (livro II) e os modos de aquisição da propriedade que são incluídos no livro III, ao lado da sucessão hereditária, distintos, por sua vez, do livro IV, relativo às obrigações, em geral e suas fontes.³⁸ Esse código também levou em conta de maneira consistente o CcCh./1857 e, sem deles tirar grande influência, o *Esbôço* do brasileiro Freitas e os primeiros livros do CcArg./1871; maior presença tem o Projeto García Goyena e o conjunto da codificação europeia na sua base romanística. O CcUrug./1868 permanece em vigor, com modificações, cuja introdução levou à renumeração dos artigos e à repromulgação do texto emendado em 1883 e em 1914.

8.1.10 | (segue): o CcCR./1888*; o CcNic./1904*;
o CcPan./1917*

Na Costa Rica, em 1882, foi constituída uma Comissão para a revisão do CgeralCR/1841, presidida, para a Parte civil, pelo jurista guatemalense

Antonio Cruz; o novo texto, agora Código Civil, foi aprovado por lei em 19 de abril de 1885 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1888. Esse código modificou a estrutura do anterior por meio de escolhas que, embora não alterem a sequência geral, modificam a organização nos diversos livros, agrupando bens, propriedade e suas modificações, aquisição dos direitos reais (com relação à aquisição da propriedade, não altera, com respeito ao anterior e ao Ccfr., a eficácia real do acordo, art. 480) e sucessão hereditária, e dividindo em duas a matéria das obrigações com a novidade da criação de um livro para a sua parte geral. Em geral, esse Cc. parece ter se baseado, além do francês, no qual o anterior já se inspirava, em uma pluralidade de contribuições advindas de um amplo acolhimento de códigos latino-americanos que nesse momento já constituíam uma modalidade difundida, que dialogava também com os códigos europeus.³⁹ O CcCR./1888, com modificações (as primeiras foram introduzidas por uma lei n. 16, já de 12 de dezembro de 1887), e sobretudo sem a parte relativa a família (*infra*), permanece em vigor até hoje.

Na Nicarágua, em 1899, foi constituída uma Comissão cujo Projeto foi promulgado em 1º de fevereiro de 1904 e entrou em vigor em 5 de maio de 1904. Esse código distancia-se do implementado pelo Chile e avizinha-se quanto à estrutura ao do Peru, embora contenha alterações (por exemplo, também regula matérias como a propriedade intelectual, arts. 724-867; e, por exemplo, dedica um título à ação de reivindicação, arts. 1434-1472) e baseie-se em muitos códigos latino-americanos e europeus, indicados em sua primeira edição e nem sempre bem harmonizados entre si. O CcNic./1904, com derrogações, permanece em vigor.

No Panamá, que no contexto da criação do Canal foi induzido a separar-se da Colômbia, foi conservado o Cc. previgente, como já recordado (*supra*); porém desenvolveu-se também uma orientação favorável à elaboração de um novo sistema de Códigos Civil, Processuais, Comercial, Mineário e Penal: Decreto de 1903, e depois Lei de 1904, que autorizava a constituição de duas comissões para tal fim. O jurista F. Mutis Durán elaborou um Projeto de Código Civil (1906) na linha do precedente. Em 1913, foi dado novo impulso à iniciativa e foi encarregado o jurista C.A. Mendoza do Código Civil. Uma Comissão de codificação posterior reexaminou os

projetos dos códigos que haviam sido aprovados pela Assembleia (1916) e o Cc. entrou em vigor no ano seguinte. Este Cc. conservou a sistematização do precedente, com a adição de um quinto livro sobre notariado e registro público. Numa visão geral, modificou muitos artigos com base em diversos códigos, dentre os quais prevaleceu o Ccesp./1889.⁴⁰ O CcPan./1917, com modificações, permanece em vigor.

8.1.11 | (segue): o CcVen./1873-1982* e o CcMéxDF./1871, /1884: dois códigos que realizam uma peculiar comunicação com códigos e projetos europeus Na Venezuela, após a ab-rogação do CcVen./1862, foi instituída em 1867 uma comissão encarregada de redigir um projeto em poucas semanas; essa comissão utilizou em grande medida o Projeto de Código Civil espanhol de F. García Goyena, que, como é sabido, deriva largamente do Ccfr. O projeto foi aprovado e entrou em vigor em 28 de outubro de 1867. Foram, porém, constituídas outras comissões (1868; 1870) e foi elaborado um outro projeto, promulgado em 20 de fevereiro de 1873 e que entrou em vigor em 27 de abril do mesmo ano. O CcVen./1873 foi substituído formalmente em 1881, em 1896, em 1904, em 1916, em 1922, em 1942, em 1982, mas trata-se antes de reformas, às vezes muito relevantes, com a renumeração do conjunto de artigos, mais do que verdadeiros e próprios novos códigos. Esse código se baseia no Ccit./1865, que na época, assim como o português, era o Código Civil europeu mais recente e, como é sabido, sofrera forte influência do Ccfr., embora contivesse modificações (por exemplo, no Ccfr., foi consagrada a eficácia real do contrato reconhecida no Ccit./1865, assim como é patente o seu reflexo sobre a articulação dos livros do código; novidade do Ccit./1865, art. 3, no entanto, é o reconhecimento da tutela dos direitos civis também para os estrangeiros, o que casava com a generalidade dos Códigos latino-americanos e encontrava correspondência precisamente no CcVen./1873, art. 17).

Como foi dito, por vezes, as modificações foram mais relevantes: certamente, devem ser enfatizadas, por exemplo, aquelas, numerosas, em matéria de pessoas e família: filhos naturais, divórcio etc.; ou, por exemplo, a reforma de 1942, que em matéria de obrigações incorporou importantes

reelaborações desenvolvidas no Projeto ítalo-francês das obrigações, de 1927. O CcVen./1873, na forma do CcVen./1982, permanece em vigor.

No México, o ato de Independência de 27 de setembro de 1821 é o último de uma série de eventos iniciados em 16 de setembro de 1810; primeiro um breve período de Império, depois a República, que se organizou com base no Plano de Constituição política da nação mexicana, de 1823, ao qual se seguiu o Ato constitutivo da Federação de 1824 e a Constituição federal dos Estados Unidos Mexicanos, do mesmo ano. Desde 1836 opera-se uma transformação em estado unitário, que se aperfeiçoa nas bases orgânicas da República mexicana de 1843, que previam, no art. 187, novos códigos unitários; contudo, as tendências federalistas prevaleceram e, em 1846, foi ripristinada a Constituição de 1824. Durante esses anos, o país perdeu (1846-1848) 40% do seu território: Texas, Califórnia, Novo México, Arizona, Nevada, Utah; o Estado de Oaxaca elaborou um novo projeto de Código Civil que foi promulgado em 4 de dezembro de 1852, entrou em vigor, mas foi prontamente revogado; a nível federal, foi aprovado em 1854 o Código de Comércio. O confronto político levou à aprovação de uma nova Constituição Federal em 1857; após a criação de um segundo Império, com a aceitação da Coroa em 10 de abril de 1864 por Maximiliano de Habsburgo e a sua violenta queda (1867), foi ripristinada a Constituição de 1857, que, sofrendo uma série sucessiva de reformas, permaneceu em vigor até a Constituição de 1917. Em 1839, foram publicadas as *Pandectas hispano-mexicanas*, de J. N. Rodríguez de San Miguel,⁴¹ segundo o próprio, “enquanto se proporciona à nação códigos próprios”, mas talvez “para suprir, ou talvez evitar a iminente codificação liberal” [p. ix] (2. ed., 1852).

Em 1858, o governo encarregou o jurista Justo Sierra de redigir um projeto que foi concluído e tornado público em 1861, por meio da divulgação aos tribunais e advogados visando ao recolhimento de observações; nesse ínterim, foi promulgado no estado de Veracruz (1861) e depois revisto e parcialmente promulgado em 1866 como Código do Império mexicano. Esse código foi baseado no já mencionado Projeto García Goyena, e, portanto, baseado indiretamente no Código francês, que certamente na fase de revisão foi examinado também de forma direta. Em

seguida, uma nova comissão trabalhou (1867-1870) sobre o Projeto Sierra e sobre as modificações que a ele iam sendo formuladas; o novo texto foi aprovado em 13 de dezembro de 1870 para entrar em vigor em 1º de março de 1871 como Cc. do Distrito federal e da Baixa Califórnia. O estado de Veracruz substituiu o seu código (1868); o Estado do México aprovou outro em 1870; os outros estados receberam o Cc. do DF sem modificações (Guanajuato, Puebla, San Luis de Potosí, 1871; Zacatecas, Guerrero, 1872; Durango, 1873), ou com modificações menores (Hidalgo, Michoacán, Morelos, Tamaulipás, Sonora, 1871; Chiapas, Querétaro, 1872; Sinaloa, 1874) ou maiores (Campeche, Tlaxcala). O CcMéxDF./1871 baseia-se amplamente, como o Projeto Sierra, no Projeto García Goyena e, portanto, indiretamente no Ccfr., apesar de conter integrações significativas sobretudo do CcPort./1867 de L. de Seabra, que era o mais recente Código Civil europeu, com o qual era possível realizar integrações por meio do confronto com normas singulares ou institutos, mas do qual não extraiu a estrutura (quanto a esta, nota-se o deslocamento do tratamento das sucessões para o último livro, que encontramos também na Consolidação/1857 brasileira de Freitas e no CcArg./1871, com os quais, porém, não conheço notícia documentada de comunicação). Não apenas essas integrações, mas também, em comparação com o CcVen./1873, a diferente mediação no que diz respeito ao Ccfr., naquele do Ccit./1865 e neste do Projeto García Goyena, deixa um evidente traço. Em particular, as *Notas* com que García Goyena havia enriquecido o seu Projeto, não apenas ricas nas referências aos outros Códigos (facilitadas nesse trabalho por Saint-Joseph), mas também ao direito romano e à tradição ibérica, ofereciam as linhas de uma fundamentada releitura das linhas sutis que marcam continuidade e crescimentos no sistema, linhas nas quais a citada edição das *Pandectas* são só um emblemático exemplo, ao qual se acresce a crescente circulação dos livros. Em 1884, foi feita uma reforma desse Código sobre alguns pontos relevantes, mas circunscritos (ex.: a supressão da *portio legitima* em matéria sucessória e da *restituito in integrum*), reforma esta que assumiu a forma de um novo Código: CcMéxDF./1884, em vigor até 1932. Contemporaneamente, foi aprovado um novo Ccom./1884, que foi depois rapidamente substituído pelo de 1889, em vigor a partir de 1º de janeiro de

1890;⁴² também nesses anos foram feitos e renovados o CpenDF./1871, o CproccivDF./1872 e o Cprocpen., que compõem um sistema no modelo francês. Sobre o CcMéxDF./1871-1884, M. Mateos Alarcón desenvolveu lições que foram compiladas nos *Estudios sobre el Código civil del Distrito Federal* (México, 1885-1900) e que representam primeiro comentário completo ao código.⁴³

8.1.12 | A introdução do Ccesp./1889 em Cuba e Porto Rico: CcCu./1889-1902, CcPort./1889-1902*, e a sua sucessiva adoção

O oposto com relação a esta extensa ainda que mais ou menos profunda comunicação ocorreu em Cuba e Porto Rico. Em ambos os países, entrou em vigor o Ccesp./1889 enquanto eram províncias do ultramar da Coroa espanhola. Deve-se enfatizar que, mesmo tal Código, em muitos aspectos, tendo recepcionado amplamente o Ccfr., em outros ele permaneceu fiel à tradição ibérica do direito romano, em consonância com os códigos que tinham sido produzidos de maneira própria na América Latina (por exemplo, a rejeição da eficácia real do puro consenso e a necessidade de um ato causal, de onde se segue a separação do livro relativo aos bens, propriedade e suas modificações e aquisição, do livro das obrigações).

Como se sabe, após a guerra hispano-americana (1898), com base no Tratado de Paris, cessou a soberania da Espanha sobre Cuba e foi instituído um governo militar dos Estados Unidos da América do Norte, que exerceu suas funções até 1902. Em 1901, foi aprovada a Constituição. Como resultado da Proclamação do Governador militar em 1º de janeiro de 1899, durante a guerra tanto a Constituição, Disp. Trans. V, quanto a ordem geral n. 148 de 1902, determinaram a vigência de todas as leis em vigor até que fossem feitas leis novas; o art. 59, n. 6, da Constituição previu também a elaboração de códigos. O Cc. espanhol, em vigência na ilha desde 5-11-1889 e tornado próprio, com as modificações essenciais, após a Independência (1902), por força de tais disposições, permaneceu em vigor como CcCu/1889-1902 até 1987.

Por conta do Tratado de Paris, a Espanha deveria ceder Porto Rico, que também havia sido invadido pelos Estados Unidos da América do Norte,

e que estes governaram até 1952, quando foi estabelecida a Constituição do Estado livre associado de Porto Rico. O Ccesp./1889, que permaneceu em vigor com base na lei transitória de 1900, foi depois repromulgado com modificações com base na lei 1º de março de 1902; depois, foi publicado em inglês, na Compilação das leis e códigos de Porto Rico atualizados de 1911; posteriormente, foi publicado em espanhol e atualizado com as modificações que tinham sido introduzidas em 1914 e em 1930.⁴⁴ O CcPort./1889-1902, com posteriores modificações, permanece em vigor.

8.1.13 | Da Consolidação/1857 ao CcBras./1917, os frutos da “Roma americana”

O CcBras./1917 constitui outro dos grandes códigos próprios da América Latina, também graças a uma obra, a Consolidação das Leis Civis/1857, que desempenhou as funções de Código Civil por meio século e que representa uma ligação fundamental do amadurecimento da codificação. Quando o rei de Portugal, João VI, que tinha se transferido ao Brasil durante a invasão napoleônica, retornou à Europa (1821), seu filho Pedro permaneceu no Brasil e aderiu à proclamação da Independência (7 de setembro de 1822); com a proclamação do Império do Brasil (12 de outubro de 1822), tornou-se Imperador. Na esteira do que já havia sido disposto por uma lei de 20 de outubro de 1823, a Constituição do Império (1824) previu, no art. 179, n. 18 (*supra*), a elaboração de Códigos Civil e Criminal. Em um país no qual, diferentemente da América hispânica, não haviam sido criadas universidades, em 1827, foram criados os primeiros cursos de ciência jurídica, em São Paulo e em Olinda (Recife); no decorrer da discussão na Assembleia constituinte, com relação a tal criação, enfatizou-se (J. da Silva Lisboa) a importância de os futuros juristas formarem-se na “Roma americana”.

Enquanto os Códigos Penal, Processual Penal (que incluía normas para os processos civis) e Comercial (que também incluía um capítulo para as causas comerciais) foram promulgados (respectivamente em 1830; 1832; 1850), e o processual civil após uma última tentativa unitária com a Consolidação de A. J. Ribas (1878), com o sistema federal, tornar-se matéria descentralizada, a codificação civil mostrou-se mais trabalhosa, de modo

a suscitar a proposta de adaptação da obra do português J. H. Corrêa Telles, *Digesto Portuguez ou tractado dos direitos e obrigações civis accomodado ás leis e costumes da Nação portugueza para servir de subsidio ao novo Código civil* (3 v., Coimbra, 1835), que havia compilado normas de direito vigente e doutrina jurídica.

Em 1855, todavia, o Governo encarregou um grande jurista, romanista, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883),⁴⁵ da tarefa de consolidar as leis civis e, depois (1859), da missão de elaborar um projeto de Código Civil, segundo uma distinção já presente, e superada, no debate sobre a matéria no Chile e na própria reflexão de A. Bello (*supra*); essa superação ocorreu, de maneiras diversas, também no Brasil. O programa foi articulado em três etapas: “classificação”, “consolidação” e “codificação”; isto é, em primeiro lugar, conhecer bem as leis existentes, compilando as diversas normas, liberando-as das práticas e interpretações errôneas e classificando-as segundo uma ordem sistemática; em seguida, simplificá-las, reformulando-as em proposições breves que as consolidassem; por fim, correção das normas injustas e defeituosas e integração das lacunas. Depois de ter realizado a Consolidação das Leis civis (1857), na sua extensa *Introdução*, Freitas atenua a distinção entre a segunda e a terceira operação: enfatiza a reflexão sobre todo o sistema inteiro, a comparação e busca pelas soluções mais justas; termina por colocar a obra que realizou entre as etapas do reconhecimento e reformulação do direito existente e a da sua reforma. Com efeito, Freitas realizou um trabalho fundamental de extração das regras de seu contexto originário; de isolamento das interpretações que rejeita; de reformulação das regras na forma de artigos de um código; e de inserção em uma ordem expositiva fundada em algumas poucas categorias sistemáticas gerais que orientam o seu alcance. Sob o perfil do sistema da obra, ele inovou com relação à difusa ordem expositiva das Institutas, distinguindo uma Parte geral, bipartida em: “Das pessoas” e “Das cousas”;⁴⁶ e uma Parte especial, com dois Livros: “Dos direitos pessoas”, por sua vez dividido em duas Seções: “Dos direitos pessoas nas relações de família” e “Dos direitos pessoas nas relações civis”; e “Dos direitos reaes”.⁴⁷ O texto da Consolidação é acompanhado por *Notas* para cada artigo, que sinteticamente indicam as fontes das quais o artigo

foi extraído, como havia sido também proposto no Chile. A obra teve diversas edições, também com atualizações nas Notas, o que demonstra o seu papel orientador na reconstrução do ordenamento também para as leis nela não incluídas (2. ed., 1865; 3. ed., 1876; 5. ed., 1915).⁴⁸ A Consolidação, produzida por um jurista e aprovada por um Decreto de 1858, foi usada no Brasil como um Código Civil até a entrada em vigor do CcBr/1917.

Após o resultado positivo obtido com a Consolidação, em 1859, Freitas foi incumbido de redigir um Esboço do Código Civil. O jurista inicia imediatamente os trabalhos e publica (1860-1865) a Parte Geral, em três Seções: “Das pessoas em geral”; “Das coisas em geral”; e “Dos factos em geral”; três Seções do Livro Segundo: “Dos direitos pessoaes em geral”; “Dos direitos pessoaes nas relações de família”; e “Dos direitos pessoaes nas relações civis”; e as primeiras três Seções do Livro Terceiro: “Dos direitos reaes”: “Dos direitos reaes em geral”; “Dos direitos reaes sobre coisas próprias”; e “Dos direitos reaes sobre coisas alheias”. Porém se, por um lado, apresentam-se críticas contra o *Esbôço*, por outro, o próprio Freitas, em 1867, chega a mudar a colocação sistemática: em uma famosa carta ao Ministro, sustenta que seria necessário, primeiro, um Código geral ao centro do sistema do direito privado e, somente depois, o direito civil e o comercial deveriam ser reunidos em um único Código Civil. O jurista, dessa forma, renuncia ao encargo que estava cumprindo e requer um encargo diverso; mas não obstante a existência de posições favoráveis, esse novo encargo não lhe é conferido e o *Esbôço* do Código Civil permanece inacabado, no estado de projeto.⁴⁹

A parte concluída do esboço é acompanhada por *Notas*, frequentemente muito extensas, que constituem verdadeiros ensaios de caráter doutrinário nos quais emerge a riquíssima formação do autor, conhecedor do direito lusitano, dos códigos até então redigidos, das mais importantes obras jurídicas e sobretudo do direito romano.⁵⁰ No quadro da específica comunicação interna ao sistema, a obra teve significativa difusão: foi levada em consideração por T. Narvaja para o CcUrug./1868; foi utilizada em particular por D. Vélez Sársfield, que, embora não tenha seguido a ideia da construção da Parte Geral, inspirou-se nela para numerosos artigos e definições

do CcArg./1871, tanto que foi também traduzida e publicada na Argentina duas vezes (1900 e 1909), e por meio do CcArg., esteve presente no direito do Paraguai. No Brasil, é certamente também dela e da Consolidação que derivou a formulação do CcBr./1917, cuja elaboração também foi atenta à comunicação geral interna com todo o sistema e de modo especial com a Pandectística alemã.

Em 1869-1870, o advogado Cândido Mendes de Almeida organizou a primeira edição brasileira do *Código Philippino* de 1603 e do *Auxiliar Juridico*, obras úteis para a sua consulta, enriquecidas também com coletâneas de aforismos, axiomas e regras de direito. Freitas publicou também uma coletânea de regras de direito. Uma obra sistemática foi, entretanto, a de A. J. Ribas.^{50-bis} A reflexão sobre a tradição romano-lusitana, sobre a enucleação de regras e sobre a elaboração sistemática constituem características do trabalho científico desse período.

Após os projetos de J.T. Nabuco de Araujo (somente inicial), J. Felício dos Santos (1881) e Antônio Coelho Rodrigues (1893),⁵¹ foi atribuído o encargo (1889) a Clóvis Beviláqua,⁵² que realizou em poucos meses o Projeto de Código Civil brasileiro e o projeto de uma Lei de introdução, publicados no Rio de Janeiro (1900),⁵³ submetidos ao exame de uma Comissão de revisão (1900), que introduziu consideráveis modificações (por exemplo, reintrodução da incapacidade relativa da mulher casada, art. 6, II; redução dos casos em que se admitia a investigação de paternidade, art. 363: Projeto primitivo, art. 427). Ainda em 1900, o Projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados, que propôs mais modificações e o remeteu (1902) ao Senado, onde os trabalhos dispersaram-se durante dez anos; retornou à Câmara (1912), e ao Senado (1914); foi aprovado em 1º de janeiro de 1916 e entrou em vigor um ano depois, em 1917.

O CcBr/1917 foi precedido por uma Introdução, uma lei a ele anexa relativa à sua aplicação, que incluía também normas de direito público e direito internacional privado; o Código foi subdividido em Parte Geral, com três Livros: “Das pessoas”; “Dos bens”; e “Dos fatos jurídicos”; Parte Especial, com quatro Livros: “Do direito de família”; “Do direito das coisas”; “Do direito das obrigações”; e “Do direito das sucessões”. Essa ordem já deixa transparecer o cruzamento da sistematização de Freitas com a Pandectística

alemã, devendo-se à primeira, por exemplo, a referência aos “fatos”; e a colocação do direito de família como a primeira das seções da parte especial.⁵⁴ Segundo a linha geralmente seguida na América Latina, a heterointegração se faz com base nos “princípios gerais de direito” (Introd., art. 7); não põe distinção entre cidadão e estrangeiro quanto à aquisição e fruição dos direitos civis (art. 3). A propriedade é “exclusiva e ilimitada” (art. 527, e “Observação”), compreende a propriedade intelectual (art. 524), cujo tratamento é incluído no código (arts. 649 ss.), e dentre os direitos reais inclui a enfiteuse (arts. 678 ss.), que outros Cc. deixaram de lado. Enquanto o fato e o ato estão na Parte Geral, no Livro das obrigações transparece a centralidade da manifestação da vontade contratual (art. 1.079); a eficácia do contrato é obrigatória, segundo a linha prevalente na América Latina. O CcBras./1917 foi comentado pelo seu autor por meio de importante *Introdução* histórica e aparato de *Notas*, que, como as de Vélez, se inserem no contexto de uma elaboração que a ciência jurídica e os legisladores vinham fazendo.⁵⁵ Ao lado dessa obra, destacam-se diversos comentários, de João L. Alves (1917), A.F. Coelho (24 v., 1924-1932), J. M. Carvalho Santos (29 v., muitas eds.) etc.⁵⁶

O CcBras./1917 permaneceu em vigor, com modificações, até o final de 2002.

8.2 | **(SEGUE) UM BALANÇO DA SUA CONTRIBUIÇÃO À IDENTIDADE E ESPECIFICIDADE DO SISTEMA**

Com a elaboração do CcBras./1917, podemos considerar encerrado um período da codificação na América Latina, e é necessário recapitular alguns caracteres desses Códigos que se revelam comuns e, em parte, específicos, seja com relação aos códigos posteriores, seja com relação aos códigos de outras partes do sistema jurídico romanístico.

8.2.1 | **As fontes de produção do direito que convergem para a produção dos Códigos Civis: o papel do legislador e dos juristas**

Quanto à fonte que produziu os códigos mencionados acima, vejamos o concurso do legislador e dos juristas, que operaram, às vezes, no âmbito

de uma concepção de raiz da justiça que implica o acordo da divindade quanto ao empenho de governo da sociedade.

Os Cc. são quase sempre obra de comissões de juristas habituados com a prática do direito, muitos são advogados ou magistrados por vezes envolvidos também na vida política e/ou nas universidades; muitas vezes, destaca-se a obra de um jurista eminente, cuja contribuição é discutida: é o caso evidente de A. Bello para o CcCh./1857, de A. Teixeira de Freitas para a Consolidação/1858 e depois para o Projeto de Código para o Brasil, cujo código foi posteriormente elaborado por outro grande jurista, C. Beviláqua; é o caso de D. Vélez Sársfield, para o CcArg./1871, e também de E. Acevedo, T. Narvaja, J. Sierra etc. Ainda que um indivíduo apareça como autor, os textos não deixam de ser expressão de um trabalho radicado em uma tradição conjunta, que por meio de discussões conexas, foi reforçando a identidade de grupo profissional que tem uma linguagem comum e uma visão da sociedade *sub specie iuris* em torno da qual se forma o “cidadão do continente”.⁵⁷

Esses juristas são romanistas, que se valem direta ou indiretamente do *corpus iuris civilis*, o releem à luz das sucessivas releituras dos grandes Comentadores do *mos italicus*, das Siete Partidas, da Segunda Escolástica espanhola, dos juristas das Índias da Idade do Barroco,⁵⁸ dos tratadistas e decisionistas lusitanos (Álvaro Valasco, Francisco de Caldas Pereira de Castro, Antonio da Gama Pereira etc.), dos práticos da cultura ibérica (José Febrero, Eugenio Tapia etc.) ou dos autores de obras institucionais de diversas tendências, o que inclui também às vezes o “direito do reino” (J. Th. Heineccius está em primeiro plano; H. Vinnius, A. Peretius, S. Magro y Zurita, B. Beleña, J.M. Álvarez), além de, graças à abertura que se seguiu à independência, juristas franceses que se debruçam sobre o Ccfr. e da Pandectística alemã; são romanistas, para quem os textos dos códigos e dos projetos que aos poucos vão sendo produzidos, estratificados, constituem sínteses doutrinárias sobre as quais refletem (recorde-se do papel das *Concordances* de Saint-Joseph, frequentemente utilizada na tradução para o espanhol de Verlanga y Muñiz, mas tal conhecimento é obtido também por outros meios).

São juristas que têm plena consciência da responsabilidade de estender ao máximo a comparação que o direito controverso, elaborado no sistema,

oferece; de escolher e discutir as propostas para procurar aquilo que é “melhor e mais equitativo”, segundo a característica dos juristas do sistema radicada das origens, e que se insere na mencionada diversidade. “O que nos impede de aproveitar tantos materiais preciosos?”, é a pergunta feita por A. Bello segurando entre as mãos o Code Napoléon, do qual também se distancia, com a rica doutrina que o acompanha (Delvincourt em primeiro plano); ao iniciar comparação e reflexão que resultaram na prova da utilidade da elaboração de Savigny acerca da pessoa jurídica (acolhida) ou do negócio jurídico (rejeitada); na exclusão da eficácia translativa do consentimento nas obrigações de dar (CcPeru/1852 art. 574); no amadurecimento das reflexões críticas de Freitas em confronto com Savigny sobre o início da pessoa humana (*Esbôço*, art. 221 e *Nota*; CcArg./1871, art. 63);⁵⁹ nas escolhas sobre o reconhecimento dos direitos previstos nos códigos em favor de todos os homens, lucidamente motivadas por Freitas (*infra* 8.2.3.E); ou que o fizeram repensar a exclusão da enfiteuse etc.

O legislador, no entanto, trabalha no âmbito de uma renovação da afirmação do princípio da competência originária do povo em determinar o direito, sancionada *ab antiquo* pela Lei das XII Tábuas, mantida presente na tradição do fundamento do poder imperial e dos *municipia* / “munípios”, e que voltou para as mãos (de forma ativa) do povo nas declarações de independência dos *cabildos*, alimentada pela releitura dos conceitos e princípios antigos (S. Bolívar, J. Gaspar de Francia, o Império do Brasil). Uma renovação em que a referência à “república” oscila na busca pela forma por meio da qual lhe dar uma expressão adequada, nas circunstâncias concretas do continente; a tendência à adoção do modelo do estado moderno nacional e territorial europeu, que começava a predominar na Europa, às vezes combinado com elementos da tradição anglo-americana, apesar de no decorrer do século se ir tornando prevalente também na América Latina, não teria encontrado consenso, difusão e estabilidade suficientes no continente, inclusive pela sua inadequação às relações entre nação e território das “duas repúblicas” dos “espanhóis” e dos “indígenas”, com uma parcial artificialidade das divisões entre os primeiros e um estranhamento dos povos indígenas, majoritários em algumas áreas, com relação a essas estruturas estatais.⁶⁰

A sanção do legislador não transformou esses códigos em objetos externos ao trabalho do jurista, que os recebe como um dado: à diferença, aliás, do ALR/1794, § 46-49 (referência ao legislador para o *casus dubius* e aos princípios gerais deste código para a integração de lacunas), nenhum legislador desses códigos se apresenta como titular de um poder sobre o texto; também é enfatizada a preexistente tradição do legalismo ibérico, entretanto, juntamente ao critério *obedezco pero no cumplo*.⁶¹ O texto dos códigos era voltado aos juristas, à sua capacidade de “fazer estar junto o direito, melhorando-o cotidianamente”, com toda a já recordada pré-compreensão da realidade da ciência jurídica do sistema, da seleção e do seu desenvolvimento alcançado pelo debate. Ligado à formação dos juristas está o modelo de Universidade, renovado com a Independência (emblemática é a Universidad de Chile, refundada por A. Bello, que foi o seu primeiro reitor). Não é possível, porém, desenvolver nesta sede um sintético balanço e fornecer informações nem sobre estudos universitários⁶² nem sobre a doutrina latino-americana que se desenvolveu após os códigos; sobre eles e os englobando, as citações feitas são apenas ideias iniciais; a evocação da presença também da doutrina europeia, da Escola da exegese francesa e da Pandectística alemã indica somente uma ulterior dimensão desse exame da vida dos códigos a ser realizada, a da comunicação interna ao sistema.⁶³

8.2.2 | Os objetivos da codificação: “transfusão” do direito romano e independência (*aequare libertatem*); melhoramento do direito

Esses códigos se inserem no contexto de uma revolução, que tem como objetivo a realização da independência, em nome de direito; e os próprios códigos estão envolvidos e assumem esse objetivo, tornando próprio, de modo autônomo, o sistema do direito romano para *suis legibus uti* / “fazer uso de leis próprias” nas novas repúblicas independentes.

A independência é fazer Roma na América: com relação a um direito que tendia a ser nacionalizado no continente europeu e na península Ibérica, há uma autônoma apropriação do sistema do direito romano e aquisição de sua perspectiva universalística. Para lançar luz sobre sua lenta,

natural e vital entrada na sociedade americana que se constituía, enfatizou-se como o sistema do direito romano foi “transfundido” para a América Latina.⁶⁴ Observava, de fato, Bello: “aqueles que o [isto é, o direito romano] veem como uma legislação estrangeira são estrangeiros eles próprios na nossa”, e Vélez, analogamente, ressaltava que a “legislação [romana é] tanto sua própria [isto é, da Argentina] como o é da própria Espanha”, enquanto Freitas dizia que “o *corpus iuris* [...] é a fonte vital onde devemos beber sempre e sem descanso”.

A independência é a conquista da igualdade no confronto com os povos dos outros países, sobretudo ibéricos, e com reflexo em todos os europeus. O próprio S. Bolívar, que podemos considerar emblemático, no juramento do Monte Sacro, a vincula ao conflito patrício-plebeu e ao *aequare libertatem* por ele desencadeado, dele extraíndo uma nova dimensão sobre as relações entre os povos. Essa aspiração à igual liberdade entre os povos se integra com uma dimensão interna da própria liberdade; em primeiro lugar, como o oposto da escravidão, o que emerge já da revolução dos Jacobinos negros do Haiti e da conseqüente codificação, aliás, compreendida por Bolívar e depois proclamada por ele após o desembarque em Carúpano, Venezuela (1816); mas também como a liberdade de comércio e indústria, de dispor *mortis causa* etc.

Com os Cc., persegue-se, portanto, o objetivo de renovar de modo independente o pertencimento ao sistema do direito romano, para extrair dele um melhor direito; isso torna a apropriação do direito romano, às vezes como purificação dos seus princípios e independência, um objetivo que penetra na elaboração, na leitura e no seu uso; objetivo comum e caracterizante, no qual se coloca a pluralidade de configurações dos diversos lugares e momentos do continente e do século.

8.2.3 | Perfis da estrutura dos Códigos Civis

(A) *Os códigos em si: brevidade, regras, economia de enunciados normativos; o cruzamento com a doutrina e as rationes: as Notas de Vélez.*

O estilo próprio dos códigos tem algumas variações, sendo alguns mais casuísticos e de redação mais extensa (o CcArg. tem 4.051 artigos), outros

mais breves e de redação mais ligeira (o CcBol./1831 tem 1.571 artigos) e elegante. Os Cc. são breves, contêm prevalentemente regras, às vezes também algumas definições cujo valor como fonte normativa é evidente; buscam a economia dos enunciados normativos e, para isso, constroem partes gerais, nas quais recolhem as normas relativas a perfis comuns a mais institutos, deixando as normas relativas às partes específicas em outro local, em que o instituto específico é disciplinado, de modo que a sua regulamentação completa é fragmentada e distribuída em lugares diversos; essas partes gerais são setoriais (exemplo típico é o da parte geral das obrigações ou dos contratos, que são sucedidas por normas sobre os contratos em particular e outras fontes das obrigações), somente o CcBras./1917 possui uma parte geral para o código todo (da qual se deve ressaltar que um dos três livros é dedicado ao “fato jurídico”) e um autor de projeto (Freitas), aliás, havia proposto uma parte geral para um sistema de códigos. Nesses Cc. foram geralmente recepcionados os resultados do grande desenvolvimento científico que ocorreu na Europa nos séculos XVI e XVII no que diz respeito à reelaboração do direito como sistema de enunciados normativos na forma de regras, por meio da recuperação e transformação do método dos enunciados do edito perpétuo, das obras das Institutas, das obras de regras dos juristas romanos e, depois, de D. 50,17 e da sua releitura racionalista (cujas referências principais são Leibniz e Pothier). Nenhum dos códigos começa na linha da *Novísima recopilación de Leyes de España* de 1806; sob esse perfil, o Ccfr./1804 constitui, como já dito, um termo de referência com efeitos bem mais extensos do que a recepção que, no entanto, precedeu, uniu e sustentou pela difundida publicação de coletâneas de regras (D. 50,17 em primeiro lugar, por exemplo, com as *Explicaciones* de Ever Bronchorst e as concordâncias de Pedro Ruano, México, 1868,⁶⁵ ou com as de F. García Goyena, em diversos fascículos da *Gaceta de los Tribunales* de 1847 no Chile).⁶⁶ A própria *Consolidação* de Freitas tem essas características.

Os Cc. concretizam, dessa forma, um método de elaboração preventiva de *fattispecie*, quase esculpidas em uma linguagem setorial especializada; a técnica de redação prevista acentua o valor dos termos (o Cc. de Bello prevê ainda um parágrafo do Título preliminar sobre o significado de

várias palavras de uso frequente), e quase concentra neles o acontecimento anterior e as potencialidades de desenvolvimento. As *rationes*, as discussões, a variedade de exigências e de perspectivas e os motivos das escolhas são deixados para a doutrina.

Excepcionalmente, mas com um valor que se projeta sobre todos os códigos sob exame, a rede das referências e fundamentações foi de certa forma explicitamente codificada por meio das *Notas* que D. Vélez Sársfield após ao CcArg./1871, que constituem uma ligação fundamental que indica uma solidariedade entre os artigos do código e o sistema do qual é expressão e momento de crescimento.⁶⁷ Na mesma linha, eram as *Notas* de Freitas à Consolidação/1857, que, como aquelas, a integravam. Seguindo a mesma metodologia, colocam-se ainda as *Notas* de C. Beviláqua ao CcBras./1917.

(B) Os Cc. em um sistema dos códigos; sua centralidade

Os Cc. estão inseridos em um sistema de códigos composto de Ccom., Cpen., Cprocciv., Cprocpn. Como o Ccfr., por vezes o sistema de códigos estende-se até incluir outros setores particularmente relevantes para um país em específico: as minas, a agricultura, mas sua perspectiva não se altera. Não temos nenhum código geral do tipo do prussiano de 1794, ainda que tal designação apareça uma vez no primeiro código da Costa Rica. O sistema de códigos não é, todavia, tão abrangente quanto a área temática inclusa no ALR, que era, desse ponto de vista, mais parecida com as *Siete Partidas* ou com os códigos de Justiniano. Isso, muitas vezes, não se realiza em período breve de tempo; algumas vezes o Cc. foi precedido por outros códigos; mas isso depende de fatores contingentes, e podemos considerar o sistema dos códigos idealmente sempre presente na sua unidade. Desse sistema, os Cc. constituem o elemento central, assim como o sistema de códigos se constitui elemento central de uma mais extensa legislação: tais códigos, a bem da verdade, ditam normas comuns válidas, salvo derrogação, também para os outros campos.

(C) Objeto e sistema dos Cc. (o livro das obrigações da raiz nas J. à V Partida)

Nos Cc., o objeto é individuado e é disposto segundo um sistema que

é sua parte integrante. Esse sistema descende dos setores da matéria individuados pelas Institutas de Gaio-Justiniano (v. também *supra* 8.1.1 e seguinte), e a ordem do tratamento foi sendo em certa medida restaurada de maneira crescente desde o CcPeru até o Cc. de Bello, por meio da eliminação da designação do livro terceiro própria do Ccfr., voltada à aquisição da propriedade, e por meio da individuação dos diversos setores segundo a sequência: direito em geral, pessoas (e família e institutos para-familiares), bens e direitos sobre as coisas, sucessão e doações, obrigações em geral e contratos, setor, este último, cuja raiz nas Institutas é certamente reforçada pela V das Siete Partidas, dedicada precisamente ao tema, e que lhe constitui um aspecto caracterizador. Essa ordem, com diverso esquadramento com relação aos livros, foi conservada no CcUrug./1868-1914 e também nos Cc. que tomaram do Ccfr. a eficácia indiretamente real do contrato: CcVen.; CcMéxDF.; CcCR./1888.

A reflexão sistematizadora teve posterior desenvolvimento no CcArg./1871, no qual a força da elaboração da sequência dos setores da matéria das Institutas somente em parte foi mantida, assim como somente em parte é reconhecível no CcBras./1917, com a construção de sua Parte geral e a posição de suas partes especiais. Esse desenvolvimento não alterou, porém, o objeto e a expansão rumo a outros setores que não implementaram tendências de valor geral (assim, as inclusões do direito de autor no CcCR./1888 e no CcBras./1917; do direito notarial no CcPan./1917 etc.).

(D) Os códigos no sistema: os costumes, a doutrina e os princípios gerais do direito

Em conformidade com a individuação do objeto ora mencionada, os Cc. incluem em seu início, ou são acompanhados por leis distintas, mas coligadas (Título preliminar, Introdução etc.), nas quais, por vezes, se sublinha o valor de “introdução não apenas ao Cc., mas à legislação toda” (A. Bello), por outras, a heterogeneidade (C. Beviláqua), e dizem respeito ao direito em geral.⁶⁸

Às vezes, as normas que integram essa primeira parte dos Cc. incluem regras também sobre outras fontes, e nomeadamente a doutrina e os costumes representam um lugar de coordenação e centralidade que deve, além

disso, ser avaliado tendo em conta que, em ambos os casos, as outras fontes supramencionadas são autônomas no sistema.

Quanto aos costumes, se, por um lado, o CcBol./1831, o CcHaiti/1825, o CcCR./1841, o CcRD./1884 e o CcGua. não fazem qualquer referência de caráter geral a eles nesta primeira parte dos Cc., referem-se a eles, ao contrário, o CcPeru/1852, art. vi; o CcCh., art. 2 [ao contrário do que havia previsto A. Bello no seu Projeto 1841-45, art. 5 e 1853, art. 2]; o CcUrug./1868, art. 9; o CcArg./1871, art. 17; o CcCol./1887, arts. 8 e 13 (Lei 153/1887); o CcPort./1889-1902, art. 7; e o CcPan./1917, art. 13), prevendo diversas modalidades de relações com as leis: validade na ausência de leis ou somente se referidos pelas leis etc., e essa ligação é uma fonte de tensão, haja vista a força autônoma – ainda que combatida desde a antiguidade tardia – do costume entre as fontes do direito do sistema em geral, e haja vista sobretudo o papel que era reconhecido aos específicos “costumes e formas de vida [associadas]” no Direito das Índias com relação às instituições indígenas de origem pré-colombiana, à sua resistência e à consistência dos povos que dela se utilizavam.

Quanto à doutrina, além do que já foi dito acima (8.2.1), os Cc. enfrentam o problema da sua incompletude e da sua integração e, ao intervirem sobre o ponto, propõem uma indicação acerca da relação entre os próprios Cc. e o sistema jurídico do qual fazem parte. Por um lado, o CcHaiti/1825, art. 8; e o CcOaxaca/1827, art. 12, baseiam-se no texto do Ccfr./1804, orientação que segue também o CcVen./1862, art. 14; enquanto o CcBol./1831, art. 1.570, ao revés, determina para o caso de lacunas a necessidade de “reenvio ao legislador”, na sua complexa ascendência justinianeia, castelhana e francesa revolucionária; na segunda metade do século XIX, como mencionado, o CcPeru/1852, Tít. prel., art. ix; o CcUrug./1868, art. 16; e o CcArg./1871, art. 16, fixam legislativamente a referência aos “princípios gerais do direito”, já presente no *Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguai*/1852, art. 7, e no *Proyecto del CcCh./1853*, art. 4, de A. Bello, e pela primeira vez codificado no Código Civil do Reino da Sardenha de 1838, art. 15, e depois por meio dele levado para o Ccit./1865, Disp. sobre as leis, art. 3. Exprime a mesma escolha de fundo o reenvio às “razões de equidade natural” e depois aos “princípios

de equidade” contido, no Chile, na legislação processual-civil (respectivamente, art. 3 n. 3, da lei 12 de setembro de 1851 sobre a motivação das sentenças, formulado pelo próprio A. Bello, e art. 170, n. 5, do CproccivCh/1902).⁶⁹ Assim também o reenvio aos “princípios do direito universal” do CcEc./1861, art. 18 n. 7; a: “direito natural e regras de jurisprudência”, “equidade natural”, “doutrina constitucional”, “regras gerais do direito”, do CcCol./1887, arts. 4-8 (lei n. 153/1887), e às “regras gerais” do CcPanamá/1917, art. 13. A referência aos “princípios gerais do direito” encontramos no CcMéxDF./1870 e 1884, art. 20; e no CcBras./1917, art. 7. À diferença do citado ALR/1794 prussiano, que em nome do legalismo estatal defendido fecha a legislação do estado em si mesma, com o reenvio aos “princípios gerais do direito”, o complexo dos Cc. latino-americanos faz uma remissão aos princípios comuns informadores de todo o sistema jurídico romanístico, provenientes do *corpus iuris* e dos sucessivos incrementos do próprio sistema. O reenvio aos princípios gerais é a resposta que assumem os códigos do direito comum da América Latina ao perigo do particularismo legislativo, resposta esta apoiada na junção entre direito romano e modernas técnicas de reelaboração do direito.⁷⁰

(E) A centralidade dos homens e a unificação da sua consideração jurídica básica; o modelo pessoas-direitos reais-obrigações

Os Cc. e o seu sistema têm como ponto de referência os homens, aos quais dedicam, depois das normas sobre o direito em geral, o primeiro livro. A tendência em direção à unificação da consideração jurídica básica de todos os homens foi se aperfeiçoando, mesmo que isso tenha se realizado, em parte, com bastante esforço e, em parte, entre luzes e sombras, com um aperfeiçoamento abstrato que não considera ainda alguns perfis da igualdade ainda difíceis de focar.

A tensão indicada leva ao amadurecimento de um grande resultado: a igualação do cidadão com o estrangeiro com relação à fruição dos direitos tutelados pelos próprios códigos. Pontualmente, Freitas dá a motivação por todos: “A diferença entre estrangeiros e cidadãos [em Roma] foi sucessivamente desaparecendo, houverão grãos intermediários, até que foi abolida – L. 17 Dig. *De statu hom.* Tendo cessado esta diferença, cessou

a distinção entre o – *jus civile* – e o – *jus gentium* –, os quaes se-identificarão. Em sentido inverso, não tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nós, um Direito Civil dos cidadãos em contraste com outro Direito Civil de estrangeiros, cessou a diferença entre cidadãos, e estrangeiros, na arena do Direito Civil, e portanto não existe mais a capacidade restrita dos estrangeiros” (*Introdução a Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1876, 3. ed., p. CXXV, nota 213). A orientação é seguida pelos CcCh./1857, art. 57; CcEc./1861, art. 43; CcVen./1862, art. 5, mantida nas alterações sucessivas); CcNic./ art. 4; CcGua./ art. 51; CcUrug/1868, art. 22 § 2; CcArg/1871, art. 53; CcHond./ art. 49; CcSalv./1859, art. 55; CcCR./1888 art. 21; CcPan./1917, art. 40; e CcBras./1917, art. 3 (como se sabe, na Europa, o CcIt./1865, art. 3, adotou a mesma configuração). A tendência da codificação moderna no sentido daquilo que é designado pela terminologia pandectística como a “unificação do sujeito de direito” foi realizada não como uma atribuição por parte do estado às pessoas, mas em nome de um sistema do direito romano.⁷¹

A mesma tensão exige a abolição da escravidão, que se choca com resistências que às vezes retardam a sua plena realização, com reflexos sobre a codificação, que ora a deixa de fora de sua própria lógica, como a ela estranha e destinada a desaparecer (é o juízo de Freitas ao redigir a *Consolidação*), ora, ao contrário, excepcionalmente, a inclui para depois abrogá-la dentro de poucos anos, como, já recordamos, ocorreu no Peru.

A mesma tendência levou à extinção das normas que diferenciam a condição jurídica dos *índios*, típicas do Direito das Índias, que implicavam formas de tutela cuja eliminação não foi substituída por outras formas de garantia da sua diversidade com relação ao direito codificado.⁷²

Os códigos civis giravam em torno dos homens, da sua tutela desde concepção até a morte, das suas relações familiares;⁷³ giravam, portanto, em torno das suas coisas, da propriedade das quais eram titulares e que, com exceção dos primeiros códigos “afrancesados” (por exemplo: CcBol./1831, art. 289), não era mais “absoluta”, mas lhes assegurava a fruição e a liberdade de disposição (assim já o CcPeru/1852, art. 460), e para cuja circulação prevaleciam modos específicos, diferentes das obrigações; os códigos giravam em torno dos outros direitos que os homens

têm sobre as coisas; da colaboração recíproca entre os homens nas obrigações, que, desvinculadas da perspectiva de ser uma via para a aquisição de coisas, abrem-se em grande parte em direção ao fazer, mas não podem jamais produzir uma nova forma velada de escravidão e surgem principalmente do contrato, expressão da liberdade e boa-fé, que conserva uma enraizada ligação com a obrigação; os códigos asseguram a liberdade de dispor por testamento, sem qualquer vínculo de primogenitura ou de sexo, com os limites da cônica tutela da comunidade familiar. Para a tutela de coisas que sejam de interesse da coletividade dos homens, está presente a ação popular (Cc. de Bello, mas com um valor de caráter geral).

8.2.4 | Os destinatários dos Códigos Civis e o sistema jurídico latino-americano

Quanto aos seus destinatários, os Cc. da transfusão do direito romano e da independência apresentam-se, em certo sentido, como voltados a todos os homens que se encontram no espaço que conquistou a sua independência, em qualquer república. É a “desejada unidade social do continente”, povos e espaço latino-americano, ao lado da individuação das “doutrinas legais professadas na nossa América” que inspira, como se viu, as leituras, as comparações, a recepção, a adoção de textos ou parte deles, o sistema jurídico latino-americano; e que produz também a já mencionada proposta do Governo chileno ao Congresso de Lima de 1877-79 de adotar o Cc. de Bello como código comum em uma perspectiva de unificação do direito, proposta que não frutificou no contexto de uma complexidade que atravessaria percurso mais longo, mas que se punha entre realidade e projeto, ligada ao processo de independência e da almejada construção de uma “república de repúblicas” (Bolívar), em uma perspectiva aberta a tutelar os direitos de todos os homens.

O nome “Índias”, ainda que extensamente utilizado na linguagem administrativa e jurídica da Coroa espanhola, caiu em desuso com a Independência, e se foram firmando os nomes das novas repúblicas. Ao lado deles, aparece, na segunda metade do século XIX, o nome “América Latina”.

Na Europa, sobretudo na França, mas com uma perspectiva supranacional, ressurgiu na primeira metade do século XIX a referência à “latinidade”,

em estudos atentos aos novos cenários que se delineavam. Em substituição à dicotomia historiográfica entre romanos e germânicos à qual aderira ainda Hegel, naquelas décadas surgia uma quadripartição: latinos-germânicos-anglo-saxões-eslavos. Essa qualificação de “latino”, de base étnico-linguística, esteve também presente como instrumento ideológico nos objetivos de expansão francesa fora da Europa (com relação à América, a referência mais imediata é à empreitada de Maximiliano de Habsburgo no México, sustentada por Napoleão III).

A referência à “latinidade” era usada na América com um escopo diverso.

Em face da expansão dos Estados Unidos da América do Norte, que ocuparam mais da metade do México em 1847, e às empreitadas de William Walker na América Central, na Nicarágua e na Costa Rica (1856), a pressão por formas de unidade, bem presente desde os tempos do Congresso Anfritrônico do Panamá convocado por Bolívar (1826), produziu um debate político-institucional relativo à criação de uma *Unión de las Repúblicas de América Latina* (1859), uma *Liga Latinoamericana* (1861), uma *Unión Latinoamericana* (1865), cujo desenvolvimento é relatado nos escritos do chileno Francisco Bilbao e do colombiano José María Torres Caicedo, e nos quais aparece o nome novo: *América Latina*, no qual *Latina*, com letra maiúscula, não é adjetivo, mas um segundo nome, que se une ao primeiro em uma nova unidade lexical superior. A latinidade a que se refere tem um significado essencialmente político-jurídico, destacado, como na antiguidade, da referência a uma língua ou a uma etnia. Ao lado dessa origem destaca-se outra, desenvolvida no âmbito da Igreja Católica, que, com base na proposta do advogado e sacerdote José Eyzaguirre Portales, chileno, criou o *Colegio Pío Latino Americano* (1858; a carta que contém a primeira proposta é de 1855, mas a terminologia usada nesse primeiro momento é incerta).

Após essa autoidentificação político-jurídico-religiosa, em que se destaca um caráter “defensivo” e ao lado da qual há outras como a *nuestra América*, conhecida pela ênfase colocada por José Martí, mas presente também em Andrés Bello de modo um pouco mais reduzido, emerge também na ciência jurídica, graças ao brasileiro Clóvis Beviláqua, a individuação

da especificidade das “*legislações*” da América. Beviláqua, no seu *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado* (2. ed., Bahia, 1897), utilizando e corrigindo o esquema proposto pelo francês Glasson, individua os direitos da América que vinha sendo chamada “Latina” como aqueles que mais diretamente assumiram a base romanística. É de se ressaltar a convergência entre as duas correntes de identificação.⁷⁴

O percurso codificador sintetizado acima se insere nesse processo de autoidentificação que é igualmente rico em implicações práticas: os códigos examinados aperfeiçoaram a transfusão do direito romano na América Latina enquanto concorreram para estruturar o direito na sua Independência; produziram um novo centro de elaboração do sistema na América Latina, um centro em “comunicação” privilegiada com os outros subsistemas do sistema jurídico romanístico; um centro de acentuado universalismo. A especificidade do sistema latino-americano, como subsistema do sistema jurídico romanístico, sucessivamente tornou-se um dado adquirido também pela ciência jurídica europeia quando esta soube superar o eurocentrismo que lhe foi característico ainda ao longo do século XX.⁷⁵ Isso não apaga a relevância do diálogo com a Europa, mas absorve uma significativa inserção numa lógica latino-americano-cêntrica.⁷⁶

8.3 | **NOVOS OBJETIVOS DE IGUALDADE E RECODIFICAÇÃO**

8.3.1 | **A revolução social e a consideração das instituições indígenas de origem pré-colombiana: a recodificação no México (CcDF/1932)***

Na mesma época da aprovação do CcBras./1917 surgiu de maneira evidente, embora incipiente e parcialmente indireta, uma mudança importante para os Cc. A nova Constituição do México de 1917, que se seguiu à Revolução iniciada em 1910, influenciou de maneira consistente matérias que antes eram próprias do Código Civil. Isto é, as normas constitucionais introduzidas eram muito mais atentas aos problemas sociais e às diferentes realidades étnico-culturais do país do que as contidas em outras leis (assim, por exemplo, a Const./1917, dedica o Tít. I, art. 5, e depois o Tít. VI, art. 123, i-xxxi, ao trabalho e à tutela social do trabalhador; igualmente

são estabelecidas diretivas em matéria de educação, art. 3, de propriedade e uso da terra e da água, e de proteção aos “núcleos de população que, de fato ou de direito, conservem o estado de comunidade ‘e que’ tenham a capacidade de desfrutar em comum as terras” e à “pequena propriedade agrícola”, art. 27 etc.). Essa mudança levou à necessidade de atualizar o Cc. e, em 1926, foi constituída uma comissão para redigir o novo Código Civil do Distrito Federal, que foi apresentado em 1928, promulgado em 30 de julho de 1928 e entrou em vigor em 29 de agosto de 1932. Apesar de invertidos os livros terceiro e quarto sobre sucessões e obrigações em relação ao Código anterior, a redação da maior parte dos artigos e a estrutura formal do código não mudam significativamente, mas algumas normas se adequam à nova configuração “social” (por exemplo: art. 2, sobre igualdade jurídica da mulher; art. 17, sobre lesão subjetiva; art. 840, sobre abuso do direito de propriedade, e art. 1.912, sobre abuso do direito em geral; art. 1.913 sobre a responsabilidade objetiva extracontratual ligada ao uso de objetos perigosos; arts. 1.935-1.937, sobre risco profissional, matéria sucessivamente regulada pela Lei sobre o trabalho; art. 2.751, sobre a proibição de deixar terras sem cultivar).⁷⁷ As normas relativas, por exemplo, aos *éjid*os, ao trabalho e à previdência social permaneceram em grande medida externas ao Cc. e foram sinal de uma mudança indireta, mas não de todo irrelevante para a sua estrutura e função, seguindo uma linha de desenvolvimento que ocorreu sucessivamente com outros códigos no continente, e cuja relação com um número crescente de outras leis e códigos foi o seu sinal mais evidente. O CcMéxDF./1932, com modificações, permanece vigor. Seus principais comentários são de R. Rojas Villegas, que desde os anos 1940 continuam a ser reimpressos e atualizados.

Quanto aos Códigos Civis dos estados, estão atualmente em vigor os Cc. de: Aguascalientes, 1948; Baja California, 1974; Baja California Sur, 1996; Campeche, 1942; Chiapas, 1938 (ao qual se junta o *Código de atención a la familia y grupos vulnerables*, 2006); Chihuahua, 1974; Coahuila de Zaragoza, 1999; Colima, 1974; Durango, 1948; Estado de México, 2002; Guanajuato, 1967; Guerrero, 1993; Hidalgo, 1940; Jalisco, 1995; Michoacán, 2008 (ao qual se junta *Cfamilia*, 2008); Morelos, 1994; Nayarit, 1981; Nuevo León, 1935; Oaxaca, 1944; Puebla, 1985; Querétaro,

2009; Quintana Roo, 1980; San Luis Potosí, 1946 (ao qual se junta o Cfamily, 2008); Sinaloa, 1940; Sonora, 1949; Tabasco, 1997; Tamaulipas, 1987; Tlaxcala, 1976; Veracruz, 1932; Yucatán, 1994; Zacatecas, 1986 (ao qual se junta Cfamily, 1986). Ao lado desses, destaca-se a Constituição (rígida, com controle de const. misto), o Código de comércio federal de 1890, uma lei sobre os indígenas e a lei federal sobre o trabalho de 1970.

Na Guatemala, foi elaborado um novo Cc. que entrou em vigor em 30 de junho de 1933, mas não tratou das obrigações, prevendo para estas um código específico (talvez inspirado na estrutura do CcCR./1888 ou nas experiências suíça e ítalo-francesa?) e, na sua pendência, a permanência em vigor da parte correspondente no CcGuat./1877. O Cc. foi novamente renovado em 1º de julho de 1964, data em que entrou em vigor um novo código completo, novamente inclusa a disciplina das obrigações; esse código foi bastante influenciado pelo CcMéxDF./1932 e teve a particularidade de dedicar um livro, o IV, aos registros públicos.

8.3.2 | (segue): variedade de linhas de comunicação internas ao sistema na recodificação do Peru (1936 e 1984*), da Bolívia (1976)*, do Paraguai (1987)*, de Cuba (1987)*

No Peru, a Constituição de 1920 reconheceu as comunidades indígenas e a imprescritibilidade do direito às suas terras; a Const./1933 lhes dedicou todo um título e dispôs programaticamente sobre uma legislação especial. Também outras transformações da sociedade induziram a iniciar um novo projeto de Código Civil: em 1922, foi nomeada uma comissão de juristas que trabalhou para isso⁷⁸ até 1936, quando o Congresso constituinte nomeou outra comissão, depois ulteriormente integrada à primeira, que reviu rapidamente o projeto, aprovado em 30 de agosto de 1936, e em vigor a partir de 14 de novembro de 1936. O CcSuíça/1907 nitidamente inspirou os membros da comissão, constituindo o laço de comunicação com a Pandectística; o CcPeru/1936 incluiu, porém, no seu texto também o direito das obrigações, que constitui o seu último livro e se inicia com uma seção dedicada aos atos jurídicos (art. 1.075 ss.); esse livro inclui também um título dedicado ao contrato de trabalho, mas de somente dois

artigos (1.571 s.), que são substancialmente um reenvio à legislação especial; no entanto, era acompanhado pelo CcomPeru/1902 (que havia substituído o de 1853). O CcPeru/1936 incluiu também um título (art. 70 ss.) relativo às comunidades indígenas, declarando-as submetidas à Constituição e reforçando a necessidade de legislação especial, assim iniciando uma busca pelos instrumentos com ele coligados e adequados a uma busca pela igualdade dos cidadãos não apenas afirmada (*supra*), mas a ser construída também por meio de diversas normas. A vigência do CcPeru/1836 cessou em 1984 com a entrada em vigor do novo Cc. (*infra*).

A Bolívia renovou a sua Constituição em 1967, e, alguns anos depois, o seu Cc. Também essa Constituição representou um desenvolvimento das linhas de transformação no plano social, cultural, e de reconhecimento dos regimes jurídicos particulares aos *pueblos* indígenas bolivianos e à terra, identificando-se com a do México. O CcBol./1831 havia sido modificado em muitos pontos e haviam sido também elaborados projetos para um novo Código: em 1893; em 1919; depois, em 1941, sua redação foi confiada ao jurista espanhol A. Ossorio y Gallardo, então residente na Bolívia, que publicou o projeto em 1943. Em 1963, foram constituídas diversas Comissões para a codificação, que previam, entre outros aspectos, a separação do direito de família do Código Civil. O Cfamília entrou em vigor em 2 de abril de 1973, contemporaneamente ao Ccom., que, porém, foi depois substituído pelo CcomBol./1978. A comissão para o Código Civil (H. Sandoval Saavedra e P. Ortiz Matos) foi ampliada em 1972, conclusos os trabalhos em 1975 e o Cc. foi promulgado em 6 de julho de 1975, entrando em vigor em 2 de abril de 1976. Comentários válidos são os de C. Morales Guillen, *Código civil*, La Paz, 1977 (2 ed., 2004), que, em extensas *Notas*, artigo por artigo, sintetiza fontes, precedentes, debates doutrinários, sentenças, e os de G. Castellanos Trigo, *Derechos reales* (2009), e *Derecho de Obligaciones* (2008). Na redação do CcBol./1976, prestou-se muita atenção ao Ccit./1942, ainda que a separação do Ccfamília e do Ccom. exprima escolhas diversas sobre perfis importantes. Mais importante ainda talvez seja a previsão de legislação especial para as comunidades *campesinas* (art. 72), que tem antecedentes (leis contrastantes de 1831; 1871; 1874 e 1880), mas que havia sido pela primeira vez

proposta para o Cc. no projeto Ossorio (*supra*), e, por assim dizer, preparada pela Const./1947, art. 168, e pela Lei de reforma agrária 1953-1956 (o caráter multiétnico e pluricultural da República é indicado como caracterizante pela Const. 2004, art. 1). O CcBol./1976 permanece em vigor.

O Peru substituiu posteriormente o seu Cc. em 1984. Em 1965, decidiu constituir uma comissão (J.L. Barandiarán, I. Biélich Flórez, A. Eguren Bresani, J.E. Castañeda, H. Cornejo Chávez, C. Fernández Sessarego, R.E. Lanata Guilhem, F. Navarro Irvine, M. Arias Schreiber Peset e J. Vega García) que concluiu os seus trabalhos com um projeto submetido em 1982 à revisão de uma comissão mais restrita, que concluiu os seus trabalhos em 1984. Em 24 de julho de 1984, o novo Cc. foi promulgado, e entrou em vigor em 14 de novembro de 1984. A sua estrutura articulase em dez livros, com soluções novas (por exemplo, dedica um livro às pessoas, no qual enfrenta a regulamentação dos atos de disposição do corpo humano, e introduz também conceituações modernas, qualificando o concebido como “sujeito” em face do princípio segundo o qual ele é equiparado ao já nascido para tudo o quanto o favorece; por exemplo, mediante o desenvolvimento do que há havia sido parcialmente preparado pelo Cc. precedente, dedica específica atenção ao ato jurídico em um livro, o segundo, isto é, logo após o livro sobre as pessoas; e, ainda, por exemplo, dedica um livro exclusivamente à parte geral das obrigações, como no CcCR./1888). Algumas soluções levaram parcialmente em conta, entre outros, o Ccit./1942, como a parcial absorção do Ccom. pela unificação dos contratos civis e comerciais com uma comercialização dos primeiros e pela introdução de normas de reequilíbrio das posições das partes.⁷⁹ Se o Ccom. vem em parte absorvido, o sistema dos códigos articula-se posteriormente, por exemplo, com o Código do menor (de 1962; atualmente L. 23.377, de 2000), que não apenas se une, mas incide sobre a matéria relativa ao menor também regulada pelo Cc. Também no Peru, a Const./1979, (arts. 161 ss.) reconhece as comunidades *campesinas y nativas*, e a Const./1993 reconhece igualmente uma específica jurisdição da autoridade de tais comunidades, que aplicam nos seus territórios o direito consuetudinário, ressalvados os direitos fundamentais, mas com consequente derrogação de normas do Cc. No CcPeru/1984, ainda, é possível

identificar a afirmação de princípios que, “inspirando o direito peruano”, sustentam a maturação desse direito consuetudinário (Tít. prel., art. viii), lhe constituem o lugar de referência ao interno do próprio Cc. e são expressão do sistema jurídico latino-americano (essa perspectiva é explicitada em uma proposta de alteração do referido artigo)⁸⁰ e no debate sobre as emendas ao Cc. foi igualmente proposta a explicitação da referência, com a formulação de um reenvio aos *principios generales del derecho, particularmente los del derecho latinoamericano*.⁸¹ Em meio à vasta elaboração doutrinária que se seguiu a um Congresso realizado assim que o Cc. entrou em vigor (CCP), o primeiro importante texto de referência é a série de monografias de vários autores: *Biblioteca para leer el Código civil* do Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (17 v. até agora).

No Paraguai, em 1959, foi criada uma Comissão Nacional para a Codificação; para o Código Civil foi encarregado L. De Gásperi, com a recomendação de proceder à unificação dos contratos civis e comerciais; ele apresentou o projeto em 1964. Esse projeto foi revisto pela Comissão, e o novo texto foi promulgado em 23 de dezembro de 1985 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1987. Se, por um lado, conservou elementos evidentes da estrutura do Cc. anterior, ainda que com modificações (por exemplo, a divisão do Livro II em dois e a separação dos fatos e atos jurídicos e das obrigações dos contratos e outras fontes de obrigação), por outro, o novo Cc. inspirou-se particularmente no Ccit./1942, nas modificações do CcArg./1871 e no Projeto Bibiloni. Sobre o Código do Paraguai, elaboração doutrinária panorâmica é a de M.A. Pangrazio.^{81-bis} Não obstante o contexto sociocultural presente no Paraguai, do qual se pode considerar um indício a adoção oficial de duas línguas, o espanhol e o guarani, também no Paraguai foi aprovada uma legislação especial para as comunidades indígenas (Lei n. 904, de 1981), que foi reconhecida pela Const./1992 (arts. 62 ss.), assegurados os direitos fundamentais, a aplicação de um direito consuetudinário mediante derrogação do Cc. Além disso, foi aprovado também um Código do menor e depois um da infância (Lei n. 903, de 1981, sucessivamente derrogada pela Lei n. 1.680, de 2001), que, em outro sentido, incidiu sobre matéria do Cc. que é a condição dos menores.

Em Cuba, depois de projetos para substituição do Cc. (em particular, o Projeto A. Sánchez de Bustamante de 1940), o impulso pela sua substituição derivou da revolução de 1959. Como em outros países, em 1975, foi aprovado um Código de família. Desde 1969, no entanto, iniciou-se a elaboração de projetos que desembocam no Projeto 1983 (V. Rapa Álvarez e outros), revisto ainda em 1985, aprovado em 16 de julho de 1987 e em vigor em 15 de outubro de 1987. Ao lado da trama na normativa preexistente, prevaleceu aqui a leitura dos Cc. dos países socialistas da Europa Oriental⁸² e o esforço, presente em particular com relação ao ZGB/1976, de redigir um Código muito breve, interpretável pelo cidadão comum, com um consequentemente largo espaço deixado à prática interpretativa de um aparato político-administrativo e à pré-compreensão derivada da dogmática romanística presente por trás dos Códigos.⁸³ O CcCu./1987 permanece em vigor.

8.3.3 | (segue): o primeiro Cc. do novo milênio no Brasil (2003)*

O Cc. latino-americano mais recente é o do Brasil. Em 1941, foi publicado, sem que se tenha dado seguimento, um pré-projeto privado de Código das obrigações, com o objetivo de unificar a matéria civil e comercial. Sucessivamente (1961), foi dado o encargo a O. Gomes de elaborar um pré-projeto de Cc.,⁸⁴ excluído o direito das obrigações para o qual foi dado o encargo a C. M. da Silva Pereira. Os pré-projetos exprimiam uma clara oposição à parte geral, e uma orientação favorável à organização da matéria própria do Código Civil suíço (eventuais outros antecedentes, limitados às obrigações, como se sabe, são o *Dresdner Entwurf*/1865 e o Projeto ítalo-francês/1927); tais pré-projetos foram transformados em projetos e revistos, mas depois os trabalhos pararam. Em 1969, foi criada pelo Ministro da Justiça uma “Comissão de revisão e elaboração do Código Civil” coordenada por Miguel Reale, e composta de José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Erbert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. O trabalho articulou-se conservando a configuração de uma Parte Geral, à qual se seguem cinco Partes especiais: “Obrigações”, “Direito da empresa”, “Direito das coisas”, “Direito de

família” e “Sucessões”, na segunda das quais se opera, embora não exclusivamente, uma fusão incompleta do direito civil e do comercial (partes do Ccom. permanecem em vigor).⁸⁵ Depois de três versões (1972, 1973, 1974), a de 1975 foi enviada ao Congresso Nacional no mesmo ano e aprovada pela Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 634-B/75.⁸⁶ Sobre o Projeto, foram elaborados ainda vários pareceres publicados pela Câmara dos Deputados em 1978 e em 1981; em 1984, foi aprovado pela Câmara dos Deputados um texto que tinha avaliado os precedentes pareceres e observações e que foi enviado ao Senado Federal. O Projeto ficou parado por cerca de dez anos, durante os quais foi, entre outros aspectos, também aprovada no Brasil a nova Constituição de 1988 (trata-se de uma constituição rígida), muito extensa (250 artigos, dos quais alguns divididos em dezenas de parágrafos), que dita normas sobre a ordem econômica e financeira (arts. 170-192), sobre a ordem social (arts. 193-232), muito detalhadas na matéria de direito privado, mas que introduziu mudanças substanciais somente em matéria de direito de família. Anterior era, no entanto, uma larga série de inovações, desde, por exemplo, aquelas em matéria de direito do trabalho (cfr. a Consolidação das Leis do Trabalho, DL. n. 5.452/43) até aquelas relativas às populações indígenas (cfr. Estatuto dos Índios, Lei n. 6.001/73), que preveem o respeito aos “usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum” (art. 6) e assim incidem sobre a condição comum de base de todos os homens, matéria própria do Cc., interferindo de maneira mais direta com o próprio Cc.. O Projeto do Cc. foi depois retomado em 1995 e foram examinadas por M. Reale e por J.C. Moreira Alves, também com a colaboração de outros, uma série de emendas e complementos relacionados à nova Constituição. O texto consolidado foi aprovado pelo Senado em 1997 e teve de retornar à Câmara dos Deputados, onde foi aprovado em 10 de janeiro de 2002, entrando em vigor em 10 de janeiro de 2003. O novo Código Civil suscitou uma produção científica digna de nota: de um lado, obras de comentário, dentre as quais, por exemplo, A. Junqueira de Azevedo (coordenador) – *Comentários ao Código Civil*, 22 v., São Paulo, 2003 –;

como sinal do quadro cultural, pode-se indicar igualmente uma atenção à particular relação com a Constituição, pois a sua extraordinária extensão dá à operação interpretativa uma importância de todo própria e talvez distinta da que se opera com respeito a textos constitucionais mais sintéticos: G. Tepedino (coordenador), *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2002.

8.3.4 | (segue): intervenções modificadoras e indiretas sobre os Códigos

Com relação aos 14 Códigos que não referi por último porque não foram substituídos por códigos sucessivos, isto é, CcHaiti/1825; o CcRD./1888; CcCh./1857; CcEc./1861; CcCol./1887; CcSalv./1859; CcHond./1906; CcArg./1871; CcUrug./1868-1914; CcVen./1873-1982; CcCR./1888; CcNic./1904; CcPan./1917; CcPortoRico/1889, seria necessário avaliar muitas modificações incorporadas a eles por meio de leis que substituíram, modificaram ou acrescentaram normas (somente a título de exemplo, para o CcArg./1871, a Lei n. 17.711/68, elaborada por uma comissão na qual se destaca a figura de G. Borda, deu, entre outros aspectos, atenção específica ao equilíbrio contratual: lesão, abuso de direito, boa-fé, excessiva onerosidade superveniente imprevisível etc.; para o CcCh./1857, pode-se citar a Lei n. 19.585/98, que modificou profundamente o sistema de filiação concebido por Andrés Bello e fortemente defendido no texto da mensagem com a qual o Poder Executivo requeria ao Congresso a aprovação do Código; para o CcCol./1887, a Lei n. 791/2002 reduziu os termos de prescrição em matéria civil, modificando alguns artigos do Título XLI do Livro IV sobre obrigações em geral e sobre os contratos), mas não será possível fazê-lo. Podem ser assinaladas algumas experiências de projetos de reforma: por. ex., para o CcArg., o Projeto Bibiloni de 1926-1932, que constituiu uma reflexão sobretudo sobre os frutos da pandectística alemã e da literatura maturada após o BGB e que foi reelaborado por Lafaille e outros por meio do Projeto/1936 e depois não acolhido, assim como ocorreu também com o Projeto J.J. Llambias (1954); e pode ser assinalado sobretudo o complexo dos projetos recentes, a começar pelo Projeto Lepera/1986, que, atento à experiência italiana, propunha unificar o Cc. e o

Ccom., e, aprovado a Congresso, Lei sobre unificação da legislação civil e comercial da Nação, 1987 e 1991, foi bloqueado pelo Governo e sucedido pelos Projetos da Comissão nomeada pela Câmara dos Deputados da Nação (1993), pelo Projeto da Comissão nomeada pelo Senado da Nação (1993), pelo Projeto da Comissão presidida por A. A. Alterini (1998) e pelo Projeto de Código Comercial e Civil da Comissão presidida pela Presidente da Suprema Corte R. Lorenzetti (2012); para o CcCol./1887, o Projeto de Código civil de Arturo Valencia Zea (1960).

Ao lado dessas mudanças diretas, assinala-se que o próprio sistema de códigos de diversos dos países interessados é frequentemente modificado: por exemplo, além do Peru e do Paraguai (*supra*), também no Uruguai (Lei n. 9.342, de 1934, depois Lei n. 17.823, de 2004), na Colômbia (Decr. n. 2.737, de 1989, e sucessivamente Lei n. 1098, de 2006), na Costa Rica (Lei n. 7739, de 1998, e L. 8.261, de 2002), no Equador (Lei n. 100, de 2003) etc. foram promulgados Códigos dos menores, da infância, que interferem com as normas relativas aos menores comumente presentes nos respectivos Cc; no Chile (DFL. n. 178/1931, hoje DFL. n. 1/2003), na Colômbia (Decr. n. 2.663, de 1950, modificado pelo Decr. n. 3.743, de 1950, e n. 905, de 1951), no Equador e nos Países da América Central foram produzidos alguns Códigos do trabalho, frequentemente modificados (mais frequentemente esta matéria é confiada a leis, às vezes depois reunidas e às vezes consolidadas).

Em grande parte, também, não por meio dos textos normativos qualificados como Códigos, mas também na Argentina (Lei n. 23.302, de 1985, de política indígena e de apoio às comunidades indígenas), no Chile (Lei n. 19.253, de 1993), na Colômbia (Lei n. 691, de 2001, que regula a participação dos grupos étnicos no Sistema geral de seguridade social) e no Equador foram produzidas leis relativas aos núcleos de população que conservaram formas de organização e de vida de origem pré-colombiana, e essas normas concorrem com as dos Cc. em diversos aspectos.

Como já mencionado, mudou também o sistema das fontes no qual os códigos passaram a se encontrar: são constituições rígidas, com procedimentos de controle de constitucionalidade das leis, as da Bolívia, do Chile, da Costa Rica, da Guatemala e do Paraguai; reconhecem igualmente a direta aplicabilidade de convenções internacionais os ordenamentos da

Argentina, Chile e Colômbia (em relação à matéria dos assim chamados direitos humanos).

A literatura jurídica mais atenta realizou a sua obra cotidiana e os Cc. são cada vez mais lidos prevalentemente por meio das interpretações desenvolvidas no quadro do debate das revistas jurídicas (cotidianas são *La ley e el derecho* em Buenos Aires!) e das outras publicações coletivas, às vezes temáticas (sobre responsabilidade, sobre boa-fé etc.), das obras de aprofundamento sobre as grandes divisões da matéria (por exemplo, F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, 2002; J. Melich Orsini, *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1997; A. A. Alterini; O. J. Ameal-R.M. López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4. ed., Buenos Aires, 2008; M. A. Laquis, *Derechos reales*, 4 v., Buenos Aires, 1975-1984 etc.), dos encontros científicos [por exemplo, os “Congressos” e as “Jornadas argentinas de direito civil” que periodicamente reúnem professores argentinos e estrangeiros, que se possuem algumas conclusões que depois são publicadas (a última publicação completa dessas em: *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, 2005), as quais são depois desenvolvidas pela doutrina nas suas publicações e pelos tribunais na interpretação e integração do CcArg./1871]. Tal contínua reelaboração às vezes encontra uma consolidação de conjunto, seja de forma sintética (por exemplo, *Código Civil colombiano comentado*, G. Contreras Restrepo-A. Tafur Gonzalez, A. Castro Guerrero, Bogotá, 2009) seja em grandes comentários ou tratados novos ou atualizações de obras da primeira metade do século passado [por exemplo, na Argentina, à obra de A.A.V.V., *Código Civil comentado (doctrina-jurisprudencia-bibliografía)*, 18 vol., Santa Fe, 2004-2007; no Chile, A. Alessandri-Somariva, com atualização de A. Vodanovic H., *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*, 2. v., 7. ed., Santiago, 2005, ao lado dos quais outros sete volumes sobre partes diversas] (deve-se, porém, assinalar as repetidas reimpressões não modificadas de obras já clássicas da primeira metade do século passado, como o famoso: L. Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 15. v., Santiago, 1898-1945; novamente devo sublinhar a impossibilidade de tratar desses aspectos do tema nesta ocasião).

Merece ser indicado o fato de que, como para os Cc. do século passado, no quadro da comunicação entre sistema latino-americano e europeu (continental), emergiu uma atenção ao Ccit./1942, assim também no âmbito da releitura dos próprios Cc. do primeiro período examinado, a ciência jurídica latino-americana teve presente a ciência jurídica italiana: por exemplo, isso se vê na citada Lei n. 17.711 argentina e nos projetos de reforma do CcArg.; isso foi evidenciado também para a Colômbia.

8.4 | **(SEGUE) CARACTERÍSTICAS COMUNS E PERSPECTIVAS ABERTAS**

8.4.1 | **Códigos Civis, complexidades, exigências sociais**

A vitalidade dos Cc. resulta confirmada no século XX. Durante o século, assiste-se à superação de uma série de simplificações que a revolução política e de independência havia realizado, e isso influencia os Cc. A sociedade torna-se mais complexa e também em parte diversa da interpretação parcialmente unilateral que o objetivo da realização da independência tinha feito emergir, e também a sua variedade cresceu: a eliminação da escravidão, as grandes migrações e as vozes dos povos indígenas constituem transformações sociais profundas; o princípio democrático reafirmado com a independência trazia alguns frutos: a inovação técnico-científica, o desenvolvimento de grandes aparatos hierarquizados, produtivos ou burocráticos, os problemas energéticos, a assim chamada globalização econômica e financeira etc. O sistema de códigos no século XX tornou-se mais articulado: trabalho, transporte, condição dos menores e família são setores aos quais são dedicados códigos; por último, a tutela do consumidor; verifica-se, ao contrário, uma redução da separação entre Cc. e matéria comercial. Com mais frequência, enriqueceu-se o complexo de leis que circunda o Cc. Também a relevância reconhecida pela ciência jurídica às constituições, a previsão que o legislador fez de procedimentos de “controle de constitucionalidade” e também a relevância e justiça de direitos reconhecidos por declarações e convenções internacionais vêm a interseccionar-se com os Cc. no quadro dos ordenamentos que, de um lado, são marcados por uma crescente fragmentação e, de outro lado,

veem a doutrina latino-americana ainda lhe compor a unidade em torno ao Cc.

A reescrita dos Cc. sempre foi competência de comissões de juristas; a sua formação foi em parte mudada e a sua relação com o *principium* do sistema é mais frequentemente fruto de mediações múltiplas, das quais nem sempre os acréscimos são criticamente gerenciados, mas a elaboração dos Cc. acaba por ser um espaço de renovado desenvolvimento da *ars boni et aequi* para objetivos mais completos, com uma instrumentação que une a inclusão em um único texto, a coordenação de uma pluralidade de textos, e, logo, o crescimento de uma legislação especial, complementar, de cuja unidade ela sozinha continua a ser garante; ela incidiu, sem grandes mudanças, sobre o estilo dos enunciados normativos; em um caso produziu um parcial desenvolvimento de não assim designadas “partes gerais” (os primeiros dois livros do CcPeru/1984, sobre pessoas e ato jurídico) e em outro caso produziu uma radical simplificação (CcCuba/1987). Quanto à ordem, podemos destacar uma tendência ao deslocamento-desenvolvimento do direito das obrigações com uma unificação interna entre o civil e o comercial; a isso se acrescenta, em um caso (CcBras./2003), a inclusão no Cc. do direito da empresa. Cresceu o papel da boa-fé, da confiança e da segurança no comércio jurídico e se deu voz às “finalidades econômicas e sociais”; foi reintroduzido o direito de superfície (CcPeru, arts. 1.030-1.034).

8.4.2 | Códigos e instituições indígenas de origem pré-colombiana

Com relação aos homens, a tensão em direção à unificação da consideração unitária da pessoa realizada enriqueceu-se pela consciência da necessidade de perseguir a igualdade também por meio de regulamentações especiais: é o caso dos reconhecimentos das instituições de origem pré-colombiana em âmbitos pessoais e territoriais delimitados. Não parece que esse tipo de elaboração possa ser unitário para todas as regiões, ou que se possam aplicar considerações elaboradas em outro lugar para as assim chamadas “minorias”. O firme reaparecimento do problema, ao qual a resistência dos povos envolvidos deu uma grande contribuição na conservação do próprio

patrimônio jurídico e ao qual alguns esquemas jurídicos do direito anterior à Independência tinham oferecido uma linha de possível solução (*supra*), parece se constituir um desafio para os juristas e para o legislador desenvolverem o sistema nessa frente temática, que implica o *aequare libertatem* na dimensão plural dos homens organizados, dos muitos povos que fazem parte de um único povo, central para ele e os seus códigos.⁸⁷

8.4.3 | Tendências em direção à harmonização/unificação do direito

A existência do sistema, seu valor heurístico e sua eficácia prescritiva de uma interpretação “sistemática em sentido pleno”, confirmada pelo papel do reenvio aos “princípios gerais”, estão à base de uma necessária interpretação harmonizante dos diversos códigos e em geral da legislação na América Latina. Esta é sustentada pelos processos de integração regional e sub-regional em curso, ainda que frequentemente não duradouros (ALALC, Aladi, Sela, Grupo Sub-Regional Andino, Mercado Común Centro-Americano, Caricom, Mercosur⁸⁸) e é enfraquecida pelos mesmos fatores, internos e internacionais, que obstaculizam tal integração. Merece ser mencionada uma específica linha de trabalho na matéria: foi experimentada a ideia de “códigos tipo” / “códigos modelo”, que entendo seja qualificável como especificamente latino-americana, e que tem o objetivo de orientar a harmonização por meio da elaboração precisamente de um modelo comum produzido pelos juristas: o qual foi introduzido, aliás, em 1963-1971, com referência ao direito penal,^{88-bis} depois foi experimentado em matéria de direito tributário, desenvolvido em matéria de processo civil (*Anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica*⁸⁹), processo penal (*Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*⁹⁰), foi discutido para o direito do trabalho,⁹¹ e, com referência à matéria própria dos Cc., para o direito das pessoas,⁹² para o direito da empresa⁹³ e para o direito das obrigações.⁹⁴ Este último ocorreu também sob o incentivo da reflexão sobre a atormentada história da individuação dos princípios gerais do direito que devem, ou deveriam regular a dívida externa, e cuja afirmação é indispensável para a tutela das partes fracas.⁹⁵ Por fim, o Parlamento Latino-americano elaborou os *Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa* (2003).⁹⁶

8.4.4 | Códigos, princípios do direito latino-americano, comunicação, resistência e abertura do sistema.

O papel da ciência jurídica

Na América Latina, a referência aos “princípios gerais do direito” (cfr. CcMéxDF./1932, art. 19; Ley Orgánica del Poder Judicial CR/1938, art. 5; CcPeru/1984, Disp. Prel., art. viii; CcPar./1985, art. 6 co.2; CcBras./2003, art. 7 Introd. não alterada) permaneceu estranha ao legalismo estatal que tinha se tornado hegemônico na Europa entre as últimas décadas do século XVIII e a primeira metade do século XIX (a formulação do art. 12 Disp.prel. Ccit./1942 – “princípios gerais do ordenamento do Estado” – foi a mais lúcida expressão deste fechamento dos ordenamentos em si mesmos no quadro do monopólio por parte do estado na produção do direito), mas também é de se notar que houve uma pressão da diversa tendência europeia (exemplo dos efeitos dessa pressão é o art. 1, § 2, e art. 193 CproccivBol./1976 que se refere à *equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado*). A emergência ao nível de formulação do texto de um artigo do código da individuação do sistema jurídico latino-americano, na referência aos seus princípios, constituiu um passo ulterior, que está sendo acompanhado pela difusão ao nível universitário de ensinamentos relativos aos fundamentos do sistema latino-americano. Os ordenamentos são, dessa forma, abertos e comunicantes entre si, e, ainda que em um contexto de correntes também diversas, a circulação dos juristas e das suas obras alimenta e alimenta-se disso.⁹⁷

O crescimento dessa aquisição científica funda uma doutrina comum e uma interpretação harmonizante ao interno do sistema, mas, como já indicado, não o isola, e isso é relevante na comunicação o mais das vezes indicada com a elaboração do direito que se desenvolve nos países europeus continentais.

A identidade do sistema encontrou nos Códigos um instrumento de afirmação; no século XIX, parece-me que esses constituíam, no entanto, um instrumento de “resistência”. Em face das pressões ligadas a forças econômicas que tendem a afirmar de modo exclusivo as próprias regras e interesses e primam pela desestruturação do direito do sistema romanístico, do seu método de prévia individuação e discussão das *fattispecie*, sustentando

algumas vezes ser o direito um “obstáculo ao desenvolvimento”, parece que os códigos, adequadamente sustentados pela doutrina, sejam uma forma de, sem impedir o necessário crescimento constante do sistema, prestar ainda a sua coerência à tutela dos homens.

A tradução dos Cc. do Chile, da Argentina e do Brasil em chinês parece testemunhar uma abertura do sistema, nas suas concretas articulações, e, portanto, na própria pluralidade dos seus centros de crescimento, que continua a colocar-se à disposição de todos os homens para que elaborem livremente o próprio direito.

NOTAS

1 O asterisco indica os Códigos em vigor.

2 Sobre o nascimento do modelo de Código e sobre o acontecimento dos Códigos de Justiniano e dos seus juristas até a nossa era das grandes revoluções e dos Códigos modernos, cfr. as minhas duas respectivas contribuições neste volume.

3 Uma pequena coletânea dos primeiros textos desses atos, organizada por D. ESBORRAZ, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 29/2010, p. 293 ss.: “Documentos relativos a los primeros actos hacia la independencia de América Latina”: Cabildo de Caracas, 19 de abril de 1810; Cabildo de Buenos Aires, 25 de maio de 1810 e Instalación de la Junta provisoria gubernativa, 25 de maio de 1810; Cabildo de Bogotá, 20 de julho de 1810 e Instalación de la Junta Gubernativa, 18 de setembro de 1810; Discurso de Miguel Infante, Cabildo de Santiago de Chile, 18 de setembro de 1810; Discurso de Miguel Hidalgo, e Proclama, 16 de setembro de 1810.

4 [S.S.], *Il riferimento a “código” nei primi documenti costituzionali latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 12, 2001, p. 371 ss. A referência à existência de códigos é também presente na Constituição de Cádiz de 1812, art. 258, prevendo o seu caráter comum em toda a monarquia espanhola, e, sob certos perfis, as citadas previsões a isso se contrapõem em uma afirmação de independência; isso, pois testemunha o valor “constitucional” atribuído aos códigos (cfr. O. BEHREND, *Le codificazioni romanistiche e le costituzioni moderne (sull’importanza costituzionale del diritto romano)*, in S. SCHIPANI (coord.), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*. Padova, 1991, p. 195 ss.

5 A expressão “direito caribenho” vem também utilizada em sentido amplo, para indicar todo o direito vigente no Caribe, portanto, também aquele *sub II*.

6 Incontáveis são os testemunhos do direto uso do direito romano; por. ex., R. ROA BÁRCENA, *Manuel razonado de práctica civil forense mexicana*, 2. ed., México, 1862 (reimpr. com *Estudio preliminar* de J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, México, 1991), concluindo o elenco das fontes com base nas quais no México se deverão decidir as questões, escreve: “Por las leyes de las Siete Partidas, sin que á falta de leyes patrias se pueda apelar al derecho romano ó á las opiniones de los intérpretes”.

7 Este *Digest of the Civil laws now in Force in the Territory of Orleans / Digeste des lois civiles maintenant en vigueur dans le Territoire d’Orleans*, 1808, depois *Civil*

Code of the State of Louisiana / Code Civil de l'Etat de la Louisiane, 1825, foi originariamente baseado no projeto do ano VIII do Ccfr./1804, e foi lido e considerado com grande atenção no curso da elaboração de diversos Cc. latino-americanos, nos confrontos dos quais foi portador, por exemplo, daquela referência à “equidade” com relação à interpretação e preenchimento das lacunas das leis que estava presente naquele projeto, e foi depois eliminado no texto definitivo do Ccfr./1804: cfr. o ProjetoCcCh./1853, art. 4, e *Nota de Bello*. O CcLuis./1825 foi reformado em 1870; J. DAINOW, *Civil Code of Louisiana. Revision of 1870 with Amendments to 1960*, St. Paul, 1961. Cfr. uma reimpr. do *Título preliminar* com as páginas do manuscrito relativo às suas fontes, com uma *Nota* de D.F. ESBORRAZ, in *Roma e America*, 25/2008, p. 233 ss.

8 Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamerica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, *passim* (o reenvio a esta obra é de se entender geral, e não o repetirei que por motivos específicos). Para a revolução dos assim chamados “jacobinos negros”, cfr. S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel Nuovo Mondo*, in G. VISINTINI (coord.), *Il diritto dei nuovi mondi*, Padova, 1994, p. 75 ss.

9 V. J. CASTELLANOS PIZANO, *La influencia del derecho francés sobre el derecho dominicano*, in *Roma e America*, 25/2008, p. 11 ss. com extensa bibliografia.

10 Cfr. reimpressão, com amplo estudo introdutivo de R. ORTIZ URQUIDI, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, 1974.

11 S. SCHIPANI, *Op. cit.*, in *Il diritto dei nuovi mondi*, cit., p. 79 s. ao qual faço referência geral para este problema, em relação ao qual *adde* S. SCHIPANI, *Codici civili del Risorgimento e codici dell'Indipendenza latinoamericana: base comune e consonanze (principi generali del diritto e considerazione giuridica degli stranieri)*, in *Il Risorgimento italiano in America Latina. Atti del Convegno internazionale. Genova 24-25-26 Novembre 2005*, Ancona, 2006, p. 209 ss.

12 S. SCHIPANI, *La definiciones del contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, in *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, II, Bogotá, 2001, p. 17 ss. (o reenvio a este escrito é geral para quanto diz respeito às observações sobre a definição dos contratos).

13 Cfr. também, por um lado, o ProjetoCcesp./1821, art. 12, e, por outro lado, as *Siete Partidas* 1,1,14; sobre o ponto S. SCHIPANI, *Op. cit.*, in *Il diritto dei nuovi mondi*, p. 90 e *Codici e rinvio ai 'Principi generali del diritto'* in ID., *La codificazione del diritto romano*

comune, rist. accresciuta con brevi Note aggiunte, Torino, 2011, p. 142 e neste volume (o reenvio a este texto é geral com relação às observações relativas à referência aos “princípios gerais do direito”).

14 Cfr. A. JORDÁN QUIROGA, *Un código perdido en los Andes*, 1998 sobre o qual (S.S.), *Cinque libri sulla codificazione in America Latina*, in *Roma e America*, 8/1999, p. 275 ss.

15 J. E. GUIER ESQUIVEL, *Historia del derecho*, San José, 2006.

16 São visíveis as correspondências deste sistema expositivo com o das Instituições de Justiniano (por sua vez baseadas nas de Gaio).

17 Essas técnicas encontram antecedentes nas formulações de obras como as difundidíssimas Instituições de direito romano de Heineccius e, ainda mais, nas *Pandectae in novum ordinem digestae*, ao título D. 50,17 *De regulis iuris*, de M. Pothier; nos *Libri regularum* dos juristas romanos, e, acrescentaria, nas cláusulas das fórmulas do edito perpétuo, no qual o enunciado normativo a utilizar era composto em uma forma muito sintética, individuando em um modo essencial e tecnicamente preciso os elementos da *fattispecie*, o que resultava da composição a fazer também unindo “segmentos” diversos de previsão deles mesmos, às vezes também longes um do outro, em um contexto de economia dos próprios enunciados.

18 Sobre o papel das Instituições, cfr. K. LUIG, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in *Ius commune*, 3, 1970, p. 64 ss.; S. SCHIPANI, *Andrés Bello ‘romanista-istituzionista’*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Roma 1981*, Caracas, 1987, p. 205 ss. (= in *La codificazione*, cit., p. 279 ss.); ID., *Il “méthodo didáctico” di Augusto Teixeira de Freitas (Prime osservazioni)*, in S. SCHIPANI (curatore), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, 1988, p. 533 ss. (= in *La codificazione*, cit., p. 319 ss.).

19 Esta formulação foi introduzida de maneira estável, como se sabe, pela primeira vez no Cc. albertino de 1838, art. 15, que se diferencia nesse aspecto seja do ALR/1794, § 49; seja do Ccfr./1804, art. 4 Tit. Prel., seja do ABGB./1811, § 7: cfr. S. SCHIPANI, *Op. cit.*, in *Il diritto dei nuovi mondi*, cit., p. 90 e *Codici e rinvio ai ‘Principi generali del diritto’* neste volume.

20 J. BASADRE, *Historia del Derecho Peruano*, 4ª ed., Lima, 1988, p. 323 ss.; C. RAMOS NUÑEZ, *Historia del Derecho Peruano. Siglos XIX y XX*, I, *El orbe jurídico*

ilustrado y Manuel Lorenzo Vidaure, Lima, 2003; C. RAMOS NUÑEZ, II, *La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*, Lima, 2005.

21 C. H. CUESTAS G., *Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena*; Panama, 1991, p. 24 ss.

22 S. SCHIPANI, *Andrés Bello ‘romanista-istituzionista’*, cit., p. 279 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *El pensamiento codificador de Bello entre las polemicas chilenas en torno a la fijación del derecho civil*, in *St. Sassaesi*, 5, 1977-78 (1981) (*Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Atti a cura di S. SCHIPANI), p. 139 ss.

23 O texto do código e os diversos projetos em A. BELLO, *Obras Completas*, XII-XIII, Caracas, 1954 (*Introducción* de P. Lira Urquieta) (com reimp.).

24 Sobre o Projeto/1853, art. 4 de A. Bello cfr. *supra*; esse não foi acolhido porque se entendeu que o ponto já era regulado pela lei sobre a motivação das sentenças de 1851. Tal projeto previa também um artigo com o reconhecimento da força de lei dos costumes (Projeto/1853, art. 2-3).

25 Sobre o progresso na valorização da boa-fé com respeito ao Ccfr./1804 da parte de A. Bello, cfr. S. SCHIPANI, *Las definiciones del contrato*, cit., 34, n. 38 [por erro material, a nota é referida a uma frase precedente]; cfr. sobre o tema, depois, sobretudo R. CARDILLI, *La “buona fede” come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in *Roma e America*, 13/2002, p. 123 ss., e particularmente p. 174 ss. (= *La formazione del sistema giuridico latinoamericano: Codici e Giuristi. Atti del Congresso*, a cura di R. CARDILLI) (agora neste volume).

26 H. HANISCH ESPINDOLA, *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de don Andrés Bello*, in *Studi Sassaesi*, 5, 1977-78 (1981), XXXVI-607 (= *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Atti a cura di S. SCHIPANI), p. 21 ss.; ID., *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago, 1983; K. LUIG, *Gli Elementa Juris civilis di J. G. Heineccius come modello per le Istituciones de Derecho romano di Andrés Bello*, in *Andrés Bello*, cit., p. 259.

27 P. VILLARD, *I romanisti francesi nell’opera di Andrés Bello (1804-1865)*, in *Andrés Bello*, cit., p. 275 ss.

28 S. SCHIPANI, *Del derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra*

de Andrés Bello (*Pluralidad de fuentes del Tit. I del lib. IV del 'Código Civil de Chile' y de sus proyectos*), in *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 6, 1981, p. 165 ss.

29 Dentre os primeiros intérpretes, podemos mencionar: J. V. LASTARRIA, *Instituta del Derecho civil chileno*, Santiago, 1863; J. CHACÓN, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, Santiago, 1868; P. ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, Santiago, 1882; R. Vera, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado*, Santiago, 1892-1897; A. SÁNCHEZ, *Breves explicaciones de los títulos I a XIX y XXI; XXXIX y XXXV del Libro IV del Código Civil*, Valparaíso, 1897; J.C. FABRES, *Instituciones de Derecho civil chileno*, Santiago, 1902, 2 ed. A. GUZMÁN BRITO, *El Código Civil de Chile y sus primeros intérpretes*, in *Rev. Chilena de Derecho*, 19, 1992,1, p. 81 ss.

30 Também o estado de Bolívar adotou um Código em 1862, que entrou em vigor no mesmo ano; mas dele não sei a origem.

31 2ª ed. corrigida e aumentada pelo autor e por Luis-Angel Arango, Paris, Imp. Paris-América, 1926. (Existe também uma edição mais recente: FERNANDO VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, actualizado y complementado con nociones generales, comentarios y jurisprudencia por Jairo López Morales, Bogotá, Ed. Lex, 1981).

32 J. SAMTLEBEN, *Derecho internacional privado en America Latina*, I, Buenos Aires, 1983, p. 10 ss.

33 R. KNÜTEL, *Influenza dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794 sul Código Civil argentino del 1869*, in *Dalmacio Vélez*, cit., p. 79 ss.

34 Sobre os primeiros intérpretes do CcArg., A. CHÁNETON, *Historia de Vélez Sársfield*, 2ª ed., Buenos Aires, 1938 (reimpr. 1969), p. 496 ss.

35 Cfr., P. CATALANO, *Indipendenza e codificazione del diritto: alcuni dati della storia della Repubblica del Paraguay*, in *Studi Saresi*, cit., p. 551 ss.; ID., *Consolato e dittatura: l'“esperimento” romano della Repubblica del Paraguay (1813-1844)*, in A.A.V.V., *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Roma, 1983, p. 151 ss.; C. A. GONZÁLEZ, *El proceso legislativo paraguayo (Desde la Colonia hasta comienzos del siglo XX)*, in *Index*, 14, 1986, p. 167 ss. (= *Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, Atti a cura di S. SCHIPANI); G. LOBRANO, *Il modello giuridico repubblicano romano nella Indipendenza latino-americana e nel Risorgimento italiano*, in A.A.V.V., *Il Risorgimento italiano*, cit., 189 ss.

- 36** C. A. GONZÁLEZ, *El proceso legislativo paraguayo*, cit.
- 37** E. ACEVEDO, *Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1852 (reed. Montevideo, 1963 com estudos introdutivos de J. PEIRANO FACIO).
- 38** Entendo que se possa reconhecer a raiz desta oscilação com respeito aos outros códigos, não somente na insuficiente perspectiva do III livro do Ccfr., mas nas próprias incoerências presentes já nas Instituições de Gaio e Justiniano em relação ao modo de enquadrar a sucessão hereditária entre o direito à sucessão e os modos de aquisição, na distinção entre aquisição de coisas singulares e das coisas em bloco (Gai. 2,97; J. 2,9,6).
- 39** J. E. GUIER ESQUIVEL, *Historia del derecho*, San José, 2006.
- 40** B. DIFERNAN, *Curso de derecho civil panameño*, Panama, 1979, p. 62 s.
- 41** Reimpr. fac-sím. com *Introdução* de M. D. REFUGIO GONZÁLEZ, 3 v., México, 1980; reimpr. de algumas páginas do *Discurso preliminar* a tal compilação, in *Roma e America*, 7/1999, p. 363 ss.
- 42** *Centenario del Código de Comercio*, Atos organizados pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1991.
- 43** Reimpr. fac-sím. com estudo introdutivo de C. SORIANO CIENFUEGOS, 6 v., México, 2004. Útil também R. BATIZA, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, 1979, que documenta também as fontes usadas pelo CcMéx./1871-1884.
- 44** Sobre o difícil evento do CcPort., J. TRÍAS MONGE, *El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico. El caso de la responsabilidad extracontractual*, Austin, 1991, e sobre a influência do sistema judiciário: ID., *El sistema judicial de Puerto Rico*, Santo Domingo, 1978; C. DELGADO CINTRON, *Derecho y colonialismo. La trayectoria histórica del Derecho puertorriqueño*, Río Piedras, 1988.
- 45** S. MEIRA, *Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do império. Vida e obra*, 2ª ed., Brasília, 1983.
- 46** P. RESCIGNO, *La 'Parte Generale' del codice civile nell' 'Esbôço' di Teixeira de Freitas*, in *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 341 ss.

47 A. BURDESE, *La distinzione fra diritti personali e Roma e Americani nel pensiero di Teixeira de Freitas*, in *Augusto Teixeira*, cit., p. 303 ss.

48 S. SCHIPANI, *Il “ método didático ”*, cit.

49 A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, 1860-1865. Reed.: A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço*, 4 v. Rio de Janeiro, 1952 (*Estudo crítico-biográfico*, de Levi Carneiro), sucessivamente, Brasília, 1983.

50 J. C. MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in *Augusto Teixeira*, cit., p. 17 ss.

50-bis *Curso de direito civil brasileiro*, 2 v., Rio de Janeiro, 1864-1865 (2ª ed. 1880, revista levando em conta a sistemática do *Esboço*).

51 COELHO RODRIGUES, *Projeto do Código Civil brasileiro [1894]*, Brasília, 1980 (*Introdução* de W. Brandão).

52 S. MEIRA, *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*, Fortaleza, Brasil 1990.

53 J. C. MOREIRA ALVES, *O centenário do projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua*, in *Roma e America*, 8/1999, p. 3 ss.

54 A bem da verdade, esta colocação é também a mais próxima à das Institutas de Gaio e Justiniano, nas quais o tratamento da família, em J. 1,8-26, segue imediatamente o das coisas, em J. 2,1-5)

55 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por CLÓVIS BEVILÁQUA, 6 v. (reimpr.: Edição histórica, 2 v., Rio de Janeiro, 1975).

56 M. REALE, *100 anos de ciência do direito no Brasil*, São Paulo, 1973.

57 H.-A. STÄGER, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, in *Index*, 4, 1973, p. 22 ss.

58 B. BRAVO LIRA, *El derecho común de ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica*, en *Ius Commune*, 15, 1988, p. 1 ss. (= ID., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989, p. 147 ss.).

59 P. CATALANO, *Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in ID., *Diritto e persone*, Torino, 1990, p. 195 ss.

60 H.-A. STÄGER, *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina*, in *Index*, 14, cit., p. 59 ss.

61 V. TAU ANZOATEGUI, *La ley “se obedece pero no se cumple”. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano*, in ID., *La Ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, 1992, p. 67 ss.

62 H.-A. STÄGER, *Universidad de abogados y universidad futura*, in *Index*, 4, 1973, p. 59 ss.

63 B. BRAVO LIRA, *Cultura de abogados en Hispanoamérica antes y después de la codificación (1750-1920)*, in *Roma e America*, 12/2001, cit., p. 27 ss.

64 A. DÍAZ BIALET, *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil Argentino*, in *Studi Sassaresi*, cit., p. 251 ss.; ID., *El espíritu de la legislación en la concepción del derecho en Dalmacio Vélez Sársfield*, in *Dalmacio Vélez*, cit., p. 11 ss.

65 Reimpr. da nota à Rubrica in *Roma e America*, 11/2001, p. 245 ss.

66 Sobre as *Regras de Direito* de Freitas, S. SCHIPANI, *Il “méthodo didáctico”*, cit.

67 Em particular, para as referências ao direito romano, cfr. A. DIAZ BIALLET, *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, 3 v., Córdoba, 1949-1952, e *Código Civil de la República Argentina con la traducción de Ildefonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las Notas*, S. SCHIPANI (coord.), Santa Fé, 2007; L. MOISSET DE ESPANÉS, *Reflexiones sobre las notas del Código Civil Argentino*, in *Studi Sassaresi*, cit., p. 445 ss.

68 M. RUBIO CORREA, *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX*, in *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, aos cuidados de A. LEVAGGI, Buenos Aires, 1992, p. 155 ss.

69 Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *El significado histórico de las expresiones “equidad*

natural” y “*principios de equidad*” en el derecho chileno, in *Revista de Ciencias Sociales*, 18-19,1981, Valparaíso, p. 111 ss.: para Delvincourt, o direito romano é a expressão da “equidade natural”.

70 S. SCHIPANI, *La codificazione*, cit., p. 111 ss.; 132 ss.

71 S. SCHIPANI, in *Il diritto dei nuovi mondi*, cit., p. 80 ss.

72 A. CATTÁN ATTALA, in *Il diritto dei nuovi mondi*, cit., p. 137 ss.

73 Não seja omitida a observação que a tensão indicada é difícil de envolver de modo igual ambos os sexos, e que numerosas são as diferenças sobre as quais aqui não é possível referir.

74 D. F. ESBORRAZ, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (I) La labor de la Ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*, en *Roma e America*, 21/2006, p. 42 ss.

75 P. CATALANO, *Diritto romano attuale, sistemi giuridici, diritto latinoamericano*, in ID., *Diritto e persone*, I, Torino, 1990, p. 89 ss.

76 H. EICHLER, *Privatrecht in Lateinamerika*, in *Fest. Helbling*, Berlin, 1981, p. 481 ss.

77 *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, 1979. Para sintética análise dos arts. cit., *Código Civil comentado, para el DF*, aos cuidados do Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 5 v., México, 1990; em geral: *Libro del cincuentenario del Código Civil*, Documentos aos cuidados do Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1978.

78 Uma primeira reflexão crítica sobre o CcPeru/1852, que antecipa escolhas que virão a ser acolhidas, in *Código Civil del Perú anotado con las modificaciones que contendrá el Proyecto de nuevo Código Civil...*, Lima, 1926.

79 Cfr. pontuais exemplos em C. TORRES Y TORRES Y LARA, *La codificación comercial en el Perú de un código formal a un código real*, in A.A.V.V., *Centenario del Código de comercio*, México, 1991, p. 583 ss.

80 S. SCHIPANI, *El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano (apuntes para una investigación, in AA.VV., El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985 (Comitê científico: C. Fernández Sessarego e S. Schipani), Lima, 1986, p. 41 ss.*

81 S. SCHIPANI, *A proposito di una proposta di codificazione dei “principi generali del diritto latinoamericano” nell’art. viii del Tit. prel. del Cc. del Perú del 1984, in La codificazione, cit., p. 175 ss.*

81-bis *Código Civil paraguaio comentado, 5. ed., Asunción del Paraguai, 2002.*

82 Cfr. *Concordancias del articulado del anteproyecto de Código Civil con los códigos de los Estados de la comunidad socialista, con el derecho vigente y con otras disposiciones, texto policopiado, sem indicação de lugar [La Habana], 1983.*

83 Cfr. S. SCHIPANI (coord.), *Il codice civile di Cuba e il diritto latinoamericano*, ed. policop., Roma, 1990, cuja contribuição de P. RESCIGNO foi publicada também em *Rivista di diritto civile*, I, 1991, p. 437 ss.; ver além disso: J. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Veinte años del Código Civil cubano. ¿Romanista o socialista? (Nuestro Código, América Latina y el Caribe)* e L. B. PÉREZ GALLARDO, *¿Quo vadis Derecho de contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano*, in *Roma e America*, 24/2007, p. 87 ss. e p. 103 ss. e bibliogr. sobre os 20 anos de aplicação do CcCu./1987 à p. 297 ss.

84 O. GOMES, *Código Civil: projeto [1963]*, Rio de Janeiro, 1985.

85 Cfr. AA.VV., *Il nuovo codice civile del Brasile e il sistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America*, 16, 2003, p. 3-295.

86 *Código Civil [do Brasil]. Projeto de lei N. 634-B, de 1975*, in *Diário do Congresso Nacional*, supl. ao n. 047; cfr. também *Código Civil [do Brasil]. Quadro comparativo. Notas. Subsídios*, 6 vol, ed. policop., Senado Federal, Brasília, 1975.

87 Sobre o tema, cfr. S. LANNI (coord.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, 2011.

88 Seguramente diverso é o problema derivado da abolição da escravidão que, em

alguns casos, viu a presença de comunidades com formas comuns de agregação e específica solidariedade.

89 *Il diritto latinoamericano dell'integrazione: il Mercosur*, in *Roma e America*, 4/1997.

90 *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General*, aos cuidados de F. Grisolia, 3 v., Santiago, 1973; para o conceito de “código tipo”, em particular 1, p. 140 ss.; 2,11 ss.

91 *Un “Codice tipo” di procedura civile per l'America Latina*, Documentos aos cuidados de S. SCHIPANI-R. VACCARELLA, Padova, 1990 (o texto na p. 515 ss.)

92 *Un “Codice tipo” di procedura penale per l'America Latina*, Documentos aos cuidados de M. MASSA-S.SCHIPANI, Padova, 1994 (o texto na p. 395 ss.).

93 *Principi per un “Codice tipo” di diritto del lavoro per l'America Latina*, Atti a cura di G. PERONE-S. SCHIPANI, Padova, 1993.

94 *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en materia de personas*, Bogotá, 1995.

95 *Statuto dell'impresa e Mercosur. Atti*, in *Roma e America*, 1/1996, p. 153 ss. (o texto do Estatuto está na p. 165-170).

96 *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para Código Latinoamericano Tipo*, I, Bogotá, 1998 (lá, p. 105 n. 19-20 em referência a anteriores contribuições científicas); II, Bogotá, 2001; *Roma e America. Colloquio di giusprivatisti per l'armonizzazione del diritto privato latinoamericano*, in *Roma e America*, 26/2008; GRUPO PARA LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO, *Obligaciones. Contratos. Responsabilidad. Memoria Secunda reunió de trabajo. 2009*, Bogotá, 2011; AA.VV., *Tecniche di armonizzazione del diritto in America Latina fra ordinamenti e sistema. Atti*, in *Roma e America*, 30/2010.

97 Por último, sobre o tema P. CATALANO-S. SCHIPANI, *Promemoria sul debito internazionale*, in *Roma e America*, 23/2007, p. 185 ss. O nexó entre elaboração de um tal código e problema da dívida externa é sublinhado pelo Parlamento Latino-americano, nas Conclusões do Seminário sobre o tema, São Paulo/2007, in *Roma e America*, 23/2007, p. 323.

98 In *Roma e America*, 21/2006, p. 331 ss.

99 P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, in *Mundus Novus. America*, cit., p. 19 ss.

9.

RELER OS *DIGESTA* DE JUSTINIANO: CONTRIBUIÇÕES PARA UM CÓDIGO LATINO- -AMERICANO DAS OBRIGAÇÕES

Sandro Schipani

Tradução de Angela Cristina Viero

9.1 | **PREMISSA. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

A unificação do direito das obrigações na América Latina há tempos vem sendo objeto de numerosas contribuições científicas, dentre as quais a organização escolheu algumas e facilitou a leitura e graças ao sítio eletrônico do Colóquio.¹ Gostaria de recordar, também, a contribuição de L. De Gásperi (*La Ley*, 1936, II, p. 131), e aquelas constantes no *Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba*, nos anos de 1943, 1944 e 1945. Eu mesmo comecei a tomar parte neste tema nos Congressos Latino-americanos de Direito Romano (Buenos Aires, 1976; Jalapa, 1978, e recordo que nesta segunda ocasião foi aprovado um documento proposto pelo brasileiro Limongi França). Estava amadurecendo na América Latina a ideia dos “Códigos Tipo/Códigos Modelo” em virtude de iniciativas em outros setores disciplinares, como o direito penal, o direito processual, o direito tributário, o direito do trabalho e também no âmbito do direito comercial (nesse sentido, recordo o estatuto da empresa para o Mercosul). Para o direito das obrigações, foi debatida a ideia de adotar-se o *Projeto franco-italiano de código das obrigações* de 1927.² Em Bogotá, foram realizados três Colóquios científicos expressamente dedicados a um Código Tipo (1996, 1999 e 2001³), e, por meio de uma colaboração interuniversitária apoiada pelo “Programa América Latina Formação Acadêmica” (ALFA), da União Europeia, um significativo grupo de universidades latino-americanas e europeias desenvolveram três cursos de Mestrado sobre o tema, os quais tiveram sede em Roma e que foram acompanhados dos respectivos Colóquios científicos.

Em relação ao direito das obrigações, as dificuldades encontradas – em um esforço de síntese – referem-se à difusa separação entre codificação civil

e comercial, que se desdobra em uma série de outros problemas pontuais; à ordem sistemática da matéria, seja pela adoção, ou não, dos Códigos Civis, de uma parte sobre o negócio jurídico, seja pela adoção, em alguns ordenamentos, da eficácia real do contrato, seja, ainda, em virtude da reconstrução dogmática de algumas partes da matéria e o conseqüente problema da respectiva colocação sistemática. Mas a estas dificuldades não se atribui tanta relevância a ponto de constituir um obstáculo insuperável; ao contrário, há concordância ao sustentar a factibilidade da obra, e as dificuldades mencionadas são consideradas problemas a serem enfrentados. Talvez as dificuldades principais sejam, por um lado, a fragilidade do apoio que deriva da vontade política e das convenções relativas aos processos de integração em curso (em primeiro lugar, as instituições do Mercosul), à qual se soma a “força residual” e a “viscosidade” da ordem atual, assim como a ideia de que a integração não exija um direito comum que supere o atual particularismo; e, por outro lado, as pressões de diversa origem que contrastam com a consciência acerca da importância da dimensão latino-americana no contexto da denominada globalização econômica e das regras que alguns pretendem fazer derivar dela, com as conexas desarticulações ou rearticulações do discurso jurídico (Sistema jurídico ocidental? Relevância das analogias setoriais, de particulares e restritos ramos do direito? etc.).

Parece-me que o movimento, impulsionado também pelos eventos científicos acima citados, possa se expandir, e confio que este Colóquio seja um momento oportuno para tal expansão, em uma perspectiva de busca da eficácia, a qual requer *qualitas doctrinae* e recepção das propostas por meio de um amplo consenso entre os colegas.

A esta altura da exposição, as conclusões que podem ser extraídas são as seguintes:

- (a) Ocuparam-se do tema civilistas e romanistas, e algumas valiosas contribuições relativas ao sistema e à unificação do direito são provenientes dos teóricos gerais/filósofos do direito. Será útil, pois, prosseguir com esta fórmula de colaboração interdisciplinar, garantindo e procurando estender a consistência deste núcleo inicial de estudiosos do direito civil e do direito romano, nesta sua dúplici composição de base.

(b) Será de grande utilidade elaborar um arquivo eletrônico que contenha os escritos mais significativos sobre a matéria, disponível para consulta a todos os participantes do projeto, e/ou a todos os interessados. A necessidade de conservar as contribuições já efetuadas (algumas delas de inestimável valor científico), e de refletir sobre elas, parece-me de primaz importância (cfr. *infra*).

(c) Ademais, é possível e útil organizar cursos de pós-graduação (Mestrado) ou orientar teses de doutorado sobre o tema. Nesse sentido, tem obrado a Universidade de Roma “Tor Vergata”, à qual agora se soma a Universidade de Roma “La Sapienza”, e, ao mesmo tempo em que se agradece a quem já tem colaborado, solicita-se também a outros colegas latino-americanos que prossigam no esforço de colaboração a fim de que se logre uma auspiciosa multiplicação das iniciativas, para a qual se faz igualmente auspiciosa uma adequada coordenação.

(d) a partir de uma ótica bastante geral, grande contribuição conferem (e seguirão conferindo) os cursos sobre princípios/fundamentos de direito latino-americano, que progressivamente estão se difundindo na América Latina.

9.2 | **A IMPORTÂNCIA DOS “LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS PARA LA REALIZACIÓN DE ESTUDIOS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA” DO PARLAMENTO LATINO-AMERICANO**

O documento que o Parlamento Latino-americano editou em 2003, “Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa”,⁴ constitui, a meu juízo, uma importante contribuição para iniciar os nossos trabalhos.

Não me detenho nas menções relativas aos processos de integração na América Latina. A aspiração a formas de unidade política do continente já estava presente enquanto se desenvolvia a grande Revolução pela Independência; posteriormente, na segunda metade do século XIX, o próprio nome “América Latina” emerge em escritos de Francisco Bilbao e José María Torres Caicedo, justamente em alusão a projetos voltados à concretização

desta unidade.⁵ O Parlamento Latino-americano constitui, desde as últimas décadas do século passado, a expressão emblematicamente mais elevada e abrangente de tais desenhos.

Em que pese o sistema de eleição de segundo grau do Parlamento Latino-americano, que reduz a sua relação com os cidadãos (sistema este que caracterizou também, por muitos anos, o Parlamento Europeu), ele representa os povos do continente. Dentro dos limites de competência que atualmente lhe são próprios, ele, representando os povos e o seu poder/autoridade, constitui também o poder legislativo que, para o nosso sistema jurídico, a Lei das XII Tábuas, já no século V a.C., confirmava residir no povo.

O esforço de simplificar ao máximo a indicação dos motivos pelos quais se deve perseguir a “harmonização legislativa” na América Latina, assim como a ambição dos objetivos e a prudência na graduação destes, que caracterizam o documento em exame, parecem-me exprimir o realismo do qual também devemos estar imbuídos.

Neste documento, individualizam-se diversos níveis a que pode se propor a atividade do legislador que opera no atual contexto institucional latino-americano. Com efeito, são indicadas as seguintes tarefas: (a) “estudio de legislación comparada” precisando a propósito, através da identificação de dois níveis sucessivos, que “consiste en la recopilación, revisión y análisis, tanto de los cuerpos jurídicos que norman la acción sobre la materia de que se trate, en los países latinoamericanos, como de todo estudio o antecedente que exista”; (b) “definición de los grandes principios y fundamentos”; (c) “propuestas de armonización relativa”; (d) “propuestas de armonización absoluta”; e (e) “elaboración de códigos y otros cuerpos jurídicos de carácter *marco* que para efectos de este documento denominaremos simplemente como *código* o *código marco*”. Tais atividades representam momentos ideais do trabalho, que vai desde a comparação, por meio da identificação dos princípios e fundamentos, até a escolha de uma solução unificadora, em perspectiva “latino-americano-cêntrica”.

De todos esses momentos que o documento especifica, quero enfatizar a correspondência substancial existente com alguns textos latino-americanos bem conhecidos e utilizados por todos vocês. Penso, em ordem cronológica, na comparação e identificação da melhor solução que resulta

das notas de Tristan Narvaja ao *Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay*; naquela, mais amplamente desenvolvida, de Teixeira de Freitas nas notas à Consolidação, e, posteriormente, ao Esboço; de Vélez Sársfield ao Código Civil argentino; de Clóvis Beviláqua à Edição Histórica do Código Civil brasileiro de 1916; e, ainda, recentemente, do documento inédito sobre os trabalhos preparatórios do Código Civil de Cuba (1983), ou o texto coordenado por C. Morales Guillén do Código Civil boliviano de 1976 (outros textos podem escapar-me da memória). Com exceção do último texto mencionado, todos os anteriores refletem – esquematizado e sedimentado – o percurso percorrido pelo autor do articulado. Na Europa, o famosíssimo *Proyecto* de Garcia Goyena é um texto de índole similar. Por último, deve-se mencionar o denominado Projeto Lando dos *Principi di diritto europeo dei contratti*,⁶ cuja atualidade e propósito inspirador muito o aproximam dos problemas que aqui estamos tratando. Cabe esclarecer que os comentários e as notas do Projeto Lando são, com frequência, prevalentemente descritivos, isto é, oferecem uma documentação – e creio que isso seja importante – ainda em maior extensão do que a de Teixeira de Freitas, ou de Vélez Sársfield ou de Beviláqua; entretanto, diferentemente destes últimos, parece-me que buscam em menor medida uma reconstrução dos “princípios e fundamentos” e das consequentes soluções. Este método tem uma certa, e não casual, correspondência com aquele proposto por Justiniano aos seus juristas, para que, defronte ao direito controverso presente nos escritos científicos dos juristas anteriores, e, portanto, à pluralidade de soluções, não mais aplicassem o método da assim denominada “lei das citações”, que recorria ao critério formal da maioria de adesões a uma solução e conforme a uma hierarquia preestabelecida entre os juristas, mas propunha comparar todas as soluções e selecionar aquilo que considerassem, para cada problema específico, o “melhor e mais justo”.⁷

Além disso, considero importante destacar a dimensão “latino-americano-cêntrica”, que se caracteriza, antes de tudo, por estar voltada ao sistema jurídico latino-americano, suas coerências e potencialidades, e, sucessivamente, à ampliação do campo de investigação para quaisquer outras contribuições, as quais considero devam ser buscadas, primeiramente, no quadro

do sistema jurídico romanístico em seu conjunto, isto é, no âmbito da comunicação com as experiências dos ordenamentos e dos subsistemas mais próximos;⁸ e, posteriormente, em qualquer outro complexo de experiência jurídica, mas conservando a própria capacidade de resistência assimiladora dos seus próprios princípios, para que não se perca a coerência interna do próprio sistema.⁹

Com base neste breve exame do documento do Parlatino, podem ser formuladas as seguintes observações:

(a) Será fundamental informar ao Parlatino sobre a atividade que estamos desenvolvendo, e se – como espero – esta tiver prosseguimento, obrar para o amadurecimento de um contato que possibilite a inserção formal dela dentre os objetivos do Parlatino.

(b) O trabalho a ser desenvolvido poderia iniciar a partir do reconhecimento do sistema jurídico latino-americano, cujas conclusões poderão ser materializadas em “fichas” redigidas segundo o esquema das notas de Beviláqua: direito romano, direito intermédio, Códigos (ou outros textos legislativos, ou convenções internacionais etc.) latino-americanos, e respectiva doutrina (sem excluir o exame da doutrina que possa ser extraída das decisões dos tribunais superiores), explicitando a tarefa de reconstrução-elaboração dos conceitos, princípios, institutos e normas para que se possa alcançar a determinação da melhor solução, seguindo um percurso que inclui desde a coleta de dados até a organização e elaboração reconstrutiva. Este reconhecimento deverá também, necessariamente, atender à comunicação particular e privilegiada que se verifica dentro do sistema jurídico romanístico. Serão avaliadas, posteriormente, outras eventuais contribuições que o sistema pode extrair de institutos ou normas de outros complexos de experiência jurídica.

(c) A perspectiva “latino-americano-cêntrica” não constitui um limite à coleta de informações, mas exprime a necessária adesão à realidade do sistema, dos seus princípios e das suas coerências internas.

9.3 | **AS IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DA UNIDADE E ESPECIFICIDADE DO SISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO COMO SUBSISTEMA DO SISTEMA JURÍDICO ROMANÍSTICO:**

A HARMONIZAÇÃO INTERPRETATIVA; A INTEGRAÇÃO DAS LACUNAS, ENTRE AS QUAIS AQUELA QUE DEPENDE DA NOVIDADE DOS ATUAIS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO SUPRANACIONAIS; A CONTRIBUIÇÃO À UNIFICAÇÃO DO DIREITO NO CONTINENTE; A CONTRIBUIÇÃO À FORMAÇÃO DO *IUS GENTIUM* ATUAL NA DINÂMICA DOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

O sistema jurídico latino-americano começa a formar-se com a chegada de Cristóvão Colombo em terra americana. Assistimos, então, ao encontro entre sistema jurídico romanístico, tradição ibérica deste (representada, em primeiro lugar, pelas *Siete Partidas*), e *costumbres y formas de vivir* de origem pré-colombiana, que foram reconhecidos e inseridos em uma moldura sistemática unitária. Este processo, com a independência, atinge um amadurecimento e, no contexto da reflexão sistemológica iniciada na segunda metade do século XIX, por obra da doutrina jurídica latino-americana, vem definitivamente formulado o reconhecimento, em nível científico, da sua unidade e especificidade dentro do sistema jurídico romanístico.

Uma das características do sistema latino-americano é que nele o nacionalismo jurídico “estatal-legalista” jamais alcançou uma hegemonia, e a operatividade do direito comum latino-americano nunca foi negada. Em outros termos, no sistema jurídico latino-americano, mesmo que seja preponderante o modelo do estado moderno territorial nacional, não foi acolhida a posição de fechamento do ordenamento jurídico de um estado territorial dentro de si mesmo e de monopólio do próprio estado na produção e interpretação do direito. Esta solução foi introduzida pela primeira vez, de forma isolada, pela Prússia (ALR/1794 precedido pelo *privilegium de non appellando*), e logo se tornou hegemônica na Europa no final do século XIX em função do nacionalismo, que produziu um novo particularismo, incapaz de resistir aos abusos do referido monopólio do estado, e que hoje se encontra em crise.

(a) O reconhecimento do sistema tem implicações operativas no sentido de que o desenvolvimento do direito no seu interior orienta-se por princípios e fundamentos comuns, e isso se verifica especialmente com relação à interpretação que, portanto, deve pressupor e buscar a *consonantia*/“harmonia e coerência sistemática” de todas as normas do sistema. Pode-se dizer então – simplificando muito – que uma necessária consequência do reconhecimento do sistema é a realização da interpretação e integração das normas à luz deste, do que resulta a harmonização hermenêutica delas.

(b) Além disso, nos atuais processos de integração supranacional (não previstos no século XIX), desenvolve-se uma atividade negocial entre sujeitos pertencentes a países envolvidos nesses processos, distinta da atividade dos sujeitos pertencentes a um mesmo país e daquela que apresenta elementos de internacionalidade em sentido próprio. As normas de direito internacional privado não contemplaram essa situação, e, por conseguinte, deve-se reconhecer a existência de uma lacuna das leis neste aspecto. É surpreendente como, por vezes, se possa estar tão atento a pequenas novidades, mas, ao mesmo tempo, deixar passar despercebida a excepcional novidade das relações entre sujeitos pertencentes a ordenamentos envolvidos nos processos de integração em curso e que – geralmente – se busca reconduzir aos esquemas do direito internacional privado clássico (interestatal). Após o insucesso do Congresso de Lima de 1875, no qual se discutiu sobre a possibilidade de adoção de um direito civil comum para a América Latina, passou-se à ideia de um direito internacional privado uniforme. Esta solução, no entanto, ignora a específica dimensão das relações com elementos de internacionalidade que se produzem dentro da América Latina, e não se mostra adequada à dimensão específica dos processos de integração nos quais sobreditas relações assumem uma especificidade que não é nem interna, nem internacional. Talvez tenha sido a proposta para que este direito comum coincidisse com um dos Códigos – o de Andres Bello – a obstaculizar a solução que o sistema teria tornado possível; porém, naquele momento não estavam em curso, tampouco se delineavam, os processos de integração atuais.¹⁰ Uma vez reconhecido que os

processos de integração atualmente em curso não estão previstos no âmbito do direito internacional privado, forçoso reconhecer que nos encontramos defronte a uma lacuna; e, havendo lacuna, deve-se recorrer aos princípios gerais, os quais, neste caso, deveriam ser os princípios próprios do sistema jurídico latino-americano.¹¹

(c) Enfim, é certo que o comum sistema do direito romano não configura um direito uniforme em geral, mas inclui a variedade dos direitos civis, e há âmbitos para os quais uma uniformidade não parece desejável ou possível. Entretanto, em alguns setores, a uniformidade é possível e desejável, e o direito das obrigações é um deles. O reconhecimento da unidade e especificidade do sistema jurídico latino-americano constitui, então – como já foi reconhecido em diversas ocasiões –, a base para a unificação do direito em matéria de obrigações, mais facilitada do que em outros contextos, como o europeu, onde coexistem sistemas jurídicos distintos, ou aquele de escala universal, que também é de grande relevância, e para o qual há – como é sabido – valiosas iniciativas em andamento.

(d) Particularmente no que se refere à elaboração de um direito uniforme universal, penso que também seja necessário levar em consideração o reconhecimento do sistema jurídico latino-americano. Esta discussão já fora aberta com relação aos *Princípios de Unidroit*, ocasião em que foi destacada, entre outras questões, a assimetria por vezes presente nas posições das partes contratantes e a respectiva exigência de especial atenção.¹² A experiência da dívida externa e das modalidades com base nas quais ela foi administrada evidenciou pontos críticos de tais modalidades de gestão e desrespeito a princípios fundamentais, além de danos causados em virtude da renúncia forçada ao próprio direito. Esta experiência, portanto, confirma a importância de uma tempestiva e unitária afirmação dos princípios do direito latino-americano no contexto internacional, do respectivo reconhecimento e respeito nesses tipos particulares de atividade negocial, e, inclusive – não hesito em dizer – nas negociações em geral. O sistema latino-americano revelou claramente ter capacidade de ser portador de um patrimônio que parece

mais adequado à tutela dos direitos humanos, em especial daqueles das partes mais frágeis, e/ou pertencentes a países economicamente mais vulneráveis, e esta contribuição é de suma importância no contexto da formação do *ius gentium* hodierno.¹³

9.4 | **A NECESSIDADE DE UM “CÓDIGO”**

Para que o sistema possa desenvolver a sua potencialidade nesses diversos níveis que esquematicamente enunciei, falta o instrumento representado pelo esforço construtivo da sua Ciência Jurídica, a fim de que os resultados possam ser materializados em um *corpus* unitário.

O nosso sistema jurídico se funda na lei, no edito do pretor (o grande ausente já na época de Justiniano), na obra dos juristas e nos costumes.

Os Códigos são o resultado da convergência da obra científica dos juristas e da vontade do legislador. A ciência jurídica latino-americana, que já reconheceu a especificidade e unidade do próprio sistema, deve encarregar-se de elaborar um renovado direito comum da América Latina. Um *corpus* de princípios e regras por ela produzidos, o texto de um articulado por ela redigido e integrado no sistema, tornaria praticável no cotidiano a realidade dele nas diversas dimensões ora enunciadas. O apoio do Parlamento Latino-americano representa a consolidação destes objetivos.

Para concluir este tópico, proponho que:

(a) O Código Latino-americano das Obrigações seja aplicado nos Países da América Latina que fazem (ou farão) parte dos processos de integração supranacional em andamento, ou ainda de outras formas de união tendentes a facilitar e intensificar as relações entre os cidadãos dos respectivos Países.

(b) Este Código seja também aplicado além de tal âmbito, sempre que houver reenvio voluntário das partes ao seu texto.

(c) Os princípios dispostos na base deste Código sejam aplicáveis, igualmente, para orientar e harmonizar unitariamente a interpretação dos respectivos ordenamentos estatais.

(d) Como *Código Marco*, sirva para orientar a produção de eventuais reformas nos respectivos Códigos.

9.5 | **CENTRALIDADE DA OBRIGAÇÃO. A RELEITURA DOS DIGESTA E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NA DINÂMICA DA OBRIGAÇÃO**

A individualização da obrigação é uma relevante e característica contribuição do direito romano. O mais antigo sistema de relações sociais e jurídicas parece ser constituído preponderantemente por posições potestativas, e se discute se também aquele que, posteriormente, veio a se tornar o vínculo obrigacional tenha, na origem, aparecido internamente nestes tipos de relação. Nessa discussão, faz-se referência à situação em que o “obrigado”, isto é, “ligado em razão do” adimplemento de uma prestação tinha “vínculos” materiais (juridicamente regulados) perante aquele que aguardava o adimplemento, e, portanto, ainda que permanecesse pessoa livre, era submetido ao seu poder, enquanto o adimplemento devia ser levado a efeito por um terceiro que, tendo em conta a conduta devida “dissolvia” o “responsável” por tal vínculo material e de sujeição. Omitindo as passagens intermédias, é certo que a “obrigação”, em sentido próprio, nasce somente quando tal vínculo material se torna apenas um vínculo jurídico e, consequentemente, vem estabelecida em primeiro plano não mais a sujeição pessoal a um poder alheio, mas sim a necessidade jurídica de adimplir, e esta é imputada à própria pessoa “obrigada” da qual é devida uma colaboração, e que, em caso de eventual inadimplemento, responde com o seu patrimônio – e somente com ele –, sem que a sua liberdade pessoal geral sofra restrições, ainda que na hipótese de insuficiência de seu próprio patrimônio em relação ao valor da prestação devida. A obrigação, assim separada das relações de sujeição, distingue-se também dos diversos deveres jurídicos, obrigações, ônus etc. A obrigação, sobretudo porque torna juridicamente necessárias as condutas do obrigado – que é compelido ao cumprimento das prestações (principais e acessórias) –, vem definida, delimitada nos seus possíveis conteúdos e extensão por meio de um constante labor de interpretação jurídica e controle – em nome da licitude, boa-fé, equidade, diligência, usos, leis etc. – da variedade das prestações que os

diversos sujeitos venham propondo com a sua vontade. Nesta obra de “construção-definição”, evidencia-se a contribuição das lutas sociais, da lei (recordo as leis para limitação dos juros e o especial valor geral delas, e a famosa *lex Poetelia*, a qual determinou que os devedores não mais deveriam sujeitar-se a vínculos materiais), bem como da ciência jurídica.

Elaborada unitariamente, primeiro por meio da ação *in personam*, posteriormente incorporada às Instituições de Gaio (Gai. 3,88), e sucessivamente nas de Justiniano (J. 3,13pr.), como um dos institutos sistemáticos básicos da organização da matéria no âmbito das relações patrimoniais (*res corporales-incorporales*), entorno da definição da obrigação se construiu sua respectiva parte geral, que continua a se desenvolver e se aperfeiçoar, tendo encontrado no sistema jurídico latino-americano ampla acolhida.

A ciência jurídica que construiu a “parte geral” das obrigações presente nos Códigos Latino-americanos prosseguiu com o seu trabalho, adequando-a às exigências práticas, em contínua mutação. Se é verdade que a obrigação que tem por objeto uma prestação de “dar” havia prevalecido na primeira fase de elaboração de dita “parte geral”, condicionando, portanto, algumas das regras, é igualmente verdade que a extraordinária relevância das atividades que eram incluídas no “fazer” depois fez sentir a sua voz, e, ulteriormente, a crescente importância dos “serviços” modificou a realidade, impondo maior atenção a outros aspectos e exigências da conduta devida, além da tipificação de outras prestações. Considero fundamental e profícua uma “releitura” dos Digestos de Justiniano que vá além, por exemplo, da de Pothier ou da Pandectística alemã, da de Bello, ou de Teixeira de Freitas, ou de Vélez Sársfield. O problema da denominada “impossibilidade da prestação”, por exemplo, já foi agudamente rediscutido à luz de tal releitura,¹⁴ assim como a função da diligência, a denominada obrigação de resultado, a garantia pela qualidade do produto, a aprovação da obra, a *datio in solutum* etc.

Quero, porém, indicar agora a importância de estender tal releitura a institutos que pareceram obsoletos em outros momentos, e que não foram acolhidos nos códigos.

Meramente a título exemplificativo, poderíamos reler D. 17,2,63pr. Neste texto, faz-se referência ao *beneficium competentiae/condemnatio*

in id quod facere potest (“condenação limitada àquilo que o devedor pode fazer”) com base no qual o já recordado limite da patrimonialidade da responsabilidade do obrigado – que não respondia mais, como já destaquei, com a sua pessoa, mas apenas com o seu patrimônio – encontra ulterior desenvolvimento em nome da *fraternitas*/“irmandade” em virtude da qual a salvaguarda da pessoa exige que esta não seja reduzida à miséria. Com isso, restringe-se a execução patrimonial a certos limites que o tempo e as situações gerais variavelmente concretizam, e que hoje podemos vislumbrar na garantia da salvaguarda dos direitos humanos à vida, saúde, família, habitação.¹⁵

9.6 | **AS FONTES DAS OBRIGAÇÕES ENTRE FIGURAS GERAIS E TIPICIDADE: A RELEITURA DOS DIGESTA E O POSICIONAMENTO DE GAIO (D. 44,7,1PR.) E DE LABEÃO (D. 50,16,19 E AS REGRAS OPERACIONAIS CONEXAS) E O USO DA ANALOGIA**

A unificação do Direito tem sido procedida frequentemente com relação a institutos circunscritos: pensemos, por exemplo, na letra de câmbio, ou na compra e venda de coisas móveis; ou na tutela do consumidor, cujo âmbito é mais extenso.

A problemática das obrigações reporta-nos àquela das suas fontes, e, neste sentido, é dominante a função do já citado texto das Instituições de Gaio (Gai. 3,88), com a conhecida bipartição: “contrato”-“delito”, cujo caráter sumário deve-se a razões didáticas, mas também é encontrada em formulações simplificadas utilizadas às vezes por brevidade.¹⁶ Dita bipartição, de qualquer modo, vem corrigida e integrada nas Instituições de Justiniano (J. 3,13,2) que a transformam na quadripartição “contrato”-“como por contrato”-“delito”-“como por delito”.

A releitura dos Digestos, contudo, oferece-nos também um outro modo de corrigir a bipartição: trata-se de D. 44,7,1pr., texto do mesmo Gaio, extraído das suas *res cottidianae* – obra posterior e mais aprofundada do que as Instituições – e que propõe a tripartição “contrato”-“delito”-“várias causas típicas”.

Na realidade, este texto foi objeto de muitas discussões, e inclusive se impugnou que o escrito fosse da autoria de Gaio. Não obstante, tanto a

impossibilidade de atribuir a Gaio a ideia de que a mencionada bipartição fosse exaustiva (e não apenas uma simplificação didática) quanto, em especial, o modo de proceder de Gaio na exemplificação sucessiva¹⁷ induzem a considerar genuína a tripartição. Ela se encontra, pois, em sintonia com um uso equilibrado da analogia, como parece derivar da fixação do edito perpétuo ocorrida poucas décadas antes.¹⁸

Este posicionamento, seguramente, tem vantagens: ele renuncia à recondução das *fattispecie* que não constituem contrato ou delito dentro das categorias gerais cujos elementos constitutivos comuns não sejam definíveis; adequa-se, portanto, explicitamente, à tipicidade e à possibilidade de aplicação da analogia com base em uma atenta verificação, para cada instituto típico, da efetiva presença dos pressupostos para que aquela proceda. Parece que os Códigos, em grande parte, seguem as Instituições de Justiniano, embora seja frequente a fusão, em uma só, das duas categorias do delito e do quase delito, e, ao mesmo tempo, não ofereçam indicações para precisar quais sejam os elementos constitutivos comuns do quase contrato para que este venha a corresponder, em que pese a denominação, à categoria residual das várias causas típicas.

Em suma, parece-me que esta tripartição seja útil ao nosso trabalho. Esta conclusão requer, porém, ao menos outras duas especificações.

Em primeiro lugar, deve-se ter presente que o sistema jurídico latino-americano elaborou e fixou em alguns de seus Códigos a categoria do ato/negócio jurídico, cujos efeitos podem ser diversos. Também é verdade, entretanto, que em tais Códigos, dentro de dita categoria científica, de maior extensão e generalidade, distinguem-se os institutos que são fontes de obrigação (ou que incidem sobre as vicissitudes das obrigações) dos demais, como aqueles acordos com eficácia real ou o testamento. É, pois, verdade que, também em um significativo grupo daqueles Códigos que não adotaram a mencionada categoria geral, o contrato não se desenvolveu em uma direção que o generalize (isto é, não se desenvolveu em direção à assunção da função de ato jurídico bilateral, como na Itália). Deve-se dizer que o sistema latino-americano caracteriza-se pela perspectiva mais diretamente romanística, que estabelece uma separação entre os atos com eficácia real e os contratos, estes últimos com eficácia obrigatória.¹⁹

A possibilidade de atribuir ao contrato uma eficácia mais extensa, tanto real quanto obrigatória, própria da experiência franco-italiana, poderia ser submetida à explícita vontade das partes, ou poderia também ser presumida, salvo prova em contrário, nos casos em que ambas as partes sejam pertencentes a ordenamentos cujos Códigos a prevejam.²⁰

Em segundo lugar, a tripartição impõe uma ordem da matéria que não inclui o tratamento do fato, do ato e do negócio jurídico, reportando à parte relativa aos contratos também aqueles argumentos que foram incluídos na disciplina de tais categorias mais gerais, com generalizações que ainda hoje são objeto de perplexidade, ou de críticas, ou que requerem enunciados normativos que as derrogam. Desse modo, enfoca-se, ademais, a distinção entre as matérias que se referem à obrigação e aquelas que se referem ao contrato, distinção que seguramente comportará discussões em alguns casos. Dentre os Códigos Latino-americanos mais ilustres – uma vez eliminada uma Parte Geral sobre o fato, o ato, o negócio jurídico –, é ao Código de Andres Bello que se deve referir como ponto de partida para a organização sistemática da matéria. Certamente, os desenvolvimentos da Ciência Jurídica têm modificado, em diversos aspectos, tal organização, e, neste contexto, o índice do Código Civil italiano oferece um esquema que acolheu resultados amplamente difundidos e aceitos no sistema romanístico, e, portanto, poderia ser utilizado para a integração e modificação do Código de Andres Bello como potencial novo ponto de partida para o nosso trabalho.

Em terceiro lugar, deve-se realizar uma verificação relativa a outro problema.

Na romanística recente, foi realizada uma releitura da noção de contrato que evidencia uma riqueza de possíveis implicações.²¹

Relendo os Digestos de Justiniano, é sabido que encontramos a única definição de contrato formulada pelos juristas romanos: aquela de Labeão:

D. 50,16,19 Ulpiano, *Comentários ao Edito*, Livro XI: Labeão define no livro primeiro do edito do pretor urbano que algumas coisas (assuntos) se “atuam”, outras se “gerem”, e outras se “contraem”; e certamente <define que> “ato” (*actum*) é termo geral, seja que atue com palavras <seja com escritos>, seja com coisa, como na estipulação

<na transcrição de obrigações no livro das entradas e das saídas>, na dação de dinheiro; que “contrato” (*contractum*), pois, é obrigação recíproca de um com o outro, o que os gregos chamam “sinalagma”, como na compra e venda, locação-condução, sociedade; que gestão (*gestum*) significa fazer alguma coisa sem palavras.

Esta definição explícita (já que as outras são implícitas, na medida em que se inferem dos discursos e raciocínios que encontramos nas fontes) concentra a noção de contrato sobre aquele ato bilateral/plurilateral do qual surjam obrigações recíprocas, reconhecendo entre elas um vínculo, uma relação de interdependência que, por exemplo, contribui para precisar a operatividade da boa-fé. Vem individualizada, assim, uma ligação recíproca entre as obrigações, razão pela qual não podendo surgir uma delas, tampouco surgiria a outra, ressalvada a hipótese dos denominados contratos claudicantes.²² Esta ligação prolonga-se durante o curso da vida do contrato, em virtude do que as vicissitudes de uma obrigação refletem-se na outra, com um atento balanceamento das razões e da própria consistência delas.²³ E se compreende, ulteriormente, em tal ligação recíproca, o pressuposto para a possível superação da tipicidade contratual que caracterizava o sistema romano dos contratos à época de Labeão, e, portanto, para o início da formação do instituto jurídico do contrato, com eficácia bilateral, incluídas, ademais, as convenções atípicas ou aquelas para as quais poderia haver dúvida sobre o tipo concluído,²⁴ e, ainda, aquelas com a denominada bilateralidade imperfeita ou potencial,²⁵ deixando no âmbito da tipicidade as outras figuras geradoras de obrigações não recíprocas.²⁶ A esta definição parece que nas fontes possam estar vinculadas algumas outras regras operacionais que também emergem da releitura dos Digestos: assim como a resolução do contrato por inadimplemento,²⁷ ou a *exceptio non adimpleti contractus*,²⁸ ou a própria responsabilidade por impossibilidade superveniente,²⁹ ou a lesão enorme,³⁰ que merecem uma renovada reflexão crítica.

Um desenvolvimento parcialmente distinto daquele de Labeão, encontramos em Aristão:

D. 2,14,7, pr. Ulpiano, *Comentários ao Edito*, livro IV: Das convenções <concluídas> segundo o direito das gentes, algumas geram ações, outras exceções. 1. Aquelas que geram ações não mantêm o seu nome <de convenção>, mas passam a assumir o nome típico de um contrato: como compra e venda, locação-condução, sociedade, comodato, depósito, e outros contratos similares. 2. Mas ainda que a convenção que se celebrou não corresponda a um ou outro contrato, e, contudo, subsista uma causa, Aristão pontualmente responde a Celso <filho> que há obrigação. Como se, por exemplo, eu tivesse dado uma coisa a ti para que tu me desses uma outra; dou a ti para que faças alguma coisa: isso representa um sinalagma, e daqui nasce uma obrigação civil. E por tal razão reputo que Juliano tenha sido corretamente repreendido por Mauriciano neste exemplo: dei-te Stico para que tu manumitisses Panfilo; manumitiste-o; Stico foi objeto de evicção. Juliano escreve que o pretor deve conceder uma ação moldada sobre o fato; Mauriciano afirma <ao invés> que é suficiente uma ação civil de objeto indeterminado, isto é, daquelas que iniciam com a descrição da relação: há, efetivamente, um contrato, o que Aristão qualifica como sinalagma, do qual nasce esta ação.

Este posicionamento de Aristão insere-se em um sistema que não coloca em discussão a regra da tipicidade; ao contrário, preocupa-se em integrar a série dos contratos típicos já existentes com o reconhecimento de efeitos civis àqueles acordos entre as partes nos quais tenha havido a execução da prestação de uma das partes; esta execução, com efeito, torna civilmente exigível a outra prestação prevista. Tudo isso em nome do equilíbrio que deve ser garantido entre os patrimônios nas atividades negociais.

Essas perspectivas estão presentes também no âmbito daquelas elaborações mais sensíveis ao perfil do acordo, como no texto das Instituições de Gaio relativo aos contratos consensuais, e auxiliam na compreensão de todas as matizes possíveis:

Gaio, *Institutas*, livro III, 135: Têm-se obrigações mediante consentimento nas compras e vendas, locações-condições, sociedades

e mandatos. 136. Nesses casos se diz, pois, que as obrigações se contraem mediante consentimento porquanto não há necessidade de formalidade alguma, nem de palavras, nem de escritura, bastando que aqueles que realizam a atividade negocial tenham consentido. [...] 137. Nesses contratos cada pessoa se obriga com a outra por aquilo que cada uma deve prestar à outra conforme a equidade, enquanto, ao contrário, nas obrigações verbais uma pessoa estipula fazendo uma pergunta e a outra promete, e nas obrigações por escritura uma se obriga registrando o desembolso e a outra fica obrigada.³¹

Considero que essas perspectivas devem ser levadas em consideração e possam ser em parte combinadas, eventualmente, modificando a ênfase da definição de Labeão das obrigações para as prestações, como foi proposto recentemente.³² Sem tomar diretamente posição nesta sede sobre a noção científica de contrato, para fins de predisposição de um Código, talvez seja útil verificar se não possa ser profícua uma noção de contrato ainda mais restrita do que as habituais, mas que igualmente sirva para ressaltar as exigências fundamentais de equidade e transparência, que poderiam ser bem reguladas em uma tal convenção das partes que querem cumprir prestações recíprocas em que a prestação (ou prestações) de uma delas encontra justificativa e correta medida na prestação (ou prestações) da outra parte.³³ Poder-se-ia colocar ao lado deste “contrato” uma norma relativa à aplicação analógica, cuja utilidade já indiquei a propósito do problema geral das fontes das obrigações e a propósito da eficácia do contrato. A título de exemplo, poder-se-ia prever que o Código se aplique por analogia, na medida do possível, e com as oportunas adequações, aos outros acordos voltados a constituir, modificar ou extinguir obrigações de uma só das partes, ou um direito real, ou às promessas unilaterais, e aos outros comportamentos que manifestem uma vontade negocial.³⁴

NOTAS

- 1** Disponível em: <<http://www.cideci.org>>.
- 2** MARIO ROTONDI, *Inchieste di Diritto Comparato*. v. 8 (Il progetto franco-italiano di codice civile delle obbligazioni e dei contratti), Pádua, 1980.
- 3** Foram publicadas as atas dos dois primeiros Colóquios científicos (1996 e 1999): VV.AA., sob a coordenação de FERNANDO HINESTROSA. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*. I, Bogotá, 1998, e II, Bogotá, 2001.
- 4** Este documento encontra-se à disposição dos participantes deste Colóquio no *site* indicado na nota 1, *supra*.
- 5** FRANCISCO BILBAO, *El evangelio americano*. Buenos Aires, 1864; JOSÉ MARÍA TORRES CAICEDO, *Unión Latino-Americana. Pensamiento de Bolívar para formar una Liga Americana*. Paris, 1865.
- 6** Há tradução espanhola por P. BARRES BENLLOCH, J. M. EMBID IRUJO E F. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II*, Madrid, 2003.
- 7** Cfr. CJ. 1,17,1,6 (Constituição *Deo autore*).
- 8** Sobre a “comunicação” com os ordenamentos mais próximos, cfr. G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un “luogo vicino” nell’ambito del diritto comune europeo*. In *Foro italiano*, v. V, Roma, 1973, p. 89 e ss.
- 9** A prioridade desta atenção ao sistema jurídico latino-americano não se verifica, evidentemente, nas notas aos Códigos Civis citados, que foram os instrumentos através dos quais se operou a “transusão” do Direito Romano na América Latina (ver A. DÍAZ BIALET, *La trasfusión du droit romain*. In *Rev. Int. Droits Antiquité*, 1971, p. 471 e ss., com tradução em espanhol em VV.AA., DAVID FABIO ESBORRAZ (org.). *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho*. Cidade do México, 2006, p. 75 e ss.; *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil Argentino*. In *St. Sassaressi*, 5, 1977-1978, [= In VV.AA., SANDRO SCHIPANI (org.), *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*], Milão, p. 251 e ss.; *El Espíritu de la Legislación en la concepción del Derecho de Dalmacio Vélez Sarfield*. In

VV.AA., SANDRO SCHIPANI (org.). *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Pádua, 1991, p. 11 e ss.). Com efeito, por meio de ditos Códigos foi colocada em prática a ideia de tornar definitivamente próprio da América Latina independente o sistema jurídico romanístico, fazendo do continente um centro autônomo de desenvolvimento do sistema. O direito romano, antes mesmo da codificação moderna latino-americana, já integrava o direito dos países em questão, mas foi por meio dos Códigos Civis que ele foi novamente assumido, aprimorando irreversivelmente um processo o qual, por sua vez, funda e exige a perspectiva “latino-americano-cêntrica” de que estamos tratando.

10 Sobre o Congresso de Lima, ver JÜRGEN SAMTLEBEN, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, v. I, Buenos Aires, 1983, p. 10 e ss.

11 Poderia traçar um paralelo com o direito romano, quando entre os cidadãos e os estrangeiros existia a categoria dos que gozavam entre si do *ius commercii*, que constituía um direito comum a eles e assim formavam parte de um processo de integração: o *foedus Cassianum*.

12 Congressos de Roma (VV.AA., *I ‘Principi per i contratti commerciali internazionali’ e il sistema latinoamericano*, M. J. BONNEL; SANDRO SCHIPANI (orgs.), Pádua, 1996) e de Valencia (VV.AA., *Los Principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma, 1998, p. 256 e ss.).

13 PARLAMENTO LATINO-AMERICANO. *Conclusões do Seminário sobre: “Dívida Externa dos Países em Desenvolvimento” (São Paulo, 11/11/2007)*. In Roma e America. *Diritto Romano Comune*, n. 23, 2007, p. 323 e ss.

14 RICCARDO CARDILLI, *“Bona fides” tra storia e sistema*, Turim, 2004.

15 Este tema foi tratado por V. Abelenda em sua tese de Doutorado, a qual espero seja publicada em breve.

16 Conforme, por exemplo, nos mesmos textos justinianeus, J. 4,6,1. Também se pode perceber que a bipartição tende, ademais, a ser exaustiva, por meio de uma utilização do termo “contrato” bastante genérico, razão pela qual ele inclui a *negotiorum gestio* em D. 3, 5, 15 (16), a tutela em D. 13,5,1,6, a *communio* em D. 42,4,3pr., o testamento em D. 45, 2, 9 pr., o legado em D. 50, 17, 19 pr. Entretanto, não é este emprego do vocábulo “contrato” que se fixa tecnicamente.

17 D. 44,7,5.

18 *Const. Tanta*, § 18 (*in fine*): “[...] se algo não se encontra consignado no edito, pode resolvê-lo uma nova autoridade, segundo as regras, as conjeturas e as analogias daquele”.

19 SANDRO SCHIPANI, *Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano*, VV.AA., FERNANDO HINESTROSA (coord.). *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latino-americano tipo*, Bogotá, 2001, p. 13 ss.

20 Esta posição seria, portanto, diversa da do *Code européenn* de Gandolfi, que prevê a possibilidade de outros efeitos além daqueles obrigatórios, em um idêntico plano (art. 1º, alínea 1).

21 FILIPPO GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*. In: Roma e America. *Diritto Romano Comune*, n. 7, 1999, p. 17 e ss. (tr. sp. In *Sistema Jurídico latinoamericano y Derecho de los Contratos*, a cura di D.F. Esborraz, 17 ss.); JORGE ADAME GODDARD, *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra “contrato” en los Principios de Unidroit)*. In VV.AA., *Contratación Internacional. Comentario a los Principios sobre los contratos internacionales de Unidroit*. Cidade do México, 1998, p. 15 e ss. DAVID FABIO ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*. Santa Fé, 2006.

22 D. 19,1,13,29; mas ver também D. 18,5,7,1; D. 16,2,9pr.

23 D. 19,1,50; D. 19,2,28; D. 19,2,60. Sobre o ponto, ver FILIPPO GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano*, v. I, Turim, 1992, p. 214 e ss.

24 Conforme, por exemplo, D. 19,5,1,1; D. 18,1,50. FILIPPO GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano Synallagma e conventio nel contratto*,. cit., p.190 e ss.

25 Conforme, v. gr., D. 17,1,8pr. relativo ao mandato e ao depósito. FILIPPO GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano*, cit., p. 210 ss.

26 FILIPPO GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto*

Romano, cit., p. 251, observa: “L’attività negoziale ha bisogno di uno spazio di atipicità: l’atto giuridico bilaterale produttivo di obbligazioni reciproche corrisponde ad esigenze non eliminabili nelle relazioni umane e presenta una propria individualità (viene sottoposto ad apposite regole) in ogni sistema giuridico”. Tradução: “A atividade negocial necessita de um espaço de atipicidade: o ato jurídico bilateral produtivo de obrigações recíprocas corresponde a exigências não elimináveis nas relações humanas e apresenta uma individualidade própria (submete-se a regras específicas) em cada sistema jurídico”.

27 D. 12,4,3,2,3.

28 D. 19,1,13,8; D. 44,4,5,4.

29 D. 19,1,50; D. 19,2,9,4., 19,1,50; 19,2,9,4.

30 C. 4,44,2; D. 19,1,50; 19,2,9,4.

31 Ver também Gai. 3, 155: “O mandato tem lugar [...] e ficamos obrigados reciprocamente um com o outro naquilo que se deva prestar com base na boa-fé”.

32 FILIPPO GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, cit.; DAVID FABIO ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, cit.

33 A definição proposta por FILIPPO GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano*, cit., p. 55, reza que: “Il contratto è l’atto plurilaterale produttivo di prestazioni patrimoniali corrispettive”. Tradução: “O contrato é o ato plurilateral produtivo de prestações patrimoniais recíprocas”. No entanto, a definição proposta por DAVID FABIO ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, cit., p. 240 (mas ver também p. 252 e p. 258) sugere que: “El contrato es el acto jurídico plurilateral que tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas creditorias recíprocas de naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extinción; pudiéndose también beneficiar con él a terceros”. Tradução: “O contrato é o ato jurídico plurilateral que tem por fim imediato constituir entre as partes relações jurídicas creditórias recíprocas de natureza patrimonial, assim como a regulação, modificação, interpretação, transmissão ou extinção, podendo-se também com ele beneficiar terceiros”.

34 Existe posicionamento similar no *Projeto Lando*, art. 1:107.

10.

A “BOA-FÉ” COMO PRINCÍPIO DO DIREITO DOS CONTRATOS: DIREITO ROMANO E AMÉRICA LATINA*

Riccardo Cardilli

Tradução de Camilo Zufelato

10.1 | **CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

No contexto de um diálogo histórico-dogmático que deita raízes da tradição civilística comum baseada no direito romano, a boa-fé impõe o enfoque da questão relativa à sua função no direito privado da América Latina centrado em um discurso mais “principiológico” do que “institucional”,¹ retomando, dessa forma, uma fertilíssima referência que recebemos desde o *ius gentium* romano, como direito comum a todos os homens, caracterizado, desde o seu surgimento, por uma profunda e acentuada vocação universalista (Cic. De off. 3,17,69; Gai. 1,1).²

Do ponto de vista histórico, a boa-fé objetiva, inserida em alguns Códigos Civis dos séculos XIX e XX, por meio da técnica da cláusula geral, e que atualmente encontra dificuldades em adquirir um tratamento dogmático homogêneo em nosso sistema jurídico,³ retoma plenamente a sua dimensão “principiológica”. A perspectiva histórico-dogmática consegue superar mais facilmente as oscilações existentes na doutrina moderna (europeia e latino-americana) entre posições juspositivistas, tensionadas a reconhecer a vigência ou não da boa-fé a depender da previsão expressa do princípio no direito positivo, sobretudo codificado, em certo ordenamento jurídico, ou então posições que acentuem a vigência do princípio independentemente da explícita previsão nos Códigos ou nas Constituições nacionais, baseando-se no sistema jurídico ao qual tais ordenamentos se inserem, e realizando a sua aplicação concreta nas decisões dos tribunais.

É útil, na minha opinião, iniciar a partir do direito romano, da *fides bona* como princípio normativo em certos contratos típicos originados nas relações entre romanos e estrangeiros, para deixar claro que certas alterações, ocorridas no desenvolvimento da tradição jurídica até o processo de codificação na América Latina, às vezes é a causa da perda da função do

princípio da boa-fé, e também da delimitação da sua capacidade de se difundir e de se aplicar ao direito dos contratos.

10.2 | O PAPEL DA *FIDES BONA* NO DIREITO ROMANO

10.2.1 | *A fides bona* na *exceptio* do edito asiático de Q. Múcio (Cic. ad Att. 4,1,15)

Cic. ad Att. 4,1,15:

De Bibuli edicto, nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum. Ego tamen habeo ἰσοδυναμοῦσαν sed tectiorem ex Q.M. P.f. edicto Asiatico, “EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA”; multaue sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. Breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν quod duobus generibus edicendum putavi; quorum unum est provinciale, in quo inest de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, <bonis> vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium de reliquo iure dicundo ἄγραφον reliqui: dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum. Itaque curo, et satis facio adhuc omnibus. Graeci vero exsultant quod peregrinis iudicibus utuntur. “Nugatoribus quidem” inquires. Quid refert? Ii se αὐτονομίαν adeptos putant. Nostri enim, credo, gravis habent, Turpionem sutorium et Vettium mancipem.

(A) O edito de Cícero para a Cilícia

Para analisar o significado jurídico deste testemunho,⁴ e especialmente na contextualização do significado e dos efeitos da cláusula *extra quam* no

edito asiático de Q. Múcio Cévola do ano de 94 a.C., deve-se tratar, antes, do papel e do significado dessa cláusula no edito de Cícero para a Cilícia do ano de 51 a.C.

O edito ciceroniano para a Cilícia, segundo o que o próprio Arpinate refere em uma carta ao governador a quem ele sucedeu, Ápio Cláudio, enviada no dia 8 de outubro do ano de 51 a.C. (*Ad fam.* 3,8,4),⁵ já tinha sido, em sua substância, composto em Roma antes da sua partida, com exceção de uma modificação que lhe foi solicitada pelos publicanos em Samo, que para atendê-la incluiu uma parte do edito do seu antecessor.⁶

Não se pode reconhecer nenhuma influência direta sobre o edito de Cícero ao contemporâneo edito publicado para a Síria por Calpurnio Bibulo,⁷ segundo a interpretação mais correta de *De Bibuli edicto nihil novi*, com a qual se abre *ad Att.* 4,1,15.⁸ Esse teve somente uma influência indireta, com base na crítica pontual de Ático, para a escolha da cláusula *extra quam* contida no edito mais antigo de Q. Múcio.

Em relação à estrutura do edito, é significativa a reivindicação de Cícero de uma diáresis a qual lhe teria permitido realizar um edito breve, diferentemente – pelo menos assim parece – do mesmo edito provincial de Q. Múcio Cévola (*multaque sum secutus Scaevolae ... Breve autem edictum est ...*; sobre esse aspecto, v. outras fontes).⁹ Este resultado, razão de elogio aos olhos do amigo, teria sido alcançado por Cícero graças à divisão por ele operada entre um *edictum* mais propriamente *provincial*;¹⁰ e um *edictum* que regulava matérias pelas quais, seja em razão do fundamento normal dos instrumentos jurisdicionais a ele conexos,¹¹ seja por razões de oportunidade, tornava-se necessária a referência a normas gerais e abstratas inspiradas no modelo romano.¹² Aos *duo genera edicendi* referidos, Cícero acrescentou ainda um *tertium*,¹³ cuja característica peculiar seria aquela de ser ἄγραφον, salvo a cláusula de édito, provavelmente inserida na parte final de seu edito, que lhe permitia exercitar a *iurisdictio* através *decreta* “modelados” (*accomodare*)¹⁴ sobre *edicta urbana*, ou seja, tanto o edito do pretor urbano quanto o do pretor peregrino.¹⁵

Substancialmente, a elogiada *brevitas* é realizada por Cícero em via instrumental, com uma cláusula de reenvio aos *edicta urbana*, e de tal modo introduzindo na administração da província todos aqueles institutos

romanos excluídos do *alterum genus* para o qual Arpinate entendeu necessária uma publicação das disposições relativas à *bonorum possessio* e à *bonorum venditio*.

Alcançam, assim, modelos romanos, tanto matérias sobre as quais, por razões de estratégia de administração da justiça na província, Cícero considera necessário *ius dicere* prevendo disposições editalícias com caráter de generalidade e abstração, quanto aquelas incluídas no *tertium genus*, no qual a administração do *ius dicere* na província da Cilícia, por Cícero, teria substancialmente seguido, por meio da adaptação decretal, o direito contido nos editos dos dois pretores.¹⁶ Este dado será útil quando se buscar entender o âmbito de influência da *bona fides* no direito privado da província administrada por Cícero.

(B) Conteúdo do edictum provincial de Cícero para a Cilícia

O *edictum provincial*, segundo a concepção ciceroniana, é aquele voltado a regular “matérias que tinham, para a província, um particular interesse”, e incluía *de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis e omnia de publicanis*.

Trata-se de títulos autônomos,¹⁷ cada um com uma função específica ao regular situações que eram postas, pela importância intrínseca delas na província administrada, no centro da atenção do pró-magistrado.

O título *de rationibus civitatum* regulava “as finanças e as contas da cidade”. Os problemas conexos eram bem conhecidos por Cícero, que havia encontrado as *civitates* na Cilícia depois da administração de Ápio Cláudio Pulcher numa condição “miserável”, a ponto de ser necessárias intervenções para sustentá-las, eliminando ônus financeiros e racionalizando suas situações de crédito.¹⁸

Em relação ao título *de aere alieno*, normalmente se relaciona, dada a estreita ligação com o título precedente, com o fenômeno dos empréstimos às *civitates*.¹⁹ Talvez neste título devesse estar previsto pelo menos o primeiro dos dois meios principais acordados às cidades da Cilícia por Cícero com a finalidade de liberá-las da *aes alienum* ou de diminuir-lhes a entidade: seja retirando-lhe uma série de custos de despesa, seja verificando a correção das gestões dos magistrados gregos nas várias cidades, visando

certificar a existência de subtrações ilícitas, impondo-lhes a restituição (*ad Att.* 6,2,4-5).²⁰

Há que se destacar, porém, que neste caso também poderia não ser totalmente correto compreender o título não regulamentador de hipótese de crédito pecuniário entre romanos e peregrinos, e entre peregrinos de diversas cidades entre si, fundados sobre *causae* diversas das *syngraphae*, as quais, porém, eram relacionadas em um título *ad hoc*. Destacadamente, ainda que aquele débito das cidades devesse ser um problema político-econômico com reflexos jurídicos mais significativos para quem administrava a província, considero que não se possa excluir que esse visava regular questões *de aere alieno* relevantes para cada romano e grego, prevendo instrumentos para acelerar a extinção do débito por meio de medidas de restituição das somas capitais, como paralelamente no título *de usuris* previam-se limites às taxas de juros que determinavam uma readequação àqueles já existentes e negociados, e uma adequação das contratações em curso ou futuras.

Restam dúvidas, enfim, sobre a possibilidade de interpretar tal título como includente de *fattispecie* negociais relativas à fenomenologia do crédito na província (*mutui dationes*, *stipulationes* e *pactiones*) com exceção da disciplina específica prevista para as *syngraphae*.²¹ Tal possibilidade é dificilmente declarada em concreto, dada também à substancial originalidade do título *de aere alieno* e a sua também especial relação com os títulos *de rebus creditis* do edito cidadão.²² Do ponto de vista do tema que estou examinando neste tópico, pode-se considerar, porém, substancialmente irrelevante a questão, pois essa não diminui o âmbito de aplicação das *fattispecie* negociais que estão ligadas à realidade do débito nas províncias, e particularmente naquela da Cilícia, pois por meio da cláusula de reenvio aos *edicta urbana* os romanos e os peregrinos na província teriam de qualquer forma reconhecida uma tutela jurídica a essas. Isso, como será visto a seguir, assume um significativo valor em relação ao papel e ao significado da *exceptio "extra quam"* no edito de Cícero na Cilícia.

O título *de usuris* certamente continha disposições sobre a limitação da taxa de juros (*centesimae* 12% ao ano) e sobre o anatocismo anual. Do epistolário de Cícero, sabemos também que tais limitações não valiam

somente para as taxas se juros dos novos negócios concluídos, mas também podiam determinar a readequação daqueles pactualmente já fixados em taxas de juros mais altas (até mesmo as *quaternae centesimae* [48% ao ano] pretendidas por Scapzio no empréstimo feito aos Salamini).²³ Como já referido, a fixação de uma taxa máxima de juros era uma norma editalícia que valia para qualquer pessoa que emprestasse dinheiro a juros na província administrada por Cícero, e não somente para os publicanos.

O título *de syngraphis*, de um lado, respondia à necessidade de regular o esquema negocial ao qual se recorria de modo preponderante para tornar jurisdicionais as relações de crédito nas províncias helenísticas, e talvez para mitigar o regime jurídico do *genus obligationis proprium peregrinorum* (Gai. III,133),²⁴ em relação à concepção romana que nela individuava a essência em termos de *obligatio litteris contracta* abstrata, e em relação à *stipulatio* (Gai. 3,134 e 3,93), com a *mutui datio* e com *pactiones*,²⁵ outros esquemas jurídicos, os *iure gentium*, utilizados nos empréstimo entre romanos e estrangeiros; de outro lado, exatamente enquanto instituto não incluído na esfera do *ius gentium*, carente de uma específica previsão no edito com o fim de ser regulado no *ius dicere* do pró-magistrado romano.²⁶

Enfim, o título *de publicanis* provavelmente incluía todas aquelas normas relativas aos comportamentos excessivos e molestadores dos publicanos na concessão de créditos vantajosos em relação aos provinciais, semelhantemente à normativa incluída no título *De publicanis* (E. XXXII) dos editos urbanos.

(C) A exceptio “extra quam” no edito de Cícero para a Cilícia

Após esclarecer o conteúdo do edito de Cícero na Cilícia, é necessário explicar a inserção, nele, da *exceptio “extra quam”*. Dada a certeza sobre a sua natureza de cláusula escrita,^{26-bis} essa, em abstrato, poderia ter sido incluída tanto no *genus provinciale* quanto no *alterum*. Em concreto, considerando o seu teor literal que fala de *negotium gestum*, excluiu-se justamente a segunda possibilidade, em razão da dificuldade de encontrar nela uma função sensata em relação à *bonorum possessio* e à *bonorum venditio*.

Maiores problemas surgem quando se tenta esclarecer a sua colocação no *genus provinciale*. Parece-me convincente, dadas as matérias provavelmente

tratadas, excluir tanto o título *de rationibus civitatum* quanto o *omnia de publicanis*. Em relação aos três títulos residuais (*de aere alieno*, *de usuris*, *de syngraphis*), normalmente se pensa no título *de syngraphis* como único título do *genus provinciale* no qual a *exceptio* “*extra quam*” adquire um significado adequado.²⁷ Acredito, porém, que permanecem amplas margens de incerteza quanto a isso, pois nesses títulos poderiam ser incluídas disposições relevantes e aplicáveis a todo tipo de relação de empréstimo entre romanos e gregos, não necessariamente formalizado em um síngrafo. A questão surge da incerteza que reveste os conteúdos do título *de aere alieno*. Contudo, como será visto, em realidade, tal incerteza não se reflete sobre a incidência do âmbito negocial da *exceptio* “*extra quam*” no *edictum provinciale* de Cícero.

Tecnicamente, essa incerteza condiciona de modo negativo o normal desenvolvimento dos efeitos do negócio, caso se consiga estigmatizar um aspecto desse que conflite com uma conduta baseada na lealdade e na correção. No meu modo de ver, a explicação mais convincente é aquela que considera tratar-se de uma *praescriptio pro reo* (<*EA RES AGATUR*>, *EXTRA QUAM*...) qualificada como *exceptio* por Cícero, coerentemente ao processo de inclusão das *praescriptiones pro reo* nas *exceptiones*, lembrado por Gaio (Gai. 4,133).²⁸ A plausibilidade da hipótese, além das razões de técnica na modulação dos *concepta verba*, parece-me que encontra uma adequada confirmação da eficácia da cláusula quanto ao âmbito negocial que tende a regular, seja em relação às *syngraphae*, seja em relação às *mutui dationes et stipulationes*, seja em relação às *pactiones*.

Passemos agora ao significado dessa. O seu teor literal, ao meu modo de ver não modificado quanto ao original muciano, faz com que surjam alguns dados significativos que, por assim dizer, entram em tensão, uma vez que a *exceptio* venha contextualizada no edito de Cícero. O *negotium gestum*, com efeito, assume quase um modelo generalizante se adstrito aos estritos limites das *syngraphae*.²⁹ Mais adequado seria pensar em uma aplicação mais ampla para formas negociais de natureza substancial, nas quais se poderia encontrar expresso o fenômeno do crédito na província, além das *syngraphae*, aos mútuos, e das *stipulationes* e às *pactiones*. Essa tensão se explica, na minha opinião, com base na operação realizada por

Cícero, que, como tal, deve ser considerada em si mesma, sem que possa, de qualquer forma, influenciar a função e o significado que a *exceptio “extra quam”* deveria ter no *edictum Asiaticum* de Q. Múcio Cévola. Em todos os casos, a *exceptio “extra quam”* no edito para a Cilícia servia para paralisar os efeitos vinculantes do *negotium* realizado, toda vez que a pretensão de respeitar os seus termos negociais não tivesse se dado em conformidade com o princípio da boa-fé.

Mesmo em relação às situações que, com base em uma previsão muito ampla, podiam obter tutela adequada, é possível distinguir uma certa defasagem entre a utilização ciceroniana da *exceptio* e o seu amplo potencial de aplicação.

Em relação ao significado dessa *exceptio*, realmente é importante esclarecer a razão que motiva Arpinate a perfilar-se com o edito asiático de Q. Múcio, preferindo a *exceptio “extra quam”* à *exceptio* de Calpurnio Bibulo, pró-magistrado contemporâneo na Síria, com base na crítica feita por Ático a esta última em uma leitura precedente: *nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum*. O *ordo* comum a que Ático se referia são os *equites*. A reprovação revela, como há tempos já foi observado, tanto o teor da *exceptio* contida no edito siríaco de Calpurnio Bibulo quanto as razões que sustentam a escolha de Cícero de inserir no seu edito para a Cilícia a *exceptio “extra quam”* do edito asiático de Q. Múcio.

De um lado, é fundamental a ligação, apontada pela doutrina,³⁰ entre Cic. *ad Att.* 6,1,15 e Ulp. *l.11 ad ed.* D. 4,3,11,1,³¹ relativa a um temperamento dos efeitos infamantes da *actio de dolo* em relação a algumas categorias de pessoas (ascendentes e patronos), realizada pela menção da *bona fides* e não explicitamente do *dolus malus*. Uma preocupação análoga também pode ser vista na inserção na *formula* de uma *exceptio doli* (Ulp. *l.76 ad ed.* D. 44,4,4,16³²) em relação às mesmas categorias de pessoas, ainda que neste caso a *exceptio in factum* que se propõe como possível alternativa é a *exceptio non numeratae pecuniae*.³³ De qualquer forma, há que se destacar como a oportunidade de uma atenuação das consequências prejudiciais de natureza pessoal (e no caso da *actio de dolo* até mesmo infamante) para os ascendentes e patronos é realizada por Ulpiano com um temperamento literal dos *concepta verba* da *actio de dolo*, “acomodada”

in factum no sentido pós-Adriano suprimindo a explícita menção ao dolo, e referindo-se à *fides bona*, em termos de conduta contrária a ela. A segunda passagem demonstra como soluções análogas em relação à técnica de fixação e modelação dos *concepta verba* da *formula* pudessem ser seguidas também pela *exceptio doli*. Contudo, uma diferença importante entre a *exceptio in factum* ulpianea e a *exceptio “extra quam”* e, como veremos, não sem reflexos sobre a sua aplicação, é que essa última, em Cícero e também em Q. Múcio, era *edictalis*, e não *causa cognita* acomodada no âmbito decretal para a *formula* da ação exercitada.

A ligação que se instaura com D. 4,3,11,1 e D. 44,4,4,16 ilumina o sentido da crítica de Ático à *exceptio* incluída no edito para a Síria feita por Calpurnio Bibulo e o significado que o mesmo Cícero, emprestando-a do edito de Q. Múcio, reconhece no contexto de seu *edictum provinciale*. O *nimis grave praeiudicium* que Ático lamentava não parece decorrer tanto do dano econômico que os romanos que operavam na província da Síria administrada por Bibulo presumem poder sofrer pela paralisia das suas eventuais pretensões jurídicas, com base na *exceptio* inserida em seu edito por esse último, mas mais pela lesão à dignidade que implicitamente decorreria no enquadramento do comportamento negocial deles como sendo de *dolus malus* ou *fraus*.³⁴

Em relação a Cícero, é bastante aceita a explicação sobre a sua qualificação da *exceptio “extra quam”* preferida por ele: ἰσοδυναμοῦσαν, *sed tectiorem*. Exatamente como afirmado, a “idêntica eficácia” relaciona-se com o conteúdo da *exceptio*, ao passo que a “maior cobertura” relaciona-se com a forma.³⁵ A maior cautela expressa pela fórmula da *exceptio “extra quam”* está na valorização do comportamento negocial que se deseja sancionar em termos de contrariedade à *fides bona*, evitando que esse comportamento seja qualificado, em termos explícitos, como de *dolus malus*, e, portanto, intencionalmente dirigido a fraudar a contraparte. Para Cícero, a *exceptio* muciana deveria servir para atingir os comportamentos dolosos nos negócios na Cilícia, sem que, contudo, causasse lesão à fama e à dignidade dos *equites* que nela operavam. Em suma, uma solução de compromisso.

Um problema ulterior, e não sempre observado, parece-me aquele da escolha feita por Cícero de incluir tal *exceptio* no *genus provinciale* de seu

edito, e não considerar que seria suficiente, por si só, uma gestão das astúcias negociais e dos comportamentos dolosos na Cilícia por meio da modulação decretal, *causa cognita*, das *formulae*, com base nos editos cidadãos. De fato, é possível compreender que no ano de 51 a.C. as *formulae de dolo* já tivessem sido propostas nos editos cidadãos,³⁶ ainda que não se possa afirmar que essas já tivessem adquirido uma certa estabilidade como parte transladícia do edito.³⁷ O dado certo é que algo de muito semelhante à *exceptio doli*, ao menos pela função explícita do *dolus malus* ou da *fraus*, havia sido incluído por Cornélio Bibulo em seu edito para a Síria naquele ano. Dever-se-ia tratar, portanto, de *formulae* que exatamente naqueles decênios estavam adquirindo uma certa estabilidade nos editos cidadãos, e que a partir deles parecem se expandir para os vários editos provinciais. A escolha de Cícero em não seguir um caminho semelhante àquele de Ulpiano visará mitigar, em relação a exigências análogas, pela via decretal, o teor literal da *formula (dolus malus)*, mencionando em negativo uma conduta contrária à *fides bona*, pode ser explicado com base em uma estratégia: a de impor, na província por ele administrada, um princípio geral de conduta comercial baseada na correção, evitando-se, desse modo, ofender a dignidade do *ordo equester*. Disso decorre a escolha de Cícero de incluir a *exceptio muciana* como cláusula em seu edito “provincial”.

A referida tensão entre o significado literal da *conceptio verborum* da *exceptio “extra quam”*, e a contextualização delimitadora de Cícero em seu edito em Cilícia, tanto em relação aos esquemas negociais aos quais parece estar conectado quanto em relação às condutas que se deseja sancionar – essencialmente aquelas dolosas – demonstra com certeza que, na operação ciceroniana, essa tensão não foi modificada, como se confirma na sua derivação textual do edito asiático de Q. Mucio (*Ego tamen habeo ... ex Q. Muci Pf. edicto Asiatico ...*).

Até aqui a *exceptio “extra quam”* no edito de Cícero para a Cilícia.

(D) *O edictum Asiaticum de Quinto Mucio pontifex e a função da exceptio “extra quam”*

Quais eram a função e o significado que a exceção poderia assumir no edito de Q. Múcio para a Ásia?

Esse edito foi realizado por Q. Múcio em colaboração, ao que parece, com Rutílio Rufo, segundo a notícia de Diodoro (37,5,1).³⁸ A data da pró-magistratura na Ásia, mais tardia, é do ano de 94 a.C., logo após o consulado. A administração desta província concedeu a Q. Múcio honras quase divinas por parte dos provinciais (τιμαὶ ἰσόθεοι Diod. 37,6),³⁹ rendendo a ele e a Rutílio Rufo a inimizade dos publicanos.⁴⁰

Acerca da sua estrutura formal não se sabe quase nada, exceto a indiciária hipótese que decorre do confronto entre o *multaque sum secutus Scaevolae...* e o *Breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν* de Cícero, visto acima. Disto poderia, de fato, decorrer certa completude do *edictum Asiaticum* de Q. Múcio, no qual eram incluídas muitas matérias que, ao contrário, Cícero prefere “acomodar” em via decretal sob o modelo dos *edicta urbana* graças à cláusula de reenvio.

Deve-se pensar, portanto, que quanto às matérias reguladas sobre modelos romanos Q. Múcio tendesse a incluí-las no seu edito.⁴¹ Disso decorre a sua maior amplitude, à qual Cícero contrapõe a *brevitas* de seu edito.

Também por meio de Cícero (*ad Att.* 6,1,15) sabemos que em seu edito Q. Múcio havia previsto, com uma cláusula edital, a faculdade de os gregos de várias *civitates* poderem regular suas relações e agir em juízo *suis legibus*.⁴² É de se supor, portanto, que ele não se subtraía de regular, em seu edito provincial, com normas voltadas às relações entre romanos e gregos, e entre gregos de diversas *civitates*, exatamente como a *exceptio “extra quam”* confirma em concreto. Isso é o que sinteticamente é possível considerar como ocorrente quando se busca contextualizar o significado originário e a dimensão da *exceptio “extra quam”* no edito asiático de Q. Múcio.

Sob uma perspectiva de conjunto, parece-me que não se sustentam todas as superestruturais delimitações de seu âmbito de aplicação e de sua função, que nascem do uso feito por Cícero em seu edito para a Cilícia.

Em um primeiro ponto de vista, as figuras negociais em abstrato envolvidas pela aplicação da *exceptio* não encontram nenhum esclarecimento de natureza sistemática, como ocorreu para o edito de Cícero. Particularmente, parece-me arbitrário pensar que essa “fosse concernente a formas negociais específicas”,⁴³ e em particular somente nas quais resulta marginal o recurso à boa-fé na jurisdição do pretor urbano. De fato, o risco é o

de sobrepor, em cada caso, o âmbito negocial no qual a inclui Cícero, circunscrevendo-lhe a eficácia (somente às *syngraphae*, ou aos mutui e *stipulationes*, ou às *pactiones*).⁴⁴ É preciso destacar a extensão por si só expressa pelo *negotium gestum* da *conceptio verborum* da cláusula, que se torna ainda mais significativa nos limites de um panorama de “categorias pré-contratuais”, como aquele que emerge no período muciano do confronto entre Pomp. *l. 4 ad Q. Mucium* D. 46,3,80; Q. Muc. Scaev. *l.s.* D. 50,17,73,4; Cic. *De off.* 3,17,70.⁴⁵ Na *exceptio “extra quam”* de Q. Mucio, *negotium gerere* indica uma área genérica, qual seja, a dos “negócios” creditícios,⁴⁶ que havia assumido um perfil jurídico, com contexto igualmente fluido e complexo (como *syngrapha*, como mútuo e *stipulatio* [das *usurae* ou também da *sors*], como *pactio* [acompanhada, às vezes, por uma *stipulatio usurarum* ou por uma *syngrapha usurarum*]), de tal modo a produzir efeitos vinculantes para as partes (*stari*).⁴⁷ O *quidque contractum* de D. 46,3,80 teria excluído todos aqueles negócios (*syngraphae* e *pactiones*) que não produziam o efeito vinculante típico expresso pelo sintagma (*oportere* ou *oportere ex fide bona*),⁴⁸ enquanto o *stari* indicava a força, sem se limitar, tecnicamente, a um conceito estranho à realidade provincial. O *pacisci* e o *stipulari* de D. 50,17,73,4 cobriam, por sua vez, somente alguns dos esquemas jurídicos nos quais a negociabilidade do fenômeno creditício encontrava expressão nas províncias helenísticas, provavelmente deixando de abarcar a forma negocial estatisticamente mais utilizada, qual seja, as *syngraphae*.⁴⁹ Enfim, dos testemunhos ciceronianos, deduz-se como os diversos esquemas jurídicos poderiam se inter-relacionar, em relações com diversos usos negociais, frente a um negócio unitário de empréstimo entre romano e peregrino. *Negotium gestum* e *stari* demonstram ser perfeitamente aptos a regular a realidade negocial para a qual a *exceptio “extra quam”* de Q. Múcio foi pensada, exatamente porque tende a se adequar ao dado concreto, sem enrijecimentos técnicos inúteis, próprios da realidade normativa romana.

Se levarmos em consideração que os editos cidadãos no período muciano já deveriam incluir pelo menos as listas de *arbitria bonae fidei* lembrados em Cic. *De off.* 3,17,70 (sobre esse ponto, v. o próximo parágrafo), a uma delimitação da operatividade da *exceptio “extra quam”*

somente aos negócios formais (*syngrapha* e *stipulatio*) aplicados entre romanos e peregrinos na província, não se conclui, nem mesmo por hipótese, que Q. Múcio tenha reproduzido em seu edito na Ásia os títulos relativos aos futuros *iudicia bonae fidei* dos editos cidadãos. Mesmo se se aderisse a tal hipótese, como eu propendo a acreditar, não se exclui que a *exceptio* “*extra quam*” desenvolvesse, em cada caso, uma função digamos geral, de articulação, que tornava coerente a disciplina, submetendo todo *negotium gestum* na província, não somente em termos de *syngraphae*, mas também de *mutui dationes* e *stipulationes*, ou de *pactiones*, com respeito à *fides bona*. Essa, portanto, enquanto desenvolvia no plano das *actiones* uma função tipificada entre as figuras contratuais que nos *edicta urbane* haviam dado vida aos *arbitria bonae fidei* (*societates*, *fiduciae*, *mandata*, *res emptae*, *res venditae*, *res conductae*, *res locatae*; Q. Múcio em Cic. *De off.* 3,17,70; a propósito, v. próximo parágrafo), em relação àquela parte do edito asiático de Q. Múcio mais propriamente provincial, no sentido ciceroniano, essa assume uma dimensão mais ampla, como uma verdadeira cláusula geral, ainda que mitigada quanto aos efeitos processuais que a ela se conectavam em termos de *praescriptio pro reo*.⁵⁰

Com base em tais considerações, a leitura do texto da cláusula edital parece-me que possa superar também a outra delimitação derivante dos escopos perseguidos por Cícero quanto à necessidade de encontrar uma alternativa adequada à *exceptio* de Cornelio Bibulo. Com efeito, se a *praescriptio* “*extra quam*” certamente é idônea para impedir a produção de efeitos vinculantes conexos ao *negotium* celebrado com base em erro e fraude (*eo stari non oporteat ex fide bona*), a sua reinterpretação, numa perspectiva exclusivamente subjetiva, é uma herança da contextualização ciceroniana. Seu teor, ao contrário, parece condicionar também o *stari* do negócio: comportamentos em sede de conclusão desse mesmo negócio, ou no adimplemento dos compromissos assumidos, que se demonstram em contraste com o modelo da correção e lealdade do *vir bonus*; ou na análise de cada uma das partes do acordo que se colocam em contraste com o princípio (um exemplo são os acordos que previam taxas usurárias). A única fase que acredito que possa ser excluída, dada a referência ao *negotium gestum est*, é aquela do exercício da ação.⁵¹

Em síntese, diferentemente de Cícero, não considero que seja somente contra “a exorbitância das formas, na província da Ásia” que Q. Múcio visava “com a preservação da *bona fides*”, nem tampouco perseguisse somente “aqueles mesmos intentos que em Roma foram alcançados mais precisamente pelo edito de Aquílio”.⁵²

Quinto Múcio, no exercício de sua *iurisdictio* na Ásia, no primeiro decênio do século I a.C., entendeu por não se limitar a já ampla relevância da *fides bona* nos editos cidadãos em relação a uma série de esquemas negociais tipificados nas relações entre *romanos* e *peregrinos* e tutelados com *arbitria bonae fidei*, mas propõe um âmbito de aplicação ainda mais extenso, subordinando a vinculatividade de toda uma série ulterior de esquemas negociais, nos quais tomava forma o fenômeno do empréstimo na província, em respeito a um princípio de lealdade e correção no agir negocial.⁵³ Esta aplicação mais ampla foi reconhecida tanto em relação a uma série de esquemas jurídicos inseridos no *ius gentium* (*stipulationes*, *mutui dationes*, *pactiones*) quanto em relação a negócios típicos da realidade provincial grega (*syngraphae*).

É perfeitamente adequado para tal escolha – vale dizer, de impor em um âmbito mais vasto o respeito de um princípio romano que se presume adequado e fundar as relações entre romanos e estrangeiros, mas somente para uma parte dos típicos *contractus iuris gentium* – que a *fides bona* não torne o critério normativo de integração do conteúdo contratual desses *negotia*, mas simplesmente um requisito que condicione de forma negativa a vinculatividade.

Aquilo que para Q. Múcio, em outra sede, é o *manare latissime* do *nomen bonae fidei* nas relações jurídicas tuteladas nos editos cidadãos com *arbitria bonae fidei* (Cic. *De off.* 3,17,70; próximo parágrafo), não pode, aqui, expandir-se incidindo estruturalmente sobre o negócio concluído, com uma força tal para lhe impor o remodelamento do conteúdo da decisão. A intervenção que Q. Múcio propõe é somente de natureza externa; não sobre o plano da validade do negócio, nem sobre aquele de integração do conteúdo contratual, mas sim sobre o da cessação do respeito ao vínculo (*stari*). É uma solução que respeita a estrutura típica do negócio gerido em concreto na província, entre romano e grego (empréstimo sob a forma de *syngraphae*, *mutui dationes et stipulationes*, *pactiones*), mas que não renuncia, porém, a

valorizar o princípio da lealdade e da correção no agir negocial, princípio esse que deve informar as relações entre romanos e peregrinos.

A este fim parece-me que uma *praescriptio pro reo*: <EA RES AGATUR> EXTRA QUAM ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA revela-se perfeitamente apropriada, ao passo que parece que Q. Múcio tenha entendido inútil a previsão de uma *actio* ou até mesmo de *restitutiones in integrum*.

O que Q. Múcio propõe, em seu *edictum Asiaticum*, é um modelo que reconhece à boa-fé maior força de obrigatoriedade e invasiva na gestão do agir negocial em relação à sucessiva expansão do modelo que Aquilio Gallo (*auditor Mucii*) proporá com as *formulae de dolo*. Será exatamente esse caminho sucessivo a circunscrever a gestão da negociabilidade em sua totalidade, excluindo as condutas dolosas, ou seja, aquelas intencionalmente voltadas a fraudar a outra parte negocial, e de contemporânea delimitação da relevância da boa-fé nos limites de alguns contratos típicos de *ius gentium*.⁵⁴ O modelo muciano, ao contrário, parece que pode fundar desenvolvimentos diversos, construídos sobre uma expansão da *bona fides*, que não se restringe à tipicidade do sistema contratual romano, mas que se abre a uma análise “principlológica” mesmo de âmbitos negociais não estruturalmente adequados a uma inclusão dela no tipo interessado (*in primis le syngraphae*).

A escolha de Q. Múcio, muito significativa tanto no plano do seu impacto com a fenomenologia negocial regulada na província quanto em relação ao tipo de análise ínsita no *stari non oporteat ex fide bona*, revela-se – como veremos – perfeitamente simétrica à concretização muciana do princípio nos *negotia* tutelados pelos *arbitria bonae fidei*, nos quais, porém, esse assume um critério normativo de integração do conteúdo contratual (*QUID-QUID DARE FACERE OPORTERE EX FIDE BONA*), dimensionando, por consequência, no o plano estrutural, cada tipo contratual.

10.2.2 | A *fides bona* como critério normativo de integração do conteúdo do contrato em Q. Múcio (Cic. *De officiis* 3,17,70)

O segundo testemunho ciceroniano é do *De officiis*:

Cic. *De off.* 3,17,70:

*Nam quanti verba illa “UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM” quam illa aurea “UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE”. Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus arbitriis in quibus adderetur “ex fide bona”. fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*⁵⁵

Também em relação a *Cic. De off.* 3,17,70, testemunho crucial para compreender o “modelo” muciano de *bona fides*, deve-se distinguir entre contextualização e uso de Cícero do ensinamento do pontífice máximo, e o seu significado intrínseco, que pode envolver tensões e leituras supraestruturais induzidas pelo discurso “oficial” no qual é inserido por Arpinate.

Cícero, no livro terceiro, no âmbito de uma consideração dialética da relação entre útil e honesto, questão fundamental para a escola estoica, mas excluída, por exemplo, pelos peripatéticos (*Cic. De off.* 3,3,11),⁵⁶ contrapõe à discussão filosófica indicada exemplarmente nas posições de Diógenes da Babilônia (embaixador em Roma no ano de 156 a.C.) e de Antípatro de Tarso (seu aluno e mestre de Panezio),⁵⁷ a imersão de uma regra jurídica na experiência judiciária romana na qual *tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium* (*Cic. De off.* 3,15,62). Neste contexto, os exemplos do erro de Pythius, banqueiro da Cilícia, aos danos de Canio, do *ordo equester* (3,14,58-60), ou do sagaz Claudio Centomalo aos danos de Calpurnio Lanario (3,16,66), ou a causa entre Gratidiano e Orata (3,16,67),⁵⁸ evidenciam uma coerente representação do “modelo” jurídico, ao qual Cícero contrapõe aquele estritamente conexo à discussão filosófica, mas por essa última substancialmente reconduzido nos limites do dolo.⁵⁹ Há, portanto, uma certa exaltação de um “modelo” romano, que emerge

na práxis jurídica, dando vida a um dever juridicamente estabelecido, que vinha a enriquecer as perspectivas genuinamente mais filosóficas.

Em relação a esta conquista, a qual Cícero atribui à cultura jurídica romana, deve-se destacar, colhendo nela as suas conexões, a importância de *verba de formulae* processuais, por meio das quais teriam tido expressão e alçadas a critério-modelo a figura do *vir bonus*: como a cláusula *UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM*,⁶⁰ ou os *concepta verba* da *actio fiduciae UT INTER BONOS BENE AGIER OPOR- TET ET SINE FRAUDATIONE*.⁶¹ Da abertura da fala de Cícero, a referência a comportamentos qualificados do ponto de vista do sujeito ativo (*sine frau- datione*) ou do sujeito passivo (*fraudatus*) como *fraus*⁶² assume um signifi- cado fundamental, e exatamente em conexão a isso que se abre a ligação aos *arbitria bonae fidei* por meio da citação de Quinto Múcio Cévola.

A definição dos *boni* e do *bene agi*, evocados pela *formula* da *actio fidu- ciae*, vem de fato enunciada como uma *magna quaestio*, a qual encontra um ponto de referência essencial no ensinamento de Q. Múcio *pontifex*. Colhe-se uma possível defasagem entre a falta ciceroniana, que liga *quaes- tio* estoica relativa à *utilitas* no agir humano e o *bene agi* conexo a uma *for- mula* de ação, com a *magna quaestio* que a interpretação do bem *bene agi* tinha destaque no saber jurídico romano. Nota-se a incongruência, em toda a sua amplitude, ao levar-se em consideração que os *exempla* antes referi- dos e a citação de Q. Múcio encontram uma enunciação conclusiva, como provas de maturação de uma tendencial eliminação de condutas fraudulen- tas e de má-fé (Cic. *De off.* III,17,71),⁶³ coerentemente com o contexto filo- sófico no qual o discurso havia sido desenvolvido.

Ao contrário, o esclarecimento do significado de *vir bonus* e de *bene agi*, *verba aurea* para Cícero na luta do agir negocial em fraude dos outros consociados, é realizada com uma reflexão de Q. Múcio, um ensinamento tradicional para Arpinate em conexão com os *arbitria bonae fidei*.⁶⁴ A explicação do jurista aplica-se sobre dois planos, que se interseccionam: o que estava mais no coração de Cícero, relativo à carga semântica de *vir bonus* e *bene agi*, e o da ligação dessa questão com uma lista de *arbitria* nos quais a caracterização de classe a nível formular era dada pela recor- rência à cláusula *ex fide bona*.

A *summa vis* que Q. Múcio destaca em tais *arbitria* é de fato diretamente conexa, na fala de Cícero, à *magna quaestio* sobre quem são <vir> *boni*, e o que é o *bene agi* esculpido pelos *concepta verba* da *formula* da *actio fiduciae*.

A *vis* tem, no contexto, o sentido de “força” que gera significados, que modela condutas, que permite concretizar a indeterminação do valor ínsito nos conceitos inseridos na *formula*.⁶⁵

A partir deste ponto de vista, observa-se, porém, uma ruptura, uma possível contradição ou, melhor, uma inconsistência no discurso ciceroniano, no qual houve uma perda dos ensinamentos de Q. Múcio. Com efeito, formalmente na *actio fiduciae* não se recorre à cláusula *ex fide bona*. Mas é exatamente a completude da referência que permite resolver esse impasse por meio da enucleação realizada por Q. Múcio de uma classe de *arbitria* não fundada na sua conformidade descritiva ao modelo indicado, mas na conformidade substancial de tal classe a um conceito reconhecido para além das diversas – e historicamente estratificadas – modulações verbais que haviam assumido os *concepta verba* nas *formulae*.

Não é, portanto, por si só a recorrência da cláusula *ex fide bona* na *formula* interessada a construir a classe de *arbitria* com conotação de *summa vis*, mas a correspondência na mesma *formula*, além das palavras efetivamente utilizadas, do *nomen bonae fidei*.⁶⁶ Esta chave ordenadora de certo número de *arbitria* sugere fortemente e demonstra ulteriormente, se houvesse necessidade, as capacidades de leitura substancial e de organização do saber jurídico que Pompônio, em relação, porém, aos 18 livros de direito civil do Pontífice,⁶⁷ havia qualificado em termos de originalidade (... *ius civile primus constituit generatim* ... D. 1,2,2,41).⁶⁸

O conceito-valor de *fides bona*, diferentemente da efetiva recorrência da cláusula *ex fide bona*, viria a sustentar uma ampla série de relações nas quais se explicita a comunhão de vida entre os homens (*societas vitae*), em um tendencial – segundo Q. Múcio – processo de extensão, de virtual propensão a expandir-se e influenciar as relações (*manare latissime*).⁶⁹ O rol de Q. Múcio ainda não incluía as ações *negotiorum gestorum*, *depositi*, *rei uxoriae* como ocorreu posteriormente em Gai. 4,62⁷⁰ e as ações *commodati*, *pigneraticia*, *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *praescriptis*

verbis como em I. 4,6,28.⁷¹ A constatação das diferenças presentes nesses róis poderia ser apreciada a partir de considerações históricas relativas às várias *formulae* das ações envolvidas, o que assume nestas páginas significativa relevância em relação à não inclusão da *actio rei uxoriae* na classe dos *arbitria*, unificada, contudo, por Q. Múcio, por meio do *bonae fidei nomen*.⁷²

A este ponto, o Pontífice, segundo a citação de Cícero (*esse dicebat ... existimabat manare ... versari ... esse*), definitivamente esclarecia o sentido da *summa vis* presente nos *arbitria*, nos quais (não tanto simplesmente a cláusula *ex fide bona*, mas) o conceito de boa-fé se invertia. Nesses *arbitria*, de fato o *magnus iudex* estabeleceria o *quid* que cada uma das partes devia à outra (*quid quemque cuique praestare oporteret*),⁷³ sobretudo porque a maior parte desses *arbitria* tutelava relações bilaterais em sentido objetivo.⁷⁴

O ponto central que assume significado para compreender as razões da *summa vis* presente nesses *arbitria* é, portanto, a enunciação conclusiva, na qual se acentua o momento da definição judicial, como o momento ineliminável para traduzir em concretas considerações da conduta das partes a indeterminação de conceitos repletos de valor ético-jurídico como *vir bonus*, *bene agi*, *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

Parece-me fundamental a perspectiva de integração do conteúdo do vínculo jurídico entre as partes, o qual não é delimitado exclusivamente pela vontade das partes, mas por tudo aquilo que, com base na boa-fé, pode ser compreendido como devido por uma parte à outra, segundo as características concretas nas quais a relação se funda.⁷⁵

A *magna questio* encontra em Q. Múcio, portanto, uma proposta de solução. Como se comportam os “homens probos e corretos”, o que é “agir corretamente”, qual é a prestação devida à outra parte com base na “boa-fé”, deve ser reconhecido na concretização judicial do juiz. Em suma, parece que o jurista considera que qualquer tentativa de racionalizar, *a priori*, esses conceitos-“valor”, tornaria em vão a essência deles mesmos. É por meio do *statuere* do *iudex* que esses podem se concretizar, determinando-se inclusive a *summa vis* que por meio desses *verba* que os *arbitria* podem exprimir. É uma linha interpretativa que será herdada pela melhor jurisprudência clássica, segundo a qual nos *iudicia bonae fidei*, o *officium iudicis*

tem a mesma força para dimensionar o conteúdo das obrigações de vontade expressas pelas partes nas relações tuteladas com *iudicia stricti iuris* (cfr. ad es. *Pap.* D. 16,3,24; *Ulp.* D. 19,1,11,1 *i.f.*; *Paul.* D. 3,5,6).

Acredito que devam ser destacadas duas ordens de considerações: de um lado, o significado e a função da *fides bona*, tanto como cláusula formular (“*ex fide bona*”), como conceito (*fidei bonae nomen*); de outro lado, a concretização dessa no âmbito do processo civil romano, e em particular no processo formular, em relação à atividade judicial e à sua ligação com a *iurisprudencia*.

Segundo a primeira ordem de considerações, a cláusula *ex fide bona* passou a ser em certo momento inserida (*adderetur*; cfr. anche *Cic. Top.* 66 ... *est additum*) e incluída nos *concepta verba* da *formula* de uma série de *actiones*.⁷⁶ Diferentemente do *aequius melius* da *actio rei uxoriae*, a cláusula *ex fide bona* não plasma o poder do juiz de condenar ou absolver o réu (*condemnatio*), ampliando a sua discricionariedade segundo o critério do *bonum et aequum*, mas fixa como princípio de integração dos deveres contratuais no âmbito da pretensão (*intentio*).⁷⁷

A opção que mantém a *formula* da *actio fiduciae* parece seguir um modelo diferente, o de condicionar o acolhimento ou não da pretensão do autor à verificação de uma gestão do negócio fiduciário em desconformidade (*NEGOTIUM ITA ACTUM NON ESSE*) ao *UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*. A diferença, em um primeiro momento, seria, portanto, decisiva no sentido de não tornar o conceito-valor em relação ao qual se pretende verificar a possibilidade de se tutelar a relação jurídica em questão, que é um elemento estrutural da pretensão, e também um requisito que condiciona a condenação do réu. Estamos, contudo, no âmbito de um movimento de técnica cautelar que aperfeiçoa a modulação das palavras para a *formula* e propõe caminhos que no caso da *actio fiduciae* podem ser considerados a formulação-mãe para uma *formula in factum concepta* da mais sintética construção *QUID-QUID DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA* na *intentio* das *formulae in ius conceptae* dos contratos consensuais.⁷⁸

Como conceito (*nomen*),⁷⁹ a *fides bona* encontra no pensamento de Q. Múcio uma exaltação, quando o pontífice reconhece a sua presença nas

relações da vida em comunidade para além das definições de natureza literal presentes nas várias *formulae* das ações. Ainda que não historicamente demonstrável, de fato, a ligação acima referida entre o <*ITA NEGOTIUM ACTUM NON ESSE*>, *UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE* da *formula in factum* da *actio fiduciae* e o *QUID-QUID DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA* da *formula in ius* das *actiones tutelae, pro socio, mandati, ex empto, ex vendito, ex conducto, ex locato*, torna-se justificado, pelo menos em uma perspectiva conceitual, para Q. Múcio.

Enfim, em relação à segunda ordem de considerações, parece-me importante destacar a valorização das definições judiciais na concretização deste conceito nos *arbitria* e buscar esclarecer o seu significado.

De fato, pode surpreender, em relação a uma classe judicante não institucionalmente com formação jurídica, como aquela do *ordo iudiciorum privatorum*, o papel que Q. Múcio reconhece à concretização judicial, quase sem considerar os perigos ínsitos na operacionalização delicada de integração do conteúdo contratual nos *arbitria* evocados, ainda que o modelo de *iudex* ao qual o jurista tem em mente seja “ideal” (*magnus*).⁸⁰ Levando-se em consideração isso, é preciso compreender, contudo, o sentido desta ligação que existe e que marca de modo significativo a história dos *iudicia bonae fidei* e do *officium iudicis*.

Visando aprofundar o sentido da definição judicial como instrumento de tradução da *fides bona*, talvez seja preciso considerar uma observação histórico-processual, relativa à composição das listas dos juízes no processo privado romano.⁸¹

Além de uma colocação temporal mais circunscrita da lição muciana, essa se situa após a *lex Sempronia iudiciaria* do ano 122 a.C.,⁸² mas antes da *lex Aurelia iudiciaria* do ano 70 a.C.⁸³ São decênios nos quais o *munus iudicandi* torna-se terreno de embates entre a ordem senatorial e a ordem equestre. A mesma discussão trazida pela *lex Sempronia* demonstra, ainda que se opte somente pela composição das listas de juízes da *quaestio repetundarum*.⁸⁴ No entanto, mesmo diante de uma reforma mais ampla do *album iudicum*, relativa também ao processo civil, não é possível duvidar da faculdade das partes de acordarem sobre um nome *extra album*. Porém,

provavelmente, a cidadania diversa das partes, ou então a simples diferença de extrato social, poderiam tornar menos utilizada a *conventio litigatorum extra album*, modelando um sistema de individualização do *iudex unus* nas listas construídas com base na “faculdade de excluir aquele que, por qualquer motivo, fosse considerado, indesejável” às partes.⁸⁵

A afirmativa de Q. Múcio, lembrada por Cícero, ganha contornos consoantes às questões debatidas exatamente nos anos do *munus iudicandi*. Frente a um monopólio senatorial da atividade judicante, a qual é exercitada com base nos juízes escolhidos nas listas,⁸⁶ a concretização da *fides bona* encontrava substancial coerência na homogeneidade de classes do corpo social ao qual essa estava, na maior parte dos casos, delegada. A *nobilitas* em substância devia ser vista como a protetora e intérprete mais coerente da tradução, em regras de conduta, do conceito-valor.⁸⁷ Ainda mais se se partilha o vínculo histórico e conceitual complexo entre a noção arcaica de *fides* e a cláusula formular *ex fide bona*.⁸⁸ O embate político acerca da composição das listas de juízes, que se inicia com a *lex Semproniana iudiciaria*, e se conclui com a *lex Aurelia*, enfraquece essa coerência, e torna assim mais evidente a delicadeza da operação que se impõe ao *iudex unus* na tradução da *fides bona*. Assim, Quinto Múcio propõe um modelo adequado de gestão da *summa vis* de questões *arbitria*, numa fase em que a dialética política podia ofuscar uma consideração homogênea da *fides bona* como sentido da *nobilitas*.

Quanto mais se realiza a abertura do *munus iudicandi* ao *ordo equester*, portador de novos interesses sociais e econômicos, e a sua análise de como se deva comportar o *vir bonus*, do que deve ser o *bene agi*, o que impõe a fazer a *fides bona*, mais surge a exigência de explicitar, igualmente, o papel que a *iurisprudencia* deve, a partir de agora, assumir.⁸⁹

Com efeito, a *iurisprudencia* nunca se subtraiu ao papel de guia e de elemento de ordenação das várias concretizações judiciais, atuando como um filtro para a consolidação, no tipo negocial, de uma série de prestações acessórias que originalmente não eram suas expressões, mas que eram consideradas verdadeiras tradução da *fides bona* na relação.⁹⁰ Certamente, porém, no momento em que a concretização judicial não encontra mais uma coerência natural, reflexa na homogeneidade do corpo social a qual

deve exprimir, este papel dos juristas torna-se essencialmente conservador de uma coerente tradução, em regras de conduta, do conceito-valor. Os juristas romanos não refutaram essa tarefa (v. próximos parágrafos), como demonstra o próprio Cic. *top.* 17, 65-66 (*Privata enim iudicia in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia ... In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ... parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid ... alterum alteri praestare oporteret ... tradiderunt*).

Por fim, em relação ao papel que a *fides bona* adquire nos *arbitria* referidos por Q. Múcio, na *formula* dos quais essa é incluída, colhe-se uma clara diferença em relação ao referido na *exceptio* “*extra quam*” do edito asiático. No caso de *emptio*, de *venditio*, de *locatio*, de *conductio*,⁹¹ de *societas*, de *mandatum* e de *tutela*, a *fides bona* não fica de fora da estrutura da relação, mas sim é inserida nela, modelando seu conteúdo. É significativo que essa inclusão substancial opere sobre um modelo unitário de pretensão, além do tipo negocial (*QUIDQUID DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA*), mas que se conecta imprescindivelmente a uma tipificação operada sobre a *causa obligandi*, em termos de *formulae* com *demonstratio*.⁹² Era um processo surgido, pelo menos para as relações incluídas no rol muciano, desde os últimos decênios do século II a.C., e não afastado pela contribuição de Q. Múcio, o qual provavelmente estaria propenso, como a *exceptio* “*extra quam*” (*supra* 10.2.1 poderia demonstrar, com uma mais ampla capacidade de expansão do princípio no agir negocial, inclusive em relação àqueles que não surgiam em relação a ele, por meio de um condicionamento da tutela jurídica a eles acordada (por meio do instrumento da *exceptio-praescriptio pro reo*) que se conformavam à *fides bona*.

10.2.3 | Exemplos que iluminam a afirmação muciana: a *sententia Catonis* e a *poena reticentiae a iurisconsultis constituta* (Cic. *De off.* 3,16,65-67)

No mesmo *De off.*⁹³ temos uma amostra que, por sua natureza emblemática, se impõe em termos de exemplo de como um *magnus iudex* esculpiu e deu forma ao conteúdo da relação surgida de um contrato, recorrendo à força criadora da *fides bona* que sustentava o acordo das partes e determinada a

sua vinculatividade. A natureza emblemática encontra aqui uma confirmação significativa, inclusive na perspectiva da relação *iudex-iuris prudentia* do discurso muciano. De um lado, de fato, Cícero não tem dúvida ao imputar aos juristas a introdução da *poena reticentiae* no *ius civile* relativo às vendas de imóveis. O discurso do § 65 é todo construído sobre a contraposição do tipo de tutela relativa à qualidade do bem vendido. De uma parte, o *ius civile*, fundado na Lei das XII Tábuas, tutelava o fenômeno somente em termos de *nuncupatio* pronunciada no rito “libral” (*mancipatio*). O vendedor (*mancipio dans*) deveria responder pela qualidade do bem vendido, com declaração explícita com *nuncupatio* no formulário do rito “libral”. De outra parte, a *poena reticentiae a iurisconsultis constituta*, que impõe ao vendedor responder por todo vício da coisa vendida que imputa à contraparte, tendo ciência do vício. É claro, portanto, posta a questão dessa forma, que tal obrigação que impõe novo direito relativo a vendas de imóveis, seja reconhecida ou criada por juristas.

O exemplo que materializa tal enquadramento é, porém, uma sentença de Catão, pai de Uticense. Aparece de forma menos definida a importância dessa no discurso sobre o valor da *bona fides* como princípio de integração do conteúdo contratual remetido à definição judicial, que havia dito um papel estratégico no discurso de Q. Múcio. Quanto a isso, levando-se em consideração as recorrências também na tradição estritamente jurídica da *poena reticentiae a iurisconsultis constituta*, pode-se considerar que Cícero possa ter se referido exatamente aos *XVIII libri iuris civilis* de Q. Múcio.⁹⁴

Catão, pai de Uticense, havia estabelecido em uma controvérsia relativa a um “vício” do imóvel vendido, conhecido pelo vendedor, mas ocultado do comprador, que determinara somente uma diminuição parcial da coisa vendida (demolição dos pisos altos do imóvel, aqueles que impediam o exercício dos auspícios feitos pelos Áugures). A ação contratual (*actio ex empto*) com a qual o comprador busca tutela é voltada, eu diria por vocação, mais diretamente a colocar a questão como problema de ressarcimento do dano sofrido pela conduta dolosa do vendedor do que como problema de invalidade do ato realizado. Tal perspectiva é perfeitamente coerente ao tipo de problema, qual seja, o vício caracterizado, que incide

de forma parcial sobre o valor do bem vendido, seguindo o caminho de um ressarcimento do dano sob responsabilidade do vendedor, que potencialmente também podia levar em consideração o interesse positivo do comprador ao pleno espaço físico do imóvel.

Tal conclusão, que é alcançada pelo *iudex*, é claramente construída por meio da tradução do conteúdo da obrigação de boa-fé do vendedor como esculpida na *intentio* da fórmula (“*QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA*”) em um *damnum praestari oportere*.

É bastante claro um exemplo significativo que Q. Múcio dava ao papel da definição judicial na concretização da *fides bona*. Cícero, de outro lado, é totalmente consciente disso, pois relê a *sententia Catonis* como expressão direta de uma definição judicial que cria, pelo princípio, um novo dever de informação, o qual se adimplido, será fonte de responsabilidade contratual (*Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor; Cic. de off. 3,67*), releitura, como eu dizia, perfeitamente cônica com a afirmação de Q. Múcio *in iis magni esse iudicis statuere ... quid quemque cuique praestare oporteret*.

10.2.4 | Excessivo destaque do significado da *fides bona* como medida do *officium iudicis*

A linha indicada por Q. Múcio, o Pontífice, também tem influenciado fortemente a moderna ciência romanística. Essa encontra um claro destaque em Savigny e Pernice. Para o primeiro, a característica distintiva dos *iudicia bonae fidei*, em relação aos *stricti iuris*, é “eine freiere Macht” concedida ao juiz tanto na determinação do conteúdo do contrato (indo além do desejado pelas partes) quanto analisando com maior liberdade as posições e os equilíbrios das partes contratantes (compensação, *exceptiones*).⁹⁵

Para o segundo, impõe-se uma dialética entre o *officium iudicis* e a *fides bona* como medida desse, em clara antítese com os limites, por outro lado, impostos ao juiz nos juízos de direito estrito.⁹⁶ A passagem entre definição do juiz segundo a boa-fé, que contribui para determinar o que é devido, e aquela fundada na equidade ou até mesmo em seu arbítrio, torna-se possível,⁹⁷ diminuindo, ao contrário, o significado jurídico do conceito e sua tradução em regra.

Considero que essa autorizadíssima linha interpretativa tenda a acentuar excessivamente, ao captar a essência da *fides bona* em relação ao conteúdo do contrato celebrado, o papel da definição judicial.⁹⁸ Quanto a isso, é oportuno retomar alguns exemplos significativos nos quais se traduz em regras de direito aplicado o princípio da *fides bona*.

10.2.5 | Papel guia da *iurisprudencia* na concretização judicial da boa-fé como fonte de integração do contrato (Pap. D.16,3,24)

Outra fonte significativa acerca do tema é:
Papinianus *libro nono quaestionum* D. 16,3,24⁹⁹

... et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio, sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit ...

Além da *quaestio* em discussão, e da sua importância para o tipo contratual depósito,¹⁰⁰ é significativo que Papiniano negue um débito de juros pecuniários de um depositante na hipótese do chamado depósito irregular. É possível, de fato, que na base emergja a relevância das exigências dos banqueiros e uma solução desfavorável aos depositários,¹⁰¹ mas é também verdade, e é necessário destacar, que a argumentação de Papiniano para negar tal débito é baseada em uma *ratio* estritamente jurídica. Ainda que se reconheça a presença, nos juízos de boa-fé, de uma regra consolidada, com base na qual, em relação aos juros pecuniários, o *officium* do juiz tem a mesma forma fundante da *stipulatio*, seria, para Papiniano, contrário à boa-fé e à natureza do contrato de depósito, pleitear os juros antes da mora daquele que, assumindo a posse do dinheiro, deu uma utilidade à contraparte.

É evidente a contraposição dialética entre o exercício do poder concedido ao juiz nos negócios de boa-fé e a convicção de que tal poder não seja arbitrário, mas seja, ao contrário, um poder-dever, sujeito aos limites próprios de uma compreensão inspirada na boa-fé segundo a predefinição

de juros cristalizada com o contrato. O depositário que guarda a soma gratuitamente dá uma concreta utilidade ao depositante, mesmo quando se trata de depósito considerado irregular (no qual o depositário não é obrigado a restituir o *idem*, mas o *tantundem* e tem, por consequência, a faculdade de usar o dinheiro). Impor-lhe, por meio da definição judicial, que concretize o seu *oportere ex fide bona*, o pagamento dos juros pecuniários sobre a soma depositada antes que ele esteja em mora na restituição do *tantundem*, ainda que abstratamente possível, com base nas regras que sustentam o *iudicium depositi* de boa-fé, significaria para Papiniano distribuir de forma não equitativa as disposições de igualdade na distribuição das utilidades segundo o princípio da boa-fé e o tipo contratual pré-escolhido (*contra bonam fidem et depositi naturam*). ^{101-bis}

O jurista nos mostra, com clareza, que a *fides bona* não é simplesmente um critério que amplia os poderes do juiz, mas é princípio ao qual o mesmo *officium iudicis* não pode se furtar, e que impõe a necessidade de se levar em consideração na integração do conteúdo do contrato as posições de igualdade por ele representadas, e a distribuição de benefícios.

10.2.6 | Proteção do vínculo sinalagmático e *bona fides*

(A) *Bilateralidade funcional na emptio venditio* Labeo *libro quarto poster. a Iavoleno epit.* D. 19,1,50

Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compell[e]tur et re sua careret. possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequè amitteret, utpote cum petenti <eam rem emptor exceptionem rei venditae et traditae opponere possit nec perinde sit quasi eam rem> [M.] petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.

A tradução da sinalagmaticidade dos contratos consensuais, e em particular da compra e venda e da locação, foi destacada na doutrina por meio de uma respeitável linha interpretativa. ¹⁰²

A interdependência das obrigações nascidas do contrato, ainda que não expressa em um “tratamento em nível teórico completo”, é anunciada por meio “da elaboração casuística à luz da sinalagmaticidade aplicada com o critério da boa-fé”.¹⁰³

A propósito, D. 19,1,50, retirado da série-*Labeo* dos *posteriores* epítomes de Javoleno, parece-me emblemático o modo de proceder da jurisprudência romana, ou pelo menos de uma das suas mais significativas expressões, por problemas e por princípios e regras jurídicas que são, digamos, considerados adequados, ou pelo menos não em conflito com outros na solução.

A *fattispecie* trata de uma compra e venda, provavelmente de um terreno, na qual, baseada em uma disposição normativa, isenta-se o comprador da obrigação de pagar o preço pactuado. O *alicuius legis beneficium*, concretamente conexo, segundo a reconstrução mais confiável, dos provimentos relativos às vendas forçadas de terra a favor dos veteranos de guerra,¹⁰⁴ é indício, porém, de uma vontade do jurista de engancha-se, por assim dizer, à casuística, e operar por *exempla* (da qual é indubitável a generalização ínsita na *aliqua lex*).¹⁰⁵

O significado da solução deve ser enquadrado no âmbito da interdependência das obrigações nascidas da compra e venda, em relação à extinção superveniente da obrigação do comprador por uma *aliqua lex*. Será um problema posterior procurar nela uma eventual coordenação com a regra igualmente aplicada na hipótese diversa de extinção da obrigação do vendedor de entregar o bem vendido por caso fortuito, do *periculum est emptoris*.

Em D. 19,1,50 Labeão põe a *fides bona* como critério de tolerância (*pati ...*) em relação aos acontecimentos supervenientes que incidem sobre o equilíbrio alcançado com o acordo sobre a *ultra citroque obligatio*.¹⁰⁶ Essa é prospectada como um critério que, fundando e alimentando o contrato consensual, nele delimita, “por subtração”, as deformações que podem assumir relevância na fase dinâmica. O caso da extinção superveniente da obrigação de pagar o preço por um *alicuius legis beneficium* parece algo que vai além do limite do suportável, algo que altera tal dependência, impedindo sua consideração em termos de irrelevância para a contraprestação.

Tem-se, ao contrário, um efeito de retomada, que determinará a impossibilidade de se pretender, do vendedor, o adimplemento da sua obrigação de entregar o bem. Que tal solução considere a futura *traditio* uma distinção essencial, é coerente com o conteúdo da obrigação do vendedor em relação à *ultra citroque obligatio*,¹⁰⁷ com a função da *actio venditi*¹⁰⁸ e poderia também ser a consequência de evitar um completo esvaziamento dos fins perseguidos com o particular provimento (*lex*) que havia determinado a extinção da obrigação do comprador.¹⁰⁹

Quanto à presumida contradição com a diferente regra do *periculum emptoris*, a qual estaria em contraste com a relevância da interdependência das obrigações quando, por causa da depreciação fortuita da *res vendita*, o vendedor não possa adimplir a sua obrigação de *possessionem tradere*, entendo que, desse modo, se corre o risco de se sobrepor o nosso modo de ver e traduzir em regras, segundo teoremas pré-concebidos logicamente, as soluções. Pelo contrário. Acredito que se deva partir de uma intuição de Grosso,¹¹⁰ desenvolvida por Gallo, que define como seja “conforme a boa-fé que o nexa de sinalagmaticidade seja reconhecido, enquanto é consentida a coexistência de outros princípios jurídicos...”.¹¹¹ O *periculum emptoris* preexiste e forma como regra a distribuição dos riscos no tipo contratual compra e venda.¹¹² Certamente, isso é aplicado por Labeão (Lab. 2 *Pith. a Paulo ep.* D. 19,1,54 *pr.*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,1,13,22), para não retirar a questão da depreciação fortuita do bem vendido antes da *traditio* por causas naturais em termos de interdependência das obrigações. Diferente é o resultado quando uma expropriação pública (*publicatio*) impede o vendedor de *possessionem tradere*, hipótese que não é realocada na operatividade da regra sobre *periculum est emptoris* e que reage no plano da interdependência das obrigações (v. a respeito Afr. 8 *quaest.* D. 19,2,33).¹¹³

(B) *Bilateralidade funcional*: locatio conductio

Em matéria de locação, é possível encontrar respostas de Sêrvio e de sua escola, e também de Labeão para a maturação de uma “estreita interdependência” entre as prestações principais do locador (*uti frui praestare*) e do locatário (pagamento da mercadoria).¹¹⁴

Para Sêrvio e sua escola são significativos: D. 19,2,15,2;¹¹⁵ D. 19,2,27 pr.;¹¹⁶ D. 19,2,33 in fine D. 19,2,35 pr.;¹¹⁷ D. 19,2,30 pr.;¹¹⁸ para Labeão D. 19,2,28¹¹⁹ e D. 19,2,60 pr.¹²⁰

Também neste caso “trata-se de explicações da sinalagmaticidade determinadas segundo a boa-fé”.

Essa determinação leva em conta significados em termos quantitativos (*omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse; ... ita corruerit ut nusquam sit, damno domini esse; idemque dicendum [damnum coloni esse] si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit [D. 19,2,15,2]; habitatores non si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet; ea condicione habitatorem esse ut ... aliquam partem parvulam incommodi sustineret [D. 19,2,27 pr.]; a aeque di D. 19,2,28*) ou qualitativos (a necessidade ou não de reparações ao imóvel locado de D. 19,2,27; D. 19,2,30 pr.; D. 19,2,35 pr.; a irresponsabilidade dos impedimentos naturais ou de natureza jurídica em D. 19,2,15,2 e D. 19,2,33) da redução do aproveitamento do locatário, equilibrando assim, de modo adequado e segundo a boa-fé, os efeitos de reação sobre a contraprestação em termos de extinção ou tão somente de readequação (*deductio ex mercede*).¹²¹

(C) *Fixação do princípio da boa-fé e sua relação com a sinalagmaticidade nos contratos consensuais*

Gai. 3,137; I. 3,22,3:

Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.

Gai. 3,155:

... et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.

A ligação entre boa-fé e equilíbrio contratual como desejado pelas partes e expresso pelo sinalagma é fixado como regra nas obras institucionais.¹²²

Quanto ao equilíbrio contratual, a boa-fé é princípio jurídico¹²³ que permite integrar o conteúdo contratual na sua dinâmica, segundo um critério de justiça, visando reequilibrar as posições dos contratantes eventualmente desequilibradas e impedir lucros injustificados.

Do ponto de vista das consequências, trata-se de um modelo elástico, que se adequa ao tipo de contrato celebrado e às ocorrências modificativas, adequação que, no sistema romano, assume uma forma dialética entre poder de definição do juiz e concretização da sinalagmaticidade orientada pelos juristas, colocando a boa-fé como princípio de tolerância da alteração (*pati/non pati*). Daí a possibilidade tanto de readequação, quando se trata de um desequilíbrio que não incida definitiva ou completamente sobre a anulação dos interesses das partes a partir do instrumento contratual predefinido, quanto do dissolvimento do vínculo.

10.2.7 | Primeiras considerações conclusivas

A verificação, ainda que sumária, da função da *fides bona* no direito romano, indica a existência, no momento de fundação do sistema jurídico, de ampla penetração de um princípio de lealdade e correção, seja como critério que estruturalmente integra, enriquecendo em relação à intenção das partes, o conteúdo dos contratos típicos do *ius gentium*, nos quais sozinho o acordo fazia surgir obrigações correspectivas para as partes; seja como princípio que mitiga (*praescriptio pro reo-exceptio*) os efeitos do negócio que não lhe são estruturalmente condicionados, dada a sua caracterização formal (*syngraphae, stipulationes*), ou enquanto esquemas jurídicos desformalizados e fundados em promessa, mas não tipificados (*pactiones*). Esta segunda linha, proposta por Q. Múcio Cévola, parece ter encontrado menor grau de desenvolvimento, superada pela geral penetração da análise das condutas negociais em termos de *dolus malus* desde Aquilio Gallo, restringindo-lhe, portanto, a amplitude. A *iurisprudencia* após Q. Múcio prefere, para além dos negócios jurídicos típicos condicionados estruturalmente pelo princípio, não informar o inteiro agir negocial nos parâmetros da lealdade e correção, mas sim sancionar as condutas dolosas.

Em ambos os casos, põe-se, nos limites do modelo “principiológico” da *fides bona*, a questão da adequação dos instrumentos que possam traduzir,

no direito aplicado, um critério que, por definição e salvo se não lhe esvaziar a verdadeira essência, não pode encontrar *a priori* uma determinação. Quinto Múcio Cévola indica o caminho da definição judicial como fator necessário da tradução do conceito-valor no direito aplicado. A delicadeza da operação comporta, porém, um cuidadoso controle por parte dos juristas, que serão os verdadeiros defensores do significado da adequação.

10.3 | **A TRADIÇÃO ROMANO-IBÉRICA**

10.3.1 | **Las Siete Partidas**

Se o *Corpus iuris civilis* de Justiniano transpõe, com anomalias e dúvidas, para o *Digesta* e para o *Codex*, e com maior coerência nas Instituições, o papel da *fides bona* como fonte de integração do conteúdo do contrato que acompanha a vontade das partes nos contratos consensuais, a complexa tradição jurídica das várias coroas existentes na Península Ibérica, substancialmente guiadas até as *Siete Partidas* (século XIII d.C.) pelos direitos consuetudinários (*fueros*), parece que, num primeiro momento, acentuaram-se as ligações com a tradição mais genuinamente romano-germânica (*liber iudiciorum*; após, *Fuero Juzgo*). A mesma reintrodução do direito escrito, ainda que fortemente permeado de regras consuetudinárias maturadas por disposições normativas da realeza, não parece fazer ressurgir, de modo evidente, um reconhecimento do princípio da boa-fé como fundadora do respeito à sinalagmaticidade da relação, seja no momento genético,¹²⁴ seja naquele funcional.

Em relação às *Siete Partidas*, ou seja, a obra à qual o grande processo de reforma do direito iniciado por Fernando III deu impulso, e que Alfonso X (conhecido como o Sábio) concluiu no século XIII, que respondem a uma exigência do mais alto nível jurídico em relação às reuniões de leis diversas no âmbito dos vários territórios ibéricos, paulatinamente subordinadas à coroa de Castilla y León, não incluem *Leyes* específicas sobre a boa-fé, mas reconhecem a *laesio enormis* (*Part. 5,5,56*).¹²⁵

Quanto à interdependência das obrigações na dinâmica da relação, é significativa *Part. 5,8,22* acerca da liberação da obrigação de pagar a

mercadoria pelo locatário em caso de perda da colheita, por razões eventuais e extraordinárias.

Las Siete Partidas exprimem, portanto, uma “tipificação” e um “fechamento” em termos de prestações típicas conaturais ao contrato celebrado, valorizando menos a perspectiva “principiológica” aquiescente ao sistema por meio do modelo romano.

10.3.2 | Derecho “clásico” de Castilla y León

Em 1458, surge uma *ley* do Rei Henrique IV de Castilla y León, na qual se reconhece um princípio geral aplicável a todos os contratos. Esta *Ley* encontrará uma colocação sistemática adequada na chamada *Nueva Recopilación* (1567),¹²⁶ promulgada na era de Felipe II, inserida após a *ley* relativa à relevância da *laesio enormis* e do justo preço (Ley I tit. 17 Ord. de Alcalá [*Rec.* 5,11,1 = *Nov. Rec.* 10,1,2]),¹²⁷ que se estendia, além da compra e venda de imóveis e móveis, à locação e à permuta.

Ley III Don Enrique IV en Madrid año 1458: Qualquier que se obligare por qualquier contrato de compra o vendida, o troque, o por otra causa y razon qualquiera, o de otra forma o calidad, si fuere mayor de veinte y cinco años, aunque en el tal contrato haya engaño que no sea mas de la mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo y con buena fe, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados, sean tenidos de los cumplir. [Rec. 5,11,2 = Nov. Rec. 10,1,3].

A *Ley* deve ser compreendida como relacionada ao *Ordenamiento de leyes de Alcalá* (1348), redigido no período de Alfonso XI, que havia disposto em relação à vinculatividade dos contratos celebrados sem uma determinada forma (*Rec.* 5,16,2 = *Nov. Rec.* 10,1,1),¹²⁸ reconhecendo, séculos antes da experiência que ocorrerá na França, o princípio *solus consensus obligat*.¹²⁹ A desformalização do vínculo contratual condiciona uma verificação menos superficial da vontade que rege o ato, idônea a impor-lhe a seriedade por meio de elementos externos (limite dos 25 anos) e elementos conaturais (a causa e o comportamento baseado na lealdade).

Além disso, o reconhecimento da relevância da *laesio enormis* comporta a necessidade de considerar, nos limites aceitáveis de uma fisiologia do programa contratual, um acordo que estivesse nos limites do justo preço (*Rec. 5,11,1 = Nov. Rec. 10,1,2*). A amplitude do princípio fixado na *ley* de 1458 assume, portanto, toda a sua importância conectada à problemática da reafirmação de uma autonomia contratual a mais extensa possível, desprendida do formalismo do direito castelhano *viejo*, mas, ao mesmo tempo, adequadamente ponderada, no plano dos abusos, a essa eventual conexão. Disso decorre também a acentuação no agir negocial marcado pela lealdade, pela ausência de dolo e pela necessidade de uma proporção adequada entre as prestações correspectivas em todos os contratos sinalagmáticos (venda, locação, permuta, *o por otra causa*). A vinculatividade das obrigações assumidas pelas partes encontra, portanto, também na verificação de um princípio de lealdade no agir contratual, uma necessária condição.

Não é por acaso que tal princípio se mantém intacto e vem novamente contemplado na *Novísima Recopilación* de 1805 (*Nov. Rec. 10,1,3*), em estreita conexão com o princípio de máxima tutela da autonomia contratual (*Nov. Rec. 10,1,1 [= Rec. 5,16,2]*) e do equilíbrio das prestações segundo a doutrina do justo preço (*Nov. Rec. 10,1,2 [= Rec. 5,11,1]*).

10.3.3 | Algumas considerações conclusivas

É importante destacar como a necessidade de reintroduzir um critério de aferição do agir negocial no qual se condicione como princípio a juridicidade dos efeitos, segundo modelos de comportamento marcados pela ausência de dolo e pela lealdade e correção (*sin dolo y con buena fe*), seja sentida frente ao impulso de reabrir as malhas do sistema contratual tipificado (como aquele herdado das *Siete Partidas*), por meio do reconhecimento pleno do princípio do *solus consensus obligat*.

10.4 | O DIREITO LATINO-AMERICANO

10.4.1 | O "Derecho indiano" das obrigações até o processo de independência

Tal como esclarecido, ele tem sua importância, pois o *Derecho de las Indias*

e, particularmente o direito indiano propriamente dito, ou seja, as normas emanadas da Coroa de Castilla y León (*leyes* em sentido técnico e *pragmáticas*) e dos órgãos para tanto legitimados na América Latina para os territórios das Índias, regulou só parcialmente aspectos do direito das obrigações, servindo-se sobretudo do direito castelhano – e logo da *Nueva Recopilación* (1567), das *Leyes de Toro* (1505) e das *Partidas* (*Rec. Ind.* 2,1,2)¹³⁰ – que, sobre o ponto em exame, graças sobretudo à *Nueva Recopilación*, exprime um sistema aberto, parelho àquele fechado, fundado sobre a tipicidade dos contratos, das *Siete Partidas*. Quanto a isso, García Gallo sustentou que, na América Latina, “a aplicação do direito castelhano não é aquela do direito supletório, utilizado para colmatar lacunas de um sistema, mas, ao contrário, assume um caráter de plenitude, como um Direito comum do Reino em relação àquilo que não for regulado por leis especiais”.¹³¹ E isso pode ser considerado verdadeiro particularmente para o direito das obrigações na América Latina, mesmo depois de 1614, quando a validade das leis emanadas em Castilla deveriam, para que tivessem eficácia no Novo Mundo, ser aprovadas pelo Conselho das Índias (*Rec. Ind.* 2,1,39-40).¹³² De outro lado, a *Recopilación de leyes de Indias* de 1680 regula sobretudo aspectos do direito administrativo e municipal.¹³³

De todo modo, a dimensão de um princípio jurídico seria bastante mitigada ou, ao contrário, injustificadamente exaltada, medindo a sua importância concreta em uma determinada experiência jurídica e, num certo momento histórico, exclusivamente com base na sua recorrência explícita no direito escrito dela decorrente. Uma pesquisa que quisesse reconhecer a sua aplicação em concreto, além da sua codificação no direito escrito, deveria verificar a existência de institutos ou de regras por ela alimentados, com ela conexos geneticamente, baseado no concreto desenvolvimento histórico, mesmo se tal conexão fuja dos mesmos juristas contemporâneos que operaram naquela experiência jurídica.^{133-bis}

Dessa perspectiva, como hipótese de trabalho nessas primeiras observações sobre a matéria, acredito que se deva assinalar como de frente a um direito privado informado pelo princípio da autonomia contratual, como é o romano-castelhano, com a mitigação referida com relação a condutas dos contratantes não informadas pela recíproca lealdade, reconhecido pela *Nueva Recopilación*

de 1567, a *Recopilación de leyes de Indias* de 1680 registra algumas significativas limitações desse princípio. Em particular, a proibição de contratação imposta às autoridades operantes no Novo Mundo (*Oficiales del Consejo de las Indias*), às suas esposas, aos seus filhos e aos seus familiares. Tal limitação tem como escopo evitar abusos, dificilmente controláveis pela pátria mãe.¹³⁴ A proibição impõe-se como uma delimitação *ex ante* da utilização e do abuso da própria posição dominante em relação à conclusão de condições contratuais mais favoráveis e de injustificados enriquecimentos, e não em termos de sucessiva revisão do contrato, como pela lesão enorme. Tal sensibilidade insere-se no interior de uma profunda renovação que no saber jurídico foi induzido pela segunda escolástica espanhola (Francisco de Vitoria).¹³⁵ Essa, exatamente em relação ao direito indiano, pretendeu modelar o direito castelhano a ser aplicado nas Índias segundo considerações de justiça, para pôr o direito como um profícuo campo de prova de uma nova sociedade humana.

10.4.2 | A boa-fé como fundamento da sinalagmaticidade e a importância do modelo institucional

Uma segunda perspectiva a qual penso que se deva destacar sobre essa matéria é o destino das obras institucionais para a didática jurídica nas universidades latino-americanas desde o final do século XIX. Em particular, um papel fundamental têm as *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias* de José María Álvarez¹³⁶ e as *Instituciones de derecho romano* de 1843 [1849] de Andrés Bello.

O modelo, que tem origem nas *Institutiones* de Gaio e de Justiniano, seguido e renovado entre os numerosíssimos outros exemplos dos *Elementa iuris civilis* de Heineccius e das *Instituciones de derecho civil de Castilla* (Madrid, 1771) de I.J. de Asso-M. de Manuel, refundando um modelo de ensinamento do direito,¹³⁷ assume um papel central para as Instituições de Álvarez dado o objeto do tema tratado (o direito privado de Castilla e das Índias), e dada a amplíssima difusão dessa em todas as Américas; e para as *Instituciones* de Bello, dirigidas ao ensino do direito romano, dado o papel e a importância para o codificador chileno do modelo institucional.¹³⁸

As *Instituciones* de Álvarez mantêm na estrutura a quadripartição romana dos contratos. Em particular, em relação aos contratos consensuais,

afirma-se que: III, 23 [p. 100]: “Todos estos contratos son de buena fe por lo mismo que son bilaterales; pues en ellos están obligados los contrayentes a prestarse mutuamente varios oficios”. Recordando sucessivamente a amplitude da natureza de boa-fé dos contratos, que não se limita àqueles consensuais, mas inclui também o comodato, o depósito e o penhor, que, mesmo sendo contratos reais, são de boa-fé.

Duas coisas merecem ser destacadas: de um lado, a interconexão que se enuncia entre bilateralidade objetiva e boa-fé, conexão antiga no sistema jurídico romanístico, vez que se origina em Q. Múcio e, posteriormente, *topos* recorrentes nas *Institutiones* de Gaio e Justiniano (v. *supra* 10.2.6). De outro lado, o significado do princípio para o conteúdo das obrigações nascidas do contrato, no qual se acentua a reciprocidade de deveres não necessariamente conexos ao desejado pelas partes ou às prestações típicas dos contratos, e que não podem ser predeterminados (“... están obligados ... a prestarse mutuamente varios oficios”).

No entanto, deve-se destacar o silêncio em relação à *Ley* de 1458, já contida na *Nueva Rec.* e também na mais recente *Novísima Rec.* de 1805, que indubitavelmente dava à boa-fé um papel não limitado a alguns contratos típicos, mesmo que, considerando-se o enunciado, negava-se a sua dimensão integrativa do conteúdo contratual.

Em relação às *Instituciones de derecho romano* de Bello, cuja publicação ocorreu muito depois da primeira versão escrita destinada ao ensino, desde o ano de 1834, nessa, o codificador venezuelano para o Chile é ainda mais lacônico que Álvarez, lembrando simplesmente, no título 23 do Livro Terceiro sobre os contratos consensuais, que esses *son de buena fe*. Isso, contudo, não deve ocultar, como foi pontualmente destacado, que em Bello a “profunda unidade estrutural entre Instituições e Código Civil constituem uma experiência da mesma pessoa, e a atividade docente coloca-se em uma relação direta e dinâmica com tal atividade de codificação, influi nessa de modo determinante, e segue passo à passo a sua evolução”.¹³⁹

10.4.3 | O processo de codificação

(A) Code Napoléon e a limitada difusão do seu modelo de codificação da

boa-fé no direito dos contratos na América Latina

O complexo processo de codificação que envolve, na América Latina, o processo de independência, encontra hoje uma adequada reconstrução “latino-americano-cêntrica”, facilitando o discurso que me disponho a fazer.¹⁴⁰

A difusão, na América Latina, do modelo codicístico que o *Code Napoléon* representava, não parece assumir relevância significativa na matéria. De um lado, de fato, o *Code* reconhece, em dois artigos subsequentes, nas disposições gerais relativas aos efeitos das obrigações, o famoso princípio *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi ...* (art. 1.134), e o relativo aos efeitos do contrato, mais extensos do que o desejado pelas partes, incluindo *à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* (art. 1.135). Nesse quadro dialético, no qual se cotejam dois princípios, a boa-fé passa a ter um papel reduzido, mitigado, na delimitação dessa última parte do art. 1.134, segundo o qual *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi*.¹⁴¹ Uma leitura “exegética” do texto de art. 1.134 corresponde, portanto, a uma delimitação do papel da boa-fé como cânone da análise do comportamento dos contratantes na execução das obrigações surgidas no acordo.¹⁴² Em síntese, tal como parte da doutrina ainda hoje considera, boa-fé como regra de conduta no adimplemento. Esta escolha será seguida somente em poucos códigos latino-americanos.¹⁴³

(B) O primeiro Código endógeno latino-americano: o CC. do Perú II (1852)

A segunda fase do processo de codificação latino-americano abre-se com o Código Civil do Perú de 1852 e culmina com o Código chileno de 1855, qualificada como “maturidade do desenvolvimento para a codificação”.¹⁴⁴ O CC. do Perú de 1852, no art. 1.257, declara: “Los contratos son obligatorios, no solo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza”.

Relacionando o artigo ao precedente 1.256 (“Los contratos producen derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes, y tienen fuerza de ley respecto de ellos”), nota-se como ocorreu, em relação ao Código de Napoleão, exatamente a referência à boa-fé na execução do contrato e aos costumes como fonte de integração do conteúdo contratual.

É uma escolha consciente de intervenção privativa, dirigida a não codificar, levando-se em conta o modelo francês que, contudo, a continha, a boa-fé igualmente como um modelo guia, regra de conduta na execução do contrato.

(C) *Andrés Bello e o Código Civil chileno de 1855*

Fixar algumas premissas para o papel da boa-fé objetiva no direito dos contratos na América Latina passa, necessariamente, pelo Código Civil chileno de 1855. Isso não somente porque esse é o Código que hoje se pode afirmar com certa segurança, dada a amplitude dos institutos verificados relacionados com a boa-fé, realiza um novo modelo de Código no sistema jurídico com raízes romanísticas, em relação àqueles já existentes na Europa (essencialmente *ALR*, *Code Napoléon*, *ABGB*, os Códigos Civis italianos pré-unitários). Esse marca de forma mais acentuada – quanto aos primeiros Códigos latino-americanos – a consciente especificidade que o direito fixado neste código apresentava em relação ao complexo percurso do direito romano – direito castelhano – direito das índias, percurso que oferecia a um jurista de sensibilidade humanística, como era Bello, um profícuo terreno de releitura e retomada de regras, conceitos e princípios daquela tradição, contemporaneamente esquecidos ou menos valorizados nos modelos que se estavam formando na Europa (além do modelo codificado francês, também o alemão, em formação por meio do trabalho da escola histórica e posteriormente da Pandectista alemã).

Desde o Primeiro Projeto de Código Civil (chamado projeto Egaña), de 1841, que na realidade era o projeto já preparado por A. Bello submetido a análise de uma Comissão (da qual, além de Egaña, faziam parte o próprio Bello, Montt e outros)¹⁴⁵ para a realização (assim determinava o mandato do Congresso nacional) de uma “codificação de leis civis, reduzindo-lhes em um corpo ordenado e completo, eliminando o supérfluo e o que contrasta com as instituições republicanas do Estado, e dirimindo os pontos controvertidos entre os intérpretes do direito”, é inserido um artigo acerca do efeito das obrigações no qual se afirmava:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan

precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Esse será o art. 1.546 do Código civil de 1855.^{145-bis} Ele se insere após o artigo que prevê (art. 1.545) que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”. Para compreender a importância da escolha de Bello de codificá-la, modificando-lhe um ponto essencial, uma formulação que deita suas raízes no Código Napoleão, é preciso considerar duas coisas.

De um lado, a escolha de exprimir, de modo consciente e mais claramente que o Código Napoleão, a estreita conexão entre a execução do contrato segundo a boa-fé, e a existência de prestações ulteriores àquela desejada, coerentes com a natureza da obrigação oriunda do contrato.

De outro lado, a contextualização histórica, no processo de codificação latino-americana, da solução que Bello considera que deva ser seguida.

O Código Napoleão de 1804, como já visto, fizera uma escolha diversa nos arts. 1.134-1.135. Desde Delvincourt, contudo, dando à relação dialética entre os dois artigos uma leitura conforme o sistema jurídico radicado no direito romano, ao qual o Código Napoleão pertence, revaloriza o papel da boa-fé como princípio que produz integração do conteúdo contratual, e o faz por meio de recurso ao chamado combinado disposto, técnica autorizada no âmbito da interpretação rigorosa dos primeiros comentadores do *Code*. Ele afirma, de fato, que dos três efeitos que as *conventions* produzem, o terceiro é aquele “que requer sempre a boa-fé na execução, ou seja, que esses se obrigam não somente àquilo que é expreso [art. 1.134], mas também a tudo que a equidade, o uso ou a lei exigem, segundo a natureza da obrigação [1.135]”.¹⁴⁶ É uma linha interpretativa que não encontrará muitos consensos.¹⁴⁷

Dada a predileção de Bello¹⁴⁸ pela obra do grande comentador francês sobre o Código Napoleão, considero altamente provável a influência de Delvincourt na redação dos arts. 1.545 e 1.546.

As dificuldades e as incongruências supraevidenciadas em relação aos modelos codificadores pré-chilenos iluminam também o significado da escolha de Andrés Bello, que se põe numa posição não somente antitética quanto àquela francesa e àquela do CC peruano de 1852, mas também

revalorizadora do papel da boa-fé, não simplesmente como regra de conduta à qual as partes devem se ater na execução do acordo, mas também como fonte de integração da relação obrigacional nascida do contrato, que implica exatamente uma série de prestações não expressamente definidas pelas partes.

A escolha de seguir neste Código a ligação que Delvincourt havia proposto na leitura “exegética” do Código Napoleão (por meio da técnica do chamado combinado disposto), evidenciando uma relação de causa e efeito entre boa-fé e integração do contrato (“... y por consiguiente ...”), não é uma recepção acrítica da solução, mas sim fruto de uma escolha ponderada e coerente com a tradição romana e latino-americana, revalorizadora do papel da boa-fé objetiva no direito dos contratos como princípio-fonte de integração do conteúdo contratual.^{148-bis}

No entanto, também Claro Solar havia compreendido bem a operação de Bello, afirmando que “Não há dúvida de que a extensão do conteúdo contratual é consequência vinculada da boa-fé, com base na qual devem ser cumpridos os contratos. Consequentemente, a reunião dos dois preceitos (do Código Napoleão) que realiza o art. 1.546, é preferível à separação do Código Napoleão”.¹⁴⁹ Ao longo das páginas dos mais importantes civilistas chilenos, desde a promulgação do Código até hoje, tem-se a impressão de que o papel e a importância do princípio consagrado no art. 1.546 são cada vez mais valorizados, seja quanto a novos institutos e regras jurídicas, de que se requer aplicação, mesmo não expressamente previstas no Código, seja quanto à sua correlação com o princípio *pacta sunt servanda*, que permanece o princípio cardinal da matéria contratual. Em particular, parece-me que se deva destacar como o reconhecimento do papel da boa-fé enquanto princípio jurídico vigente no ordenamento chileno não sinta a necessidade ou exija uma condição irrenunciável à sua expressa previsão no Código chileno, sendo-lhe reconhecida exatamente uma função principal no plano do sistema jurídico na qual se afere o ordenamento.¹⁵⁰ E mais: a perspectiva histórico-comparatística de López Santa María, que recoloca o direito chileno dos contratos em um contínuo diálogo com as suas raízes e com os outros direitos da América Latina referentes ao mesmo sistema jurídico.¹⁵¹ Também as cortes chilenas, nos últimos decênios, avançaram cada

vez mais a convicção do efetivo papel da boa-fé como fonte de integração do conteúdo da relação originária do contrato.¹⁵² Quanto a isso, destacou-se em doutrina justamente como a lesão enorme não foi elevada, no direito chileno, à categoria de vício do consentimento, mas sim conexas à boa-fé como vício objetivo do contrato.¹⁵³

(D) *Difusão do modelo chileno*

Adotaram o modelo chileno: Equador, 1858-1860; El Salvador, art. 1.417; Venezuela, 1862; Nicarágua, 1867; CC. colombiano de 1887, art. 1.603; Honduras, 1906. Também recebeu influência dele o art. 1.796 do CC. do México de 1928.

O projeto Acevedo de 1852 para o Uruguai, sobre o ponto sem modificação da comissão, menciona a equidade como critério de integração do conteúdo contratual dependente, de toda forma, da execução segundo a boa-fé (art. 1.291 do Cc. Ur. 1868). Trata-se, em síntese, de uma solução que pode ser considerada influenciada pelo primeiro *projecto* de Bello.

Uma formulação análoga, ainda que os dois princípios, o da autonomia contratual e o da boa-fé, não sejam reunidos no mesmo artigo, terá o Código Civil italiano de (art. 1.124), que influenciará, sobre o tema, o art. 1.069 do Código Civil da Venezuela de 1873.

(E) *De Teixeira de Freitas ao novo Código Civil do Brasil*

O direito privado do Império do Brasil, que se tornou independente do Reino de Portugal em 1822 e teve a proclamação da República em 1889, assume duas características interessantes. De um lado, o longo processo que caracteriza a sua codificação civil (quase um século), marcada pela realização de diversos projetos de Códigos nos quais se destaca a personalidade do grande jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas. De outro lado, o resultado deste longo percurso, ou seja, a ausência explícita de uma codificação da boa-fé em sentido objetivo, em matéria de contratos.

O dado normativo pode assim ser resumido: o Código Commercial de 1850, no art. 131, em matéria de interpretação contratual, afirma explicitamente “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada 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; ...”. Tal formulação reconhece um princípio interpretativo dos contratos regulados pelo Código Commercial.

Na *Consolidação das leis civis* de A. Teixeira de Freitas (1857), em conformidade com as finalidades da obra, que visava “recolher e classificar toda a legislação pátria, realizando um estudo da legislação” em certo momento histórico (esse era o contrato entre Freitas e o governo), não há nenhum artigo em matéria de contratos que preveja a boa-fé em sentido objetivo. Há, contudo, uma anotação do próprio Freitas que em matéria de prescrição aquisitiva, e em relação especialmente ao requisito da boa-fé em sentido objetivo, estende a análise afirmando que “A boa-fé é a alma do commercio, o qual não pode existir sem a existência dessa”.¹⁵⁴ Creio, portanto, que a ausência de uma referência à boa-fé em sentido objetivo deve ser explicada sobretudo em função do tipo de trabalho desenvolvido, e não por uma escolha estratégica de Teixeira de Freitas.¹⁵⁵ Esse dado parece-me confirmado pelo silêncio sobre a matéria na obra fundamental do jurista português José de Mello Freire,¹⁵⁶ e pelo diferente êxito que resulta do Projeto de Código Civil do mesmo Freitas.

O *Esboço* (1860-1867), com efeito, prevê, na parte sobre os efeitos dos contratos, além da eficácia do contrato como lei entre as partes, art. 1.953, no artigo sucessivo 1954: “Os contratos devem ser cumpridos de boa-fé, pena de responsabilidade pelas faltas segundo as regras do art. 881. Eles obrigam não só ao que expressamente se tiver convencionado, como a tudo que, segundo a natureza do contrato, for de lei, equidade, ou costume”. Certamente, é significativa essa ligação entre culpa e comportamento da parte no adimplemento das obrigações nascidas do contrato que não seja considerado conforme à boa-fé. Insere-se, porém, na formulação, um momento de separação entre boa-fé e integração do conteúdo contratual (fundado exclusivamente na lei, equidade e nos costumes), não se observando mais aquela relação, essencial para A. Bello, de causa-efeito entre boa-fé e critérios de integração do contrato. A boa-fé torna-se somente uma regra de conduta, um modelo comportamental, a qual deve estar presente na execução das obrigações nascidas do contrato, sob pena de incidência em responsabilidade por culpa.

A boa-fé em relação à parte geral sobre os atos jurídicos tem como modelo a boa-fé em sentido subjetivo (art. 517; 504-505).

Do ponto de vista das regras relevantes para a tutela do vínculo sinagmático, parece-me que se deva destacar o art. 1.236, acerca da extinção da obrigação correspectiva no caso em que se extinga por impossibilidade a obrigação principal do devedor; e o art. 1.869 acerca da irrelevância da lesão (“A lesão, só por se, não vicia os contratos...”).

Nesse sentido, parece-me que também em relação à boa-fé, em Teixeira de Freitas, é possível notar uma tensão entre aquela que foi indiscutivelmente qualificada como a vocação romanista e universalista do jurista brasileiro – com amplos desenvolvimentos nesse sentido da doutrina de Savigny no *Sistema* –, e o seu reconhecimento do fato e da realidade factual de cada “soberania nacional”.¹⁵⁷ De fato, a opção de inserir no projeto a boa-fé não é levada a maiores consequências, coerente com aquele *Direito de Gentes* ao qual Teixeira observa como direito comum a todos os homens, deixando mais difusa a questão de fundo da boa-fé como fonte concorrente e aperfeiçoadora da mesma vontade das partes ao determinar o conteúdo do contrato.

A não realização definitiva do projeto não modifica a vontade política de realizar um Código Civil. Assim, no projeto de Felício dos Santos (1886), superou-se a divisão proposta por Freitas, fundando a força integrativa exatamente sobre a boa-fé (art. 1.875), nesse sentido repropoando o modelo de Bello.

Ao contrário, no Projeto de Coelho Rodrigues, tal como naquele do codificador Beviláqua, a boa-fé nunca é mencionada. Os dois artigos fundamentais sobre a matéria no futuro Código Beviláqua de 1916 são o art. 85, que privilegiava a intenção e não o sentido literal da declaração, e o art. 1.090, no qual se afirma explicitamente que os contratos gratuitos devem ser interpretados em sentido estrito. Disso se deduz a aplicação da regra nos outros. Beviláqua, que era professor de direito comparado, tem perfeita consciência da sua escolha em relação a outros códigos europeus, e também a diferença em relação ao Código Civil chileno.

Novamente, após o I Código Civil do Peru (v. *supra*) e o Código Civil da Argentina (v. *infra*), um Código Civil latino-americano preferiu não

mencionar a boa-fé, nem entre os critérios de interpretação do contrato, nem tampouco como fonte de integração.

Não obstante isso, sobretudo no século XX, a doutrina brasileira, sempre com maior consciência e conhecimento, reconheceu a vigência do princípio da boa-fé em sentido objetivo no direito dos contratos sem que o silêncio do Código fosse relevante. Seguiu importante linha interpretativa que passa, desde a prudência de Pontes de Miranda,¹⁵⁸ por Antunes Varela,¹⁵⁹ C. do Couto e Silva,¹⁶⁰ Darcy Bessone,¹⁶¹ Orlando Gomes,¹⁶² Moreira Alves¹⁶³ e Martins-Costa.¹⁶⁴ O fim comum (e a *communis opinio*) é a vigência do princípio no ordenamento brasileiro. Os caminhos percorridos para tal conclusão são diversos. Para alguns, por meio da retomada das normas esparsas entre o Código Commercial e o Código Civil, seria possível alcançar o reconhecimento do princípio.¹⁶⁵ Para outros, de modo mais consciente, é afirmada a vigência do princípio na medida em que é um princípio próprio do sistema no qual está radicado o direito brasileiro, independentemente de uma recepção explícita no direito escrito codificado.¹⁶⁶

O esforço da doutrina encontrou respaldo, além da recente lei de proteção ao consumidor, também no novo Código Civil brasileiro de 2002, no qual se prevê expressamente a necessidade de observar a boa-fé na formação, na interpretação e na execução do contrato (art. 422).

(F) *Dalmacio Vélez Sársfield e o Código Civil argentino de 1869*

Vélez Sársfield organizou a edição argentina de 1834 das *Instituciones* de Álvarez. Juntamente a Eduardo Acevedo, colaborou para um projeto privado de Código Commercial, que em 1859 foi aprovado na Argentina. Em relação ao Projeto de Código Civil para o Uruguai que Acevedo havia realizado em 1852, o Projeto de Código Commercial apresenta toda uma série de normas detalhadas sobre a interpretação dos contratos. É importante o art. 218, que se subdivide em diversos incisos. Em particular, no inciso III, relativo a cláusulas contratuais suscetíveis de diversas interpretações, que não invalidam o ato, afirma-se que “Se ambos os significados mantêm igualmente válido o ato [as cláusulas] devem ser compreendidas no sentido mais em conformidade com a natureza dos contratos, e às regras da equidade”. Repercute aqui, em parte, a formulação do projeto civilístico. A

prevalência dos usos do lugar em relação ao sentido das palavras que com ele estão em contraste é também relevante (inciso 6).

Para o Código Civil argentino de 1869, Vélez prefere uma formulação diversa, diferente daquelas existentes. Depois de ter reafirmado, no art. 1.197, que “as convenções feitas nos contratos formam, para as partes, uma regra à qual devem se submeter como à própria lei”, o art. 1.198, em matéria de efeitos dos contratos, prevê, na sua versão original:

los contratos obligan no solo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos.

Na *Nota* correspondente,¹⁶⁷ Vélez Sársfield relaciona a norma: “Domat, Obligat. Lib.1, Sec. 3a. y véase L.32, Tít. 5, L.4, Tít. 6, L.21, Tít. 8, Part. 5a. – Toullier, VI, §§ 334 y siguientes – Aubry Rau, § 346 – Marcadé sobre el art. 1135 [scil. Cod.fr.] Código italiano, 1124”.

Diria que a leitura conjunta do artigo com a nota correspondente poderia assinalar uma contradição. A formulação escolhida por Vélez conscientemente se afasta daquela do Código Napoleão, mas, no entanto, se levada em consideração a referência em nota ao art. 1.124 do Código Civil de 1865, do mesmo modelo de Bello. Essa silencia de forma consciente sobre a boa-fé e sobre todos os critérios de integração contidos nas normas comparáveis com o art. 1.198 do Código Civil argentino (leis, usos etc.), e opta por uma formulação nova, a das consequências que podem considerar “virtualmente” compreendidas no contrato celebrado. Tal formulação não melhora, em termos de clareza, a dicção normativa, quando muito poderia ocultar, no interior do virtual conteúdo do contrato celebrado, a imagem de algo não expresso, mas por si só já contido no contrato, uma vez que esse é tipificado. Nesse sentido, poderia esclarecer as referências às *Siete Partidas* que são feitas na *Nota* correspondente. Todas as três *Leyes* referidas (*Part.* 5,5,32; 5,6,4; 5,8,21), de fato, se ligam a obrigações acessórias, introduzidas no direito romano por meio da interpretação integrativa do *quidquid dare facere oportere ex fide bona* que vinculava os contratantes, mas, nas *Siete Partidas* se tornam *naturalia negotii* (obrigação de

garantir o comprador dos vícios da coisa vendida ou permutada; obrigações de ressarcimento acessório relativos a específicas causas incidentes sobre o gozo da coisa locada).

De outra feita, as referências à doutrina (Domat, Toullier, Marcadé, Aubry y Rau)¹⁶⁸ e aos arts. 1.135 do Código Napoleão (aquele relativo à integração do conteúdo do contrato com base na equidade, na lei, e nos usos) e 1.124 do Código Civil italiano de 1865 (que faz a ligação entre essas ulteriores fontes de integração do conteúdo contratual com a boa-fé, mesmo que em termos não claros de causa-efeito como faz o Código chileno) pareceriam indicar que, ao menos aos olhos de Vélez Sársfield, o codificador colhia uma substancial convergência com esses da regra codificada.

O silêncio do Código Civil argentino abre significativas considerações possíveis sobre as razões mais profundas que marcam, no primeiro processo de codificação na América Latina, a ruptura da boa-fé, salvo a importante exceção do Código chileno e de sua área de influência. É uma escolha que, ao menos em Vélez Sársfield, podemos tentar justificar de dois modos: de um lado, a proposta liberal de seu código,¹⁶⁹ o que se confirma, além do art. 1.198, baseado na vontade das partes, silenciando acerca de processos de integração sob o véu de uma interpretação daquilo que virtualmente já está contido no acordo expresso, na explícita rejeição da lesão enorme (instituto, contudo, que havia encontrado exatamente na tradição romano-ibérica, uma grande aplicação, como princípio essencial do direito dos contratos) e do abuso do direito. De outro lado, a substancial desconfiança na utilização de regras ou conceitos jurídicos que tenham uma adequada aplicação na concretização judicial. Sobre o tema, retornarei nas conclusões.

A leitura “exegética” do Código Civil argentino de Baldolomero Llerena¹⁷⁰ havia evidenciado como o ponto central do art. 1.198 fosse exatamente o sentido a ser dado ao *virtualmente comprendidas en ellas*. Quanto a isso, Llerena entende que: “corresponde ao juiz apreciar o valor, o significado, das palavras usadas, interpretando-as em conformidade ao princípio que os contratos devem adimplir-se do modo em que verossimilmente pretenderam as partes se obrigar. Nunca se deve permitir que, por um jogo de palavras, as pessoas ingênuas sejam vítimas da má-fé daqueles nos quais

repousa a confiança da redação de uma convenção. O Código francês, no art. 1.134, exprime o pensamento do nosso legislador, dizendo que os contratos devem ser executados segundo a boa-fé, para depois acrescentar o art. 1.135, semelhante ao nosso”.

A originária formulação, contudo, freou as técnicas de integração do contrato na Argentina, e sobretudo na jurisprudência do final do século XVIII e início do século XIX, que não promulgavam sentenças significativas, como aquelas chilenas. Ao contrário, é a partir dos anos 1940 que se retoma um movimento, seja em doutrina, que já havia dado sinais significativos, seja em jurisprudência.¹⁷¹

Nesse movimento de inovação, que trará, em 1968, a Lei de reforma 17.711, com a qual se modifica, entre outros, o próprio art. 1.198, com uma formulação ampla do princípio da boa-fé em matéria contratual,¹⁷² assumindo um papel especial os famosos Congressos Nacionais de direito civil, com destaque para o terceiro, ocorrido em 1960,¹⁷³ no qual definitivamente se acolhe a nova concepção de contrato, mais adequada a mitigar os abusos ligados a uma exaltação do princípio da autonomia contratual. Não é casual que a reforma introduza, legislativamente, precedida, em todo caso, pela doutrina, e depois pela jurisprudência, também a resolução por onerosidade excessiva superveniente e a lesão enorme.¹⁷⁴

Pode-se considerar que, ainda que a via inicialmente traçada por Vélez Sársfield fosse orientada em direção a um modelo reducionista do papel da boa-fé como princípio de integração do conteúdo do contrato, no direito argentino, o papel da doutrina reafirmou a vigência do princípio, independentemente do seu acolhimento no direito escrito codificado, permitindo recuperar toda uma série de regras de aplicação da interdependência das prestações e de uma possível adequação dessas em relação ao momento de conclusão do contrato e à sua evolução dinâmica.

(G) *Novos Códigos Civis na América Latina*

Os Códigos Civis latino-americanos da segunda metade do século XX confirmam a tendência de ampla recuperação do princípio da boa-fé no direito dos contratos. São exemplo disso, além da ampla formulação das reformas argentinas de 1968, o Código Civil do Peru de 1984 (art. 1.362

“Los contratos deben negociarse, celebrarse, y ejecutarse según la reglas de la buena fe”) e o Código Civil brasileiro de 2002.

Tal tendência é evidente também nos projetos de unificação do direito dos contratos na Europa: tanto nos Princípios Unidroit quanto nos Princípios do projeto para um código europeu dos contratos, chamado Lando, prevê-se o princípio da boa-fé nos contratos como princípio inderrogável.¹⁷⁵

Também em relação ao processo de unificação do direito dos contratos na América Latina, ao qual se relacionam projetos de Código Tipo,¹⁷⁶ considero que se deva levar em conta seriamente a necessidade de reconhecer um papel da boa-fé como critério de integração do conteúdo do contrato, expressão de uma adequada ponderação dos interesses que compõem o negócio segundo um modelo de igualdade substancial entre os contratantes.

Isso é indício de uma questão fundamental ligada à relação entre regras de justiça contratual, que claramente não podem ser traduzidas em preceitos gerais e abstratos em termos de pensamento jurídico institucional, mas necessitam de uma abordagem “principiologia”, e o evidente receio existente no sistema jurídico latino-americano, em confiar à decisão judicial o conteúdo contratual e sua vinculação. Vale por todos a reprovação do venezuelano Melich Orsini.¹⁷⁷

10.5 | **OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS**

Considero importante destacar, mesmo que destinada a uma clara superação, a tendência do final do século XIX e início do século XX de não incluir a boa-fé objetiva em matéria contratual nos Códigos Civis latino-americanos. Nessa linha coerente, fruto, porém, de percursos autônomos e histórias culturalmente não sempre homogêneas, são exemplos o Código Civil peruano, o Código Civil argentino e o Código Civil brasileiro de 1916.

Essa tendência encontra dois elementos de resistência: o Código Civil chileno de 1855 (com a sua ampla recepção)¹⁷⁸ e a doutrina latino-americana, que reconheceu a posição do princípio da boa-fé como fonte de integração do conteúdo contratual, vigente nos diversos ordenamentos relativos ao sistema jurídico romano-latino-americano. Isso me parece evidente quando

se observa os percursos, análogos nos efeitos, mas autônomos do ponto de vista intelectual, que formam a doutrina dos vários países.

Gostaria de destacar um dado característico do sistema examinado, qual seja, a tendência dos juristas de se liberarem mais facilmente de leituras superestruturais do dado codificado em termos estatal-legais. Com a formação das nações, há uma correspondente e virtual abertura especial e temporal que inclui a ordem do sistema (e, portanto, o direito romano, o direito romano-ibérico ou romano-lusitano, ou o direito romano latino-americano etc.). Neste sentido, a boa-fé encontra uma posição fundamental na dogmática jurídica latino-americana, como princípio que integra o conteúdo do contrato, dimensionando-o a um critério de equilíbrio dinâmico de justiça.

Princípio do *ius gentium*, ou seja, de um direito comum a todos os homens, segundo a imagem romana que veicula o modelo mais antigo do *ius fetiale*, a boa-fé rege, auxilia a criar e delimita o vínculo obrigatório e as prestações nele contidas, sustentando e aperfeiçoando, na dinâmica da relação, o momento propulsor do encontro da vontade das partes. A história do papel da boa-fé na América Latina confirma tal função, exatamente em ordenamentos nos quais esse papel não havia sido inicialmente inserido no direito escrito das novas repúblicas saídas do processo de independência. Disso é possível colher, de modo concretamente operante, a vigência, além da efetividade, confirmando a impressão que nos ordenamentos jurídicos da América Latina o sistema romanístico encontra especial manifestação, com características próprias, que não são facilmente assimiláveis, ou somente em parte, na história jurídica europeia.

Finalmente, parece-me que se deva destacar a ligação dessa inicial tendência a não codificar a boa-fé objetiva no direito dos contratos, com uma desconfiança em relação a instrumentos de revisão do contrato deixados à livre determinação judicial. Essa não é somente consequência de concepções liberais, mas também de um profundo ceticismo, ligado à realidade latino-americana, em relação ao papel do juiz. Na verdade, há confiança na vontade das partes (às vezes até como consequência de imposições unilaterais da parte forte, mas mesmo assim sempre fruto de concordância entre as vontades) e desconfiança na atividade judicial como instrumento de justiça contratual. Este é um ponto fundamental no nosso sistema jurídico,

como demonstra a penetrante análise de Q. Múcio Cevola (Cic. *De off.* 3, 17-70): a adequação e a integração do conteúdo do contrato por meio do momento de aplicação, no qual, sem nada retirar de quem institucionalmente desenvolve tal *munus*, é necessário que a doutrina exercite um controle e um papel de guia (Cic. *Top.* 17, 66... *Illi [scil. Iuris consulti] fidem bonam, ...quid... alterum alteri praestare oporteret... tradiderunt*), por meio de um exame minucioso, constante e atento, e também fortemente crítico (uma referência é Papiniano em D. 16,3,24; *supra* 10.2.5), de tais operações delicadíssimas, com o escopo de evitar que a sua concretização redunde em arbitrariedades judiciais.

A *bona fides*, exatamente como medida da graduação de “tolerabilidade” dos desvios supervenientes do equilíbrio das prestações como desejado pelas partes e guia das integrações necessárias ao conteúdo do contrato, deve encontrar na obra da ciência jurídica o seu ponto de referência ineliminável até mesmo na fase aplicativa do direito, realizando, assim, o verdadeiro legado da concepção muciana.

Se o sistema tivesse de renunciar a um princípio de justiça contratual tão significativo como o da *fides bona*,¹⁷⁹ voltado a tutelar o equilíbrio do qual o contrato é ponto central, ou avaliar, com base na “igualdade” a posição dos contratantes com relação às vantagens e desvantagens distribuídas segundo o tipo de contrato celebrado, enquanto prevalece a desconfiança em relação ao arbítrio temido na definição judicial, isso seria uma prestação de contas própria dos juristas, da doutrina. É a doutrina que deve aperfeiçoar o *ius*, reapropriando-se de forma plena do papel que lhe é próprio, inclusive na fase de produção e aplicação do direito,¹⁸⁰ num diálogo focado e crítico com as soluções judiciais. Só desse modo poder-se-á garantir o *cottidie in melius produci* ineliminável na dimensão temporal do direito.¹⁸¹

NOTAS

* Original publicado em *La “buona fede” come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 13, Roma, 2002, p. 123-186. Por ocasião da publicação desta tradução, o autor fez adições, ora indicadas em colchetes, com relação ao texto originalmente publicado.

1 Acerca da relação entre “institutionelles und prinzipielles Denken”, e um diálogo com o direito moderno, v. O. BEHRENDTS, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in *ZSS*. 95, 1978, p. 187 ss.

2 *De off.* 3,17,68: *Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia. Ratio ergo postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter ...* 3,17,69: *... Societas est enim ... latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet..* Gai 1,1: <[ex D.1,1,9 (I.1,2,1)] *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utimur: nam quod quis>que populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur ...* V. G. LOMBARDI, *Sul concetto di ‘ius gentium’*, Roma, 1947, *passim* e a síntese construtiva nas p. 354 ss.; P. FREZZA, *Ius gentium*, in *RIDA. Mél. De Visscher I*, 1949, p. 259 ss., em particular sobre o conceito p. 281-283; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, em particular sobre a relação complexa e com várias implicações entre *ius fetiale* e *ius gentium* e sobre os *multa communia iura* di Cic. *De off.* 3, 108, p. 3 ss., relação essa que determinaria uma “reviravolta na usual forma de ver o problema”, p. 65 ss.; M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, p. 14 ss.; 20 ss.; 40-42. Não acredito que se possa negar a romanidade desta teorização, nem a sua origem (aos *maiores* já se referia Cícero. Questão diversa e amplamente debatida, contudo, continua sendo a relação complexa dessa em relação à concepção assim chamada “normativa” ou “histórico-concreta” do *ius gentium*, como parte dos *iura populi Romani* a qual se aplica também aos estrangeiros; cfr. a propósito G. GROSSO, *Gai III, 133: riflessioni sul ius gentium*, in *RIDA. Mél. De Visscher I*, 1949, p. 395 ss.; ID., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965², p. 272-274; M. TALAMANCA, *Rc. di M. KASER, Ius gentium*, in *Iura* 44, 1993 [publ. 1996], p. 272 ss.; ID., *Ius gentium da Adriano ai Severi*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall’antico*

al moderno, Napoli, 1998, p. 191 ss.; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, p. 33-36; v. também ID., *Bona fides e ius gentium*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale in onore di A. Burdese*, Padova, 2003, II, p. 115 ss.

3 A boa-fé é qualificada, às vezes, como conceito (jurídico, ético-jurídico, moral), às vezes com regra de conduta (seja no sentido em que a conduta nela inspirada deve excluir qualquer tipo de má-fé, seja em um sentido mais amplo, como conduta inspirada em um modelo objetivo de homem, o *vir bonus*, o qual se caracteriza pela lealdade), e às vezes como princípio jurídico que informa, por si, o agir humano juridicamente relevante, e em particular o direito dos contratos. Essa variedade de significados relativos à boa-fé surge tanto em trabalhos com orientação histórica, a partir de diversas construções, todas embasadas historicamente, sempre com embasamento histórico, quanto em trabalhos exclusivamente dogmáticos, nos quais, sobretudo em uma perspectiva de leitura de cada ordenamento, singularmente, tende-se a supor como uma escolha de valor velada ínsita a tal operação, em termos de simples constatação de um quadro normativo que se reconhece como pressuposto.

4 O interesse dos históricos manifestou-se essencialmente em relação a questões de cronologia e de apuração da administração provincial: D. MAGIE, *Roman Rule in Asia Minor to the end of the third century after Christ*, Princeton, 1950, I, p. 173 ss.; II, 1064 s.; E. BADIEN, *Q. Mucius and the Province of Asia*, in *Athenaeum* 34 1956, p. 104 ss.; A. LINTOTT, *Imperium Romanum. politics and administration*, London-New York, 1993, p. 41 (94 a.C.; depois do consulado de 95 a.C.); B.A. MARSHALL, *The Date of Q. Mucius Scaevola's Governorship of Asia*, in *Athenaeum* 54 (1976), p. 117 ss. (98 a.C. durante ou depois do período dos pretores, mas antes do consulado; aderem a essa posição M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982², p. 68-69, n. 14; J. L. FERRARY, *Les gouverneurs des provinces romaines d'Asie Mineure (Asia et Cilicia) depuis l'organisation de la province d'Asie jusqu'à la première guerre de Mithridate (126-88 av. J.C.)*, in *Chiron* 30, 2000, p. 162 ss.). Em relação aos históricos do direito, com exceção das indicações específicas em várias passagens, levei em consideração sobretudo L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, p. 480 ss.; M. WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in *ZSS.* 33, 1912, especialmente p. 142 ss.; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna s.d., 161; W.-W. BUCKLAND, *L'edictum provinciale*, in *RHD.* 4ème S. 13, 1934, p. 81 ss.; G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 1964, II, p. 972 ss.; M. SARGENTI, *Studi sulla "restitutio in integrum"*, in *BIDR.* 69, 1966, p. 256 ss.; R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto*

provinciale, Milano, 1969, p. 33 ss.; A. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, in *Iura* 24, 1973, p. 97 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, II, 170-171, n. 85; O. BEHREND, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, Göttingen, 1976, p. 297; G. MANCUSO, *Praetoris edicta*, in *AUPA* 37, 1983, p. 117 ss.; F. BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Quinto Múcio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, Atti Firenze maggio 1983, a cura di G. G. ARCHI, Milano, 1985, p. 249 ss.; L. PEPPE, *Note sull'Editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo* 37, 1991, p. 14-93; D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, especialmente p. 173 ss.; [R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, p. 28 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: "Leerformeln" e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., IV, p. 153 ss.].

5 *Romae composui edictum; nihil addidi, nisi quod publicani me rogarunt, cum Samnum ad me venissent, ut de tuo edicto totidem verbis transferrem in meum. Diligentissime scriptum caput est quod pertinet ad minuendos sumptus civitatum. Quo in capite sunt quaedam nova salutaria civitatibus, quibus ego magnopere delector; hoc vero, ex quo suspicio nata est me exquisisse aliquid in quo te offenderem, tralaticium est.*

6 Para uma análise pontual das notícias relativas ao momento de composição do edito, v. L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 16-25.

7 F. MÜNZER, *M. Calpurnius Bibulus*, in *PWRE*. III,1, 1897, p. 1369.

8 V. no sentido aqui adotado L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 32; adere: D. MANTOVANI, *L'editto come codice*, cit., 174, n. 120. Já em relação às razões de ordem lógica propostas por Peppe, é possível ainda a elas acrescentar a constatação, contudo, de que o sentido mais geral do discurso de Cícero cairia em uma contradição insolucionável. De fato, se se compreende o *De Bibuli edicto nihil novi* como reproposição "transladícia" do edito sírio de Bibulo, perderia a paternidade ciceroniana da particular estrutura de seu edito, caracterizada pela brevidade, graças à divisão do *ius edicendi* operada, exatamente a qual Cícero considera original (*Breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν...*).

9 Exatamente F. BONA, *Cicerone e os "libri iuris civilis"*, cit., p. 272-273; seguidos por L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 53 ss.

10 Não no sentido de Gaio de conjunto de disposições emanadas do governador da província, mas, como demonstrou PUGLIESE, de disposições contidas no edito, especificamente

emanadas “para a província, em relação a matérias que a província tinha especial interesse”; *Riflessioni sull’editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 978-979.

11 Normalmente se destaca, para explicar o porquê somente *bonorum possessio*, *missio in possessionem* e *bonorum venditio* são inseridos no *alterum genus*, a técnica do *quae ex edicto et postulari et fieri solent*, a qual pressupunha a existência de regras de um *edictum* com base no qual se funda os pedidos sobre a matéria (*bonorum possessio edictalis* e *bona ex edicto possideri proscribi veniri que iubebo*), sendo os *edicta urbana* sem vigência na província; v. a respeito O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, rist. ed. Leipzig, 1885, [Goldbach, 1997], I, 473; W.-W. BUCKLAND, *L’Edictum provinciale*, cit., p. 83; G. PUGLIESE, *Riflessioni sull’editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 977, n. 11; A. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, cit., p. 99; a posição de PEPPE, *Note sull’editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 65 3, n. 175, não é totalmente claro, pois ao mesmo tempo que considera o *alterum genus* “contendo as partes do edito urbano era oportuno reproduzir textualmente”, afirma seguir a posição de Buckland a respeito. Sobre a consideração de seguir uma razão não somente técnica (*ex edicto*), mas também de oportunidade político-jurídica, v. número seguinte.

12 Neste sentido, parece-me que deva ser entendida a frase introdutória deste *genus* de Cícero: *alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest*. A razão técnica do fundamento *ex edicto* dos institutos pretores incluídos no *alterum genus* do edito de Cícero na Cilícia, normalmente, e com razão (v., n. precedente), não exclui formalmente a possibilidade, também para esses institutos, de um exercício do *ius dicere* na província, por meio dos *decreta* modelados a partir dos editos cidadãos. A razão para não incluí-los no *genus ἄγραφον* está, sobretudo, na oportunidade político-jurídica de regular matérias tão delicadas como o destino do patrimônio dos romanos residentes na província, ou de eventuais pretensões dos romanos sobre patrimônio de herança grega e da execução forçada sobre o patrimônio do devedor grego, da parte de um romano e vice-versa, por meio de normas que, definidas desde o início da administração da província, assumiram, aos olhos dos provinciais, características de generalidade e abstração.

13 A referida contradição entre a *meam διαίρεσιν, quod duobus generibus edicendum putavi* e a menção, além do *unum* e do *alterum*, de um *tertium genus* se explicaria pelo fato de que esse último não é propriamente um *genus edicendi*, uma vez que é “não escrito”, e também se levando em conta que a operação diairética não é propriamente uma *divisio in genera et species*, mas uma *partitio* para R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, cit., p. 34 e, n. 42. Para BONA, *Cicerone e i “libri iuris civilis”*, cit., p. 273, a referência ao *tertium genus* seria imposto a Cícero pela necessidade de evitar a *praeteritio*

generis, em razão da correção do procedimento diairético. L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 65, parece-me propensa a uma proveniência comum com as disposições dos *edicta urbana* entre *alterum* e *tertium genus*, com a única diferença que somente o *alterum* teria sido reproduzido por escrito no edito. Nesse sentido, seria possível explicar a correção da operação descrita em termos de *divisio* em *duo genera* do *edicere*. [Para R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 31 n. 96, a diairese teria permitido a Cícero “de isolar um terceiro *genus*, que pode ser deixado de fora do edito – e que por isso não é parte da diairese”].

14 É termo técnico: basta pensar em Gai IV,118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accomodat*. V. sobre o ponto, também, L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 29, n. 54.

15 Nesse sentido: G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 976, n. 9, considerando que se tratava, para o edito provincial, de *ius dicere* exercitado em relação, tanto de Romanos quanto de peregrinos, contra a leitura reducionista para explicar o plural em termos de várias cláusulas do pretor urbano. V. também K. HACKL, *Der Zivilprozeß in den Provinzen*, in ZSS. 114, 1997, p. 152, n. 57.

16 G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 978; L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 65; K. HACKL, *Der Zivilprozeß in den Provinzen*, cit., p. 154.

17 Há na doutrina uma tendência a considerar a *omnia de publicanis* como tema geral que sintetiza todas aquelas características específicas precedentemente citadas. Tal conclusão, insustentável a partir de um confronto textual (embora assim entenda G. MANCUSO, *Praetoris edicta*, cit., p. 426; mas, v. a correta observação de L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., 50), é também fonte de um erro na definição do âmbito de aplicação dos títulos supramencionados, determinando uma injustificada delimitação exclusivamente às relações entre *publicani* e *civitates* das normas dos editos; R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, cit., p. 38 ss. Na minha opinião, dessa maneira, corre-se o risco de generalizar um dado que não atingia a generalidade e abstração da norma edital, ou seja, aquela da preponderante relevância política e financeira dos empréstimos dos *publicani* às *civitates* provinciais. Isso não impede que qualquer *faenerator* (assim também Cic. *ad Att.* 5,1,6 em um contexto relativo à questão surgida com Bruto pelo empréstimo aos Salamini realizado pelo publicano Scapzio; v. acerca dessa mesma questão, em relação também ao edito de Cícero A. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, cit., p. 90 ss.; L. PEPPE, *Cilicia e Cipro in età repubblicana. Note in margine al prestito ai Salamini di Cipro del 56 a.C.*, em *Vincula iuris. Studi in onore M. Talamanca*,

VI, Napoli, 2001, p. 239 ss.) teria obtido de Cícero a aplicação da taxa de juros anual fixada por ele no título *de usuris* nas *centesimae* (12% anuais) (Cic. *ad Att.* V,21,11: *cum ego in edicto translaticio centesimas me observaturum haberem ...*); v. exatadamente, G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 981-982; L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 51-52.

18 Cic. *ad Att.* 5,16,2-3: *Maxima expectatione in perditam et plane eversam in perpetuum provinciam nos venisse scito pridie Kal. Sext. [31 luglio 51] ... audivimus nihil aliud nisi imperata ἐπικεφάλια solvere non posse, ὧνὸ omnium venditas, civitatum gemitus ploratus ... Levantur tamen miserae civitates quod nullus fit sumptus in nos neque in legatos neque in quaestorem neque in quemquam ... Me hercule etiam adventu nostro reviviscunt iustitia, abstinentia, clementia tui Ciceronis ...* Cic. *ad Att.* 6,2,4: *His [sc. civitatibus] ego duobus generibus facultatem ad se aere alieno liberandas aut levandas dedi, uno quod omnino nullo in imperio meo sumptus factus est.*

19 No mesmo sentido G. PUGLIESE, *Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 981.

20 ... *Ita multae civitates omni aere alieno liberatae, multae valde levatae sunt ... His ego duobus generibus facultatem ad se aere alieno liberandas aut levandas dedi, uno quod omnino nullo in imperio meo sumptus factus est ...* [cfr. con 5,16,2-3, n. precedente] *Accessit altera. Mira erant in civitatibus ipsorum furta Graecorum, quae magistratus sui fecerant. Quaesivi ipse de iis qui annis X proximis magistratum gesserant. Aperte fatebantur. Itaque sine ulla ignominia suis umeris pecunias populis rettulerunt ...* Acerca da natureza de edito da *quaestio* em relação aos magistrados gregos que haviam administrado as cidades provinciais, parece-me que é possível deduzir maiores dúvidas.

21 L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 48.

22 Sobre o título *De rebus creditis* e os complexos problemas da sua composição, v. amplamente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002, p. 123 ss. Não é significativo no plano técnico-jurídico o *de vitando aere alieno* incluído nos Ἠθικά de Plutarco (827d-832a), estruturado sobre a diatriba estoico-cinica; M. CUVIGNY, in *Plutarque, Oeuvres morales*, XII, 1, Paris, 1981, p. 6-7.

23 Cic. *ad Att.* 6,1,5-6. Acerca disso, também é relevante o referido em Cic. *ad Att.* 6,1,16: *usuras eorum [publicani] quas pactionibus adscripserant servavit etiam Servilius;*

ego sic: diem statuo satis laxam, quam ante si solverint, dico me centesimas ducturum, si non solverint, ex pactione; v. L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 51.

24 *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. quod genus obligationis proprium peregrinorum est.* V. altresì Ps. Asc. *In Verr.* 2,1,36,91: *Inter syngraphas et cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum quae gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit. Et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria voluntate hominum scribi solent, more institutoque Graecorum.* V. L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 459 ss.; W. KUNKEL, s.v. *Syngrapha*, in *PWRE*. 2ser., 4 A, 1932, p. 1376 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963³, p. 138-139; ID., *Syngraphae, stipulatio e ius gentium*, in *Labeo* 17, 1971, p. 7 ss.; M.G. BIANCHINI, *Cicerone e le singrafi*, in *BIDR.* 73, 1970, p. 229 ss.; A. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, cit., p. 104 ss.; A. CASTRESANA HERRERO, *El chirographo y la syngrapha: significación jurídica desde la republica hasta Justiniano*, in *Estudios en honor de A. d'Ors*, Pamplona, 1987, p. 361 ss., em especial p. 364 ss.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994², p. 193-197.

25 Acerca disso, destaca-se como em Cic. *ad Att.* 6, 1, 16 (v. n. 23) a taxa de juros pactuada havia sido fixada por escrito (*adscripterant*); não é certo, contudo, que toda a *pactio* tivesse sido absorvida pelo contrato literal; v., em sentido contrário, L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 51.

26 Não destaco um contraste entre a previsão de um título de *syngraphis* no edito de Cícero para a Cilícia e a proibição introduzida pela *lex Gabinia* no ano de 67 a.C. ou no ano de 58 a.C. (Cic. *ad Att.* 5,21,11-12 e 6,2,7; acerca dos problemas relativos às datas, v. L. PEPPE, *Sulla giurisdizione em populos liberos del governatore provinciale al tempo di Cicerone*, Milano, 1988, p. 49-53) em relação aos empréstimos feitos a provinciais em Roma com *syngraphae* (assim G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim, 1962 (rist. ed.1912], p. 373 “*lex Gabinia de versura Romae provincialibus non facienda*”). A *lex* era relativa a uma proibição que atingia modalidade de empréstimos feitos aos provinciais em Roma (renegociação do débito, capitalização de juros, fixação de taxas exorbitantes por meio do recurso às *syngraphae* (nesse sentido H.R. GNEIST, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts*, Berlin, 1845, p. 490-491; ora M. BIANCHINI, *Cicerone e le singrafi*, cit., p. 267 ss.) e nunca houve a proibição geral do *ius dicere ex syngrapha* como parece decorrer de uma leitura descontextualizada da afirmação de Cícero em *ad Att.* 5,21,12 (*quod ex syngrapha ius dici lex Gabinia vetaret*).

Especialmente os dois *senatusconsulta* do ano de 56 a.C. referidos nas leituras de Cícero acima mencionadas são atos *ad hoc* voltados a dar juridicidade à específica *syngrapha* concluída entre Scapzio (agente de Bruto) e os Salamini (*UT QUI CILICIAM OBTINERET [ET] IUS EX ILLA SYNGRAPHA DICERET* [repetido logo após por Cícero assim: *UT EX EA SYNGRAPHA IUS DICERETUR*]; *UT NEVE SALAMINIS NEVE QUI EI DEDISSET FRAUDI ESSET*); no mesmo sentido TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899 (rist. anast. Graz, 1955), p. 886, n. 1; acerca da eliminação do *et v.* também L. PEPPE, *Cilicia e Cipro in età repubblicana*, cit., in *Iuris Vincula. Studi in onore M. Talamanca*, cit., VI, p. 260-261, n. 67. Era essa específica *syngrapha* que, para as modalidades de condições de empréstimo, de renegociação do débito (*versura*), e da taxa de juros (*quaternae centesimae* [48% anuais]), havia necessidade de intervenções específicas para não incidir na proibição da *lex Gabinia* (Cic. *ad Att.* 6,2,7: *Nam quod senatus consultum esse dicebat ut ius ex syngrapha diceretur, eo consilio factum est quod pecuniam Salamini contra legem Gabiniam sumpserant, vetabat autem ea lex ius dici de ita sumpta pecunia; decrevit igitur senatus ut ius diceretur ex ista syngrapha*); sobre *privilegium* fala L. PEPPE, *Cilicia e Cipro*, cit., p. 264. Exatamente sobre a interpretação acerca da importância do segundo senado consulto invocado por Scapzio se refere a dissidência com Cícero. Arpinate nega que isso imponha ao exercitante da jurisdição em Cilícia um *ius dicere* nos termos negociados e fixados na particular *syngrapha* estipulada com os Salamini, mas considera que isso imponha um *ius dicere* coerente com os limites fixados no seu edito para todas as *syngraphae* (*ad Att.* 5,21,12: *Tum fit senatus consultum: UT EX EA SYNGRAPHA IUS DICERETUR; <non ut alio iure ea syngrapha> esset, quam ceterae, sed ut eodem*; cfr. com Cic. *ad Att.* 6,1,16 *supra*, n. 23). V. sobre o problema também G. GROSSO, *Syngraphae, stipulatio e ius gentium*, cit., 8; A. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, cit., p. 92 ss., mas com uma generalização da proibição da *lex Gabinia* que não coerente, na minha opinião, com os testemunhos existentes.

26-bis Contra a tese dominante se manifesta R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 31 ss., com argumentos persuasivos no âmbito da estrutura lógica do discurso de Cícero, mas que não contraria a informação mais importante em relação à função da boa-fé em Q. Múcio, ou seja, a inclusão dessa – quase uma “cláusula geral” – no seu *edictum Asiaticum* do ano de 94 a.C. Segue, contudo, a hipótese dominante de M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 155-156.

27 MITTEIS, *Reichsrecht*, cit., p. 481, tende a unificar os dois títulos *de aere alieno et syngraphis*, destacando, em todo caso, a relevância da *exceptio “extra quam”* como instrumento adequado para superar os abusos relativos ao efeito vinculante da *syngrapha* mesmo diante de hipótese de *non numerata pecunia*. Para o autor, a *exceptio*, ao contrário,

não estaria disponível para questões relativas exclusivamente à *pecunia non numerata*, nem mesmo à taxa de juros definida de forma negociada quando superior àquela fixada no título *de usuris*. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, cit., p. 40-41, propõe, contudo, uma relevância à *exceptio* nas *pactiones*. PEPPE, *Note sull’editto di Cicerone per la Cilicia*, cit., p. 48, ainda que penda para a colocação da *exceptio* no título de *syngraphis*, mitiga esta conclusão ao destacar que “a absoluta proeminência das *syngraphes* parece justificar de forma plena a colocação da *exceptio* no título relativo, também com o contemperamento de uma utilidade discricionária em contextos negociais diferentes”.

28 M. WLASSAK, *Praescriptio*, cit., p. 144-145 (ao qual adere M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 320, destacando como na essência se tratava de uma “*denegatio actionis* diferida no tempo e subordinada à declaração, pelo juiz, do fundamento da defesa do réu”; no mesmo sentido, ID., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, 169), no qual se acentua a necessidade de superar uma análise meramente nominalística, para destacar, na estrutura, a função da *exceptio* “*extra quam*”. O paralelo existente com outras *exceptiones* “*extra quam*”, especialmente com a *exceptio praeiudicialis* mencionada em Cic. *de inv.* II, p. 59 ss., em relação a um *iudicium iniuriarum* (<EA RES AGATUR> EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEIUDICIUM FIAT>), mas de aplicação mais ampla, tornando “operativa a prevalência do juízo criminar (capital) sobre o juízo civil” (D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999², p. 101, n. 509, no qual a ligação com D. 5,3,5,1 sobre a suspensão de uma *hereditatis petitio* até a conclusão do processo de falsificação), é incorreta, pois não encontra uma confirmação segura na operatividade da “*extra quam*” muciana em relação à técnica em termos de *praeiudicium* da análise das condutas das partes contrárias à boa-fé. Tenta realizar uma possível ligação L. PEPPE, *Note sull’editto di Cicerone per la Cilicia*, cit., p. 37-43, hipotizando, por meio do confronto com a *exceptio* “*extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*” proposta por Labeão em relação a um interdito *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* e lembrada por Ulp. *l. 68 ad ed.* D. 43,12,1,16, uma funcionalidade também da *exceptio* de Q. Múcio, se não em relação às causas processuais em sentido técnico (*preiudiciales*), em relação a “juízos preliminares – ou momentos preliminares de uma fase processual”.

29 Ainda mais tendo de se excluir que se tratava de um uso terminológico suscetível de descrever um âmbito negocial circunscrito somente os atos de gestão de natureza processual, similarmente ao que ocorre, talvez, no título *de negotiis gestis* do edito cidadão que introduz a *actio in factum* provavelmente nos decênios mucianos; v. sobre o ponto G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I. Azione pretoria ed azione civile*, Milano, 1999, p. 36 ss. Tal limitação, de fato, que não deve causar surpresa, pois é considerada possível

e conhecida dos romanos (v. a anotação de M. TALAMANCA, *Lettura di H.H. SEILER, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz [1968], in *Labeo* 17, 1971, p. 222), não pode ser deduzida somente da recorrência do fenômeno em outras *fattispecie*, mas deve ser reconhecida na substância, verificando-se o contexto negocial e a função do edito na qual a expressão é incluída.

30 Cfr. F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Aalen, 1981 (rist. ed. 1841), V, 473, n. b; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Aalen, 1963 (rist. ed. 1895), C, p. 226 e, n. 5; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927³, 512 e, n. 8; recentemente, D. MANTOVANI, *L'editto come codice*, cit., p. 173-176.

31 *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. sed nec humili adversus eum qui dignitate excellet debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. et ita Labeo. quid ergo est? in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.*

32 *Adversus parentes patronosque neque doli exceptio neque alia quidem, quae patroni parentisve opinionem a[pu]d <adversus M.> bonos mores suggillet, competere potest: in factum tamen erit excipiendum, ut, si forte pecunia non numerata dicatur, obiciatur exceptio pecuniae non numeratae. nihil autem interest, utrum patronus ex suo contractu an vero ex alieno conveniatur: semper enim reverentia ei exhibenda est tam vivo quam defuncto. si autem cum herede liberti patronus agat, puto excipere debere de dolo patroni heredem liberti. libertum autem de dolo patroni, etsi ab herede eius conveniatur, minime exceptionem obiecturum: namque convenit tam vivo quam mortuo patrono a liberto honorem exhiberi. in stipulatione plane doli clausula non erit detrahenda, quia ex doli clausula non de dolo actio intenditur, sed ex stipulatu.*

33 V. acerca D. 44,4,4,16, em relação à emergência da *exceptio non numeratae pecuniae* a partir do processo formular, como *exceptio* não editalícia, mas à qual se recorre *causa cognita* por meio do decreto para se tutelar eventual lesão à dignidade dos ascendentes e patronos em caso de *exceptio doli* utilizada para resolver situações de *non numerata pecunia* (Gai IV,116): M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973, II, p. 723-724, n. 154; a propósito, destaca as diferenças em relação à *exceptio n. n.p.* da *cognitio extra ordinem* M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984, p. 38-40, ainda que isso não signifique a sua irrelevância para se reconstruir

as origens da própria *exceptio*, como parece sustentar o autor, o que é criticado por W. LITEWSKI, Rc. in ZSS. 103, 1986, p. 548-549 e 552.

34 Sobre a hipótese interpretativa que a *exceptio* proposta no edito de Cornelio Bibulo em seu edito para a Síria devesse ser, se não exatamente a *exceptio doli* nos termos previstos pelo edito de Juliano (*SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO FACTUM SIT NEQUE FIAT* Gai. 4,119), algo muito semelhante: A. PERNICE, *Labeo*, cit., C, p. 198; O. LENEL, *Der Prätor in der legis actio*, in ZSS. 30 (1909) R.A., p. 348-349 e n. 1 que acentua a modulação em negativo (como na discutida cláusula *UTI NE PROPTER TE FID.VE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM* e provavelmente na fórmula da *actio fiduciae*: *<ITA NEGOTIUM ACTUM NON ESSE> UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*); E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., I, p. 163; S. RICCOBONO, *La definizione del ius al tempo di Adriano*, in *BIDR.* 53-54, 1948, 24; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Milano, 1937, 88, n. 3; M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschr. F. Schulz*, 1951, II, 30 [= *Ausgewählte Schriften*, Napoli, 1976, I, 218]; M. SARGENTI, *Studi sulla restitutio in integrum*, em *BIDR.* 69, 1966, p. 259 (já quanto à hipótese de que à *exceptio* muciana fosse possível atribuir efeitos rescisórios, cfr. as considerações críticas *infra*); A. TORRENT, *Syngraphae cum Salaminiis*, cit., 98, n. 5; A. LINTOTT, *Imperium Romanum*, cit., p. 61; D. MANTOVANI, *L'editto come codice*, cit., p. 174 e n. 122; a semelhança da *exceptio doli* com a *exceptio* muciana deve ser compreendida sobretudo em relação às exigências concretas que essa tende a satisfazer, sem que isso signifique uma amplitude da tutela acordada ou do âmbito negocial envolvido; por isso, há que se aprofundar as diferenças substanciais entre as duas *exceptiones*. Sobre este aspecto, diversos autores destacaram aspectos diferenciadores: A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, p. 64 ss., aponta uma diferença que impede a unidade entre as duas *exceptiones* de uma forma mais ampla de avaliação do negócio subjacente para além dos limites que as formas de exceção muciana autorizariam; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, cit., I, p. 170-171, n. 85, sustenta que o âmbito de aplicação da *exceptio doli* seja mais amplo, tanto em relação à extensão dos comportamentos do *agere* processual, além do que foi negociado, quanto pela maior latitude que a cláusula *neque fiat* lhe oferece, diferentemente da referência delimitada no passado da *exceptio* muciana (*GESTUM EST*). Contra: L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 45-46, que hipotiza como “a *exceptio* modela por Bíbulo”, a qual teria “mantido a estrutura essencial contida no edito asiático de Q. Múcio”, “chegasse a conceder a tutela não somente contra comportamentos sucessivos no momento do surgimento do negócio, mas até *apud iudicem*, incluindo um sintagma correspondente ao *neque fiat* da *exceptio doli*”. Esta última hipótese, abstratamente possível, paira, porém, sobre a razão substancial que orienta Cícero a preferir a *exceptio* “*extra quam*” de Q. Múcio,

em detrimento daquela proposta por Cornelio Bibulo. V. também as observações críticas de D. MANTOVANI, *L'editto come codice*, cit., p. 174-175, n. 122.

35 D. MANTOVANI, *L'editto come codice*, cit., p. 176.

36 Talvez no início somente o edito do pretor peregrino, e posteriormente também o do pretor urbano: D. 4,3,9,4a: ... *ideo Labeo quoque libro trigensimo praetoris peregrini scribit de dolo actionem ...* v. F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano, 1954, p. 108-110. Contudo, em relação à *exceptio*, a data poderia ser mais antiga; sobre esse ponto, v. argumentos, fontes e doutrina citadas por D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Atti seminario gennaio 1993, Torino, 1996, p. 80 e, n. 74 (especialmente *Cic. de nat. deor.* III,74).

37 Isso talvez pudesse ser hipotizado considerando-se que Aulo Ofílio (*Caesari* [† 44 a.C.] *familiarissimus* segundo *Pomp. l.s. ench.* D. 1,2,2,44), com grande probabilidade nos seus *libri de iurisdictione* (nos quais realizou, segundo Pomponio, uma apurada *compositio* do edito do pretor: *Pomp. l.s.ench.* D. 1,2,2,44; sobre o qual v., por último, L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 58 ss.; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, cit., especialmente p. 63 ss.; G. FALCONE, *Ofilio e l'editto*, in *Labeo* 42, 1996, p. 101 ss.; F. GALLO, *L'officium del pretore*, cit., p. 74 ss.; P. CERAMI, *Il sistema ofiliano*, in *La codificazione del diritto*, cit., p. 86 ss.), já previa a inclusão da *exceptio doli*, pelo que parece no edito, na *formula* di un' *actio ex stipulatu* (*Ulp. l. 76 ad ed.* D. 44,4,4, 6), provavelmente de forma diferente daquela concebida por via do decreto *causa cognita* àquele que, por força do dolo do escravo de seu adversário em juízo, tivesse sido impedido de comparecer (*Paul. l. 6 ad ed.* D.2,10,2; su cui cfr. P. CERAMI, *Il sistema ofiliano*, cit., p. 106-107).

38 Ἐπιλεξάμενος τὸν ἄριστον τῶν φίλων σύμβουλον Κόιντον Ῥοτίλιον μετ' αὐτοῦ συνήδρευε βουλευόμενος καὶ κρίνων τὰ κατὰ τὴν ἐπαρχίαν; v. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli (1984²), p. 70 e n. 21.

39 ... καὶ παρὰ μὲν τοῖς εὐεργετηθεῖσι τιμῶν ἰσοθέων ἔτυχε ... Sobre esse aspecto, em relação aos *tria genera deorum* nella *disputatio* de Q. Múcio mencionado por S. Agostino (*De civ. Dei* 4, 27), v. o sugestivo diálogo com o autor resenhado por F. BONA, Rc. a SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, Bari (1976), in *SDHI.* 44 (1978), p. 563-566.

40 V. sobre o ponto, M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*², cit., p. 68-69, n. 14; G.D. MEROLA, *Autonomia locale governo imperiale*, Bari, 2001, 177, n. 140.

41 De fato, não parece que a emanção entre os dois editos provinciais (o de Q. Múcio para a Ásia e o de Cícero para a Cilícia) da *lex Cornelia de iurisdictione* (67 a.C.) possa ter modificado as matérias que em sede provincial se incluíssem no edito levando-se em conta os modelos dos editos cidadãos. Na realidade, ainda que sejam decênios de grande transformação social e econômica, que encontrava no edito a adequada via de adaptação, e também vigência temporal para melhorar, de ano em ano os esquemas jurídicos propostos pela *iurisprudencia*, mirar no ano de 51 a.C., no *edictum Asiaticum* de Q. Múcio, que já tinha 40 anos à época, como um modelo de edito provincial a ser buscado, não deveria ser uma operação antiquaria (v. precisamente L. PEPPE, *Note sull’editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 57 e 63-64).

42 Para a operatividade extendida da cláusula (*ut Graeci inter se disceptent suis legibus*), além do direito material, também para as regras processuais, G. PUGLIESE, *Riflessioni sull’editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 975-976.

43 L. PEPPE, *Note sull’editto di Cicerone in Cilicia*, cit., p. 36. [R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 32-33 n. 103, seria igualmente arbitrário “hipotizar o contrário”].

44 V. *supra*, n. 26.

45 F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino, 1992, I, p. 21 ss.

46 V. sobre *negotium* como “‘negócio’ que as partes haviam produzido com a reciprocidade dos comportamentos” G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 43.

47 Aqui *stari oportere* teria um sentido meramente factual, que não se relaciona com a técnica civilística do verbo, inclusive em razão da natureza *in factum* da cláusula contida no edito, para F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., V, p. 473, n. b; neste sentido seria menos intensa a pressuposta contradição levantada por F. STURM, *Oportere*, in *ZSS*. 82, 1965, p. 218-219 entre a natureza rigorosamente civilística do verbo e a sua recorrência em relações entre romanos e peregrinos. KASER, *Oportere und ius civile*, in *ZSS*. 83, 1966, R.A., p. 26, no entanto, destaca a coerência de um *oportere ex fide bona* em função das relações às quais se refere, exatamente entre romanos e peregrinos. [No mesmo sentido, sobre a técnica da construção também na *exceptio muciana* R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 39, coerentemente com a proposta de colocação dessa como *praescriptio pro reo* em uma *formula* com *demonstratio* sem *absolutio* (p. 43 ss.)]. Do meu ponto de vista, contudo, há que se destacar a construção e o significado que impedem uma analogia desse uso do *oportere* com aquele das *actiones in ius in personam*. Na *exceptio extra quam*,

os efeitos jurídicos do *negotium gestum* não são indicados pelo *oportere* como tal, mas pelo *stari* (*ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA*). Trata-se de um uso análogo, dentro de uma construção *in factum* oposto àquele da *actio fiduciae*: *NEGOTIUM ITA ACTUM NON EST UT INTER BONOS BENE AGI OPORTET* ... V. precisamente B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'*, Milano, 2002, p. 310 n. 212. Significativo para um uso de *stari* ligado a uma *promissio* exatamente em relação a *metus* e *dolus* Cic. *De off.* I,10,32: *Iam illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? quae quidem pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus.*

48 Sobre o significado técnico de *quidque contractum* como circunscrito “alla costituzione dei rapporti obbligatori”, v. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 53-56.

49 Realmente não acredito que já tivesse surgido, a partir da possível inclusão no *quidque contractum* de Múcio em D. 46,3,80 da *expensilatio* (sobre o qual v., de forma convincente, F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 53), uma aceitação das *syngraphae* helenísticas em termos de *obligatio litteris contracta*, menos ainda no plano da sistemática romana das *obligationes contractae* e dos efeitos jurídicos que tal inclusão teria imposto no plano do vínculo que surgiu.

50 SARGENTI, *Studi sulla “restitutio in integrum”*, cit., especialmente p. 256 ss., sugere, dada a “forma” da *exceptio* muciana (não expressa em termos negativos) e a “substância” do remédio (voltado a reconhecer “que se possa *non stari* aos negócios contrários à boa-fé”), que essa refletiria uma “cláusula edital, com dimensão mais geral”, sendo possível fundar sobre ela não apenas *exceptiones* no caso de negócio ainda sem adimplemento e de frente à pretensão do credor, mas até mesmo remédios rescissórios quanto ao negócio realizado, semelhantes, por assim dizer, às *restitutiones in integrum propter metum* ou *propter dolum* (257-258). Obstam tal interpretação, pelo menos nos limites nos quais tal dedução se encontra na *exceptio* muciana, tanto aspectos de natureza histórico-dogmática, relativos aos acontecimentos relacionados com o ataque ao ato jurídico perfeito, no qual se soluciona a complexa relação entre *exceptio doli*, *actio doli* e *restitutio in integrum propter dolum*; quanto à consideração que essa está pairando sobre a realidade negocial à qual se liga a cláusula e, por isso, a escolha de uma *exceptio* o *praescriptio pro reo* parece ser a única adequada.

51 No mesmo sentido, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., I, p. 171, n. 85, quanto à maior extensão da *exceptio doli* com base no *neque fiat*.

52 Nesse sentido autorizadas interpretações de E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., p. 163.

53 Em relação a isso, pode ter relevância o fato de que provavelmente o título *De pactis conventis* dos editos cidadãos no primeiro decênio do século I a.C. não tivesse o mesmo teor daquele referido por Ulpiano com base na redação de Juliano (*l. 4 ad ed. D. 2,14,7,7: PACTA CONVENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO, NEQUE ADVERSUS LEGES PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA DECRETA EDICTA PRINCIPUM, NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT, FACTA ERUNT, SERVABO*). Com efeito, além da indiscutível exclusão daquelas fontes de produção do direito surgidas em época posterior (*decreta* e *edicta principum* e, menos provavelmente, *senatus consulta*; v. G.G. ARCHI, Ait Praetor: 'Pacta conventa servabo'. *Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola* nell'Edictum Perpetuum, em *De iustitia et iure. Festg. von Lübtow 80.G.*, Berlin, 1980, p. 373 ss., especialmente p. 388 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 42, n. 46; por último G. ROMANO, *Ulpiano, Antistia e la fides humana*, in *AUPA*. XLVI, 2000, p. 259, n. 4; B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' cit.*, p. 468 ss.), da *Sen. contr. 9,3 (thema)* surge um teor não homogêneo do edito em questão. Em relação a isso, um ponto parece, neste contexto significativo, que é a condição de ausência de comportamentos dolosos (*neque dolo malo*) a qual poderia ser posta em um período sucessivo a Q. Múcio, uma vez que se tivessem sido propostas as *formulae de dolo* por Aquilio Gallo (talvez não no ano de 66 a.C.: nesse sentido, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., I, 135 e, n. 11; mas, valorizando a relação com o *iudicium de dolo* em *Cic. De nat. deor. 3,74*, separável da função de pretor do jurista e podendo ser datada anteriormente, no ano de 77 a.C.: v. a propósito D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, cit., p. 80, n. 74); acerca da extensão da cláusula v. *Pedio e Labeone* em *Ulp. 4 ad ed. D. 2,14,7,9-11*. Em suma, o ano de 98 ou no ano de 94 a.C. a extensão do edito do *servare* (cujas consequências concretas ainda são muito discutidas) além de ser condicionada ao respeito do direito escrito, posto pela lei ou pelo plebiscito, podia não ter o ulterior limite do dever de se abster de comportamentos dolosos. La *pactio* vigente em província entre romano e provincial, tutelada por meio da reiteração no edito asiático de Q. Múcio do título *de pactis conventis* dos editos cidadãos, era condicionada, porém, graças à própria *exceptio*, pelo respeito a um princípio de lealdade e correção, o qual deveria informar as condutas negociais. Com a generalização do modelo aquiliano, preferiu-se incluir como condição negativa no mesmo edito *de pactis conventis* a ausência de conduta dolosa. No ano de 44 a.C. tal inclusão já resultava como edito transladício (*Cic. De off. 3,24,92: Pacta et promissa semperne servanda sint, QUAE NEC VI NEC DOLO MALO ut praetores solent FACTA SINT*). Em relação à sucessiva exclusão da menção expressão à *vis* v. as precisões de G.G. ARCHI, *op. ult. cit.*, p. 389 ss.

54 O. BEHRENDTS, *Die Wissenschaftslehre*, cit., p. 297, ainda que não se leve em consideração que o tipo de expansão da boa-fé tenha dois modos de se exprimir, profundamente diversos daquilo que aparece em Cic. *De off.* III,17,70 e l' *edictum Asiaticum*.

55 Cfr. também *Top. 66: in omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam 'ut inter bonos bene agier', in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent: illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid ... alterum alteri praestare oporteret ... tradiderunt*. O testemunho de Cic. *De off.* III,17,70 apresenta uma literatura ampla. V., como primeira referência, E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts 1. Ius civile*, Berlin, 1871 (rist. Aalen 1970), p. 163 ss.; H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS.* 11, 1890, p. 165 ss. especialmente 195-198; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, em *AUPA.* VII, 1920, p. 154-156; 182-185; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., I, p. 178-179; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei bonae fidei iudicia*, em *RISG.* n. s. III, 1928, p. 28-29; G. BESELER, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, em *BIDR.* 39, 1931, p. 338-341; F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in *ZSS.* 52, 1932, p. 120-123; W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschr. Koschaker II*, 1939, p. 1 ss. especialmente 8-9 e, n. 17-19; H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in *ZSS.* 62, 1942, p. 192-193; A. HÄGERSTRÖM, *Über den Grund der bindenden Kraft des Konsensualkontraktes*, em *ZSS.* 63, 1943, p. 293; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Corso di lezioni a/a 1948-1949, rist. anast. Napoli, 1965, p. 95; ID., *La compravendita in diritto romano*, II, rist. inalt. I ed., Napoli, 1980, p. 206-208; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz I*, 1951, p. 427 ss.; G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, p. 34-36; F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, em *ZSS.* 69, 1952, p. 322; ID., *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS.* 80, 1963, 29, p. 33 ss.; F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in *ZSS.* 71, 1954, p. 213; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, p. 167 ss.; 179 ss.; 191 e, n. 72; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 10-35; com as especificações de ID., *Ancora sulla fides e sui bonae fidei iudicia*, in *SDHI.* 33, 1967, p. 65 ss.; H.-P. BENÖHR, *Das sog. Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, p. 16-17; P. FREZZA, *Fides bona*, em *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 16 [err. Cic. *de off.* III,17,60]; O. BEHRENDTS, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht*, cit., p. 293 ss.; ID., *Institutionelles und prinzipielles Denken*, cit., p. 196-198; ID., *Die bona fides im mandatum*, em *Ars boni et aequi. Festschr. Waldstein*, Stuttgart, 1993, p. 35-36; B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona in Formularprozeß*, in *De iustitia et iure. Festschr. von Lübtow 80 G.*, hrsg. M. HARDER-G. THIELMANN, Berlin, 1980, p. 358 ss., especialmente p. 361 ss.; ID., *La fonction de la demonstratio dans les actions*

de bonne foi, in *Studi Sanfilippo V*, 1984, p. 718 ss.; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Múcio*, em *Società romana e produzione schiavistica*, a cura di A. GIARDINA-A. SCHIAVONE, Bari-Roma, 1981, p. 24 e 327, nn. 87-89; N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, II, Napoli, 1983, p. 171 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari-Roma (1987), p. 68 ss.; M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto*, em *Iura* 38, 1987, p. 28-30 e 33; M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra dolus e bona fides nel linguaggio dei giuristi*, em *Atti seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano 7-9 aprile 1987*, Milano, 1988, II, p. 137-138; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 36-38; W. WALDSTEIN, *Cicero, Servius und "neue Jurisprudenz"*, em *Iura* 44, 1993, p. 129 ss.; M. KASER, *Ius gentium*, cit., p. 14-17; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994, p. 53; L. LABRUNA, *Römisches Marktrecht und Expansionspolitik*, em *Collatio iuris Romani. Études H. Ankum I*, 1995, especialmente p. 236-237; M. J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract Law*, em *Good Faith in European Contract Law*, ed. R. ZIMMERMANN-S. WHITTAKER, Cambridge, 2000, p. 63 ss. especialmente p. 70 ss.; B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' cit.*, p. 229 ss. [F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., p. 136 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 142-143, e mais amplamente sobre o discurso ciceroniano, p. 131 ss.]. Ainda que não tenha examinado detalhadamente o testemunho, levei em conta também A. CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, p. 56 ss.; D. NÖRR, *Die fides im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991, p. 42-44.

56 V. sobre o ponto Q. CATAUDELLA, *Sulle fonti del de officiis di Cicerone*, in *Atti del I Congresso di Studi ciceroniani*, Roma, 1961, II, p. 479 ss.; P. FEDELI, *Il de officiis di Cicerone. Problemi e atteggiamenti della critica moderna*, em *ANRW*. I,4, 1973, p. 357 ss.

57 Diógenes que, distinguindo entre *celare* e *tacere*, reprova somente o primeiro, ao passo que Antipatro, aderindo à ideia do *utilitas communis* como fundamento da *societas humana* (III,12,52), considera que seja um dever moral evitar *scientem in errorem alterum inducere* (III,13,54).

58 Sobre esses *exempla* v. F. BONA, *Cicerone e i libri iuris civilis di Q. Múcio Scevola*, cit., p. 217-219; 232-234 e, n. 65; [e também M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 131 ss.] bem como o próximo parágrafo.

59 Histórica e juridicamente significativa é a compreensão crítica, em perspectiva histórica, da insuficiência de tutela no direito, em relação à conduta de Pythius, da época em que Cícero dá os exemplos referidos (aquela substancialmente própria de Q. Múcio),

enquanto: *quid faceret? nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas*. [Sobre o tema v. também M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 134 ss.].

60 A construção em primeira pessoa, que torna inidônea a representar *concepta verba* de uma *formula*, condicionou a sua interpretação seja: i) *verba solemnia* relativamente a uma mais antiga *legis actio fiduciae* (graças à relação com Ulp. *l. 2 disp.* D. 15,1,36: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actio <rei uxoriae> [de dote] agitata, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. Ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capata fraudataque est mulier, competere actionem ... nam quod in servo, cui res <fiduciae> [pignori] data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. Namque si servo res <fiduciae> [pignori] data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem 'et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est' ...; para se confrontar com Ulp. *l.28 ad ed.* D. 13,6,3,5, no qual a possibilidade de sancionar a conduta fraudulenta do *pater vel dominus* na *actio pigneraticia* segundo Juliano estaria incluída diretamente na ação, e não necessitava da particular *adiectio* que era, por outro lado, exigida para a *actio fiduciae*; nesse sentido O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 293-294; com o qual concordam A. PERNICE, *Labeo*, cit., C [= II.1], p. 174-176; G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, em *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, III, 1929, p. 81 ss. ora in *Scritti storico giuridici III*, Torino, 2001, p. 275 ss. especialmente 296-298), seja uma especial “Spruchformel”, que representaria um precursora dos *iudicia bonae fidei*, em termos de *actio* não fundada em lei (*sine lege*), mas sim exclusivamente no *imperium* do magistrado, mas que não encontra, porém, uma fixação escrita na *formula*, mas se tipificaria ainda em *certa verba* a ser pronunciada; nesse sentido M. KASER, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, p. 291 ss.; ID., *Studien zum römischen Pfandrecht II. Actio pigneraticia und actio fiduciae*, em T. 47, 1979, 321, n. 237 [= *Studien zum römischen Pfandrecht*, *Antiqua* 16, Napoli, 1979, 101, n. 237]; a tese foi criticada, porém, por A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 29 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz, 1957, p. 232, n. 41; também não concorda P. FUENTESECA, *Líneas generales de la fiducia cum creditore*, em *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, p. 397; seja: ii) como formulário não atinente a um contexto processual, mas negocial, em termos de *nuncupatio* inserida no *gestum per aes et libram fiduciae causa*; nesse sentido A. HÄGERSTRÖM, *Der römischen Obligationsbegriff*, I, Uppsala-Lepzig, 1927, p. 395-396 em n.; sucessivamente integrada a uma *legis actio* segundo H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in *ZSS.* 62, 1942, p. 196-197; e recentemente J.PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: “donner pour reprendre”*, Bâle-Genève-Munich,*

2000, p. 155; seja, por fim, negando que possa contextualizar convincentemente a proveniência; nesse sentido N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, cit., II, p. 172-176. Recentemente, acentuou-se a sua natureza de “cláusula de abstenção de dolo”, que recorre a uma *fides* não como “parâmetro de referência objetiva do *arbiter*”, mas como “valor semântico ambivalente”, de uma “*fides* entendida como confiança, que pode ser também *mala*”; B. BISCOTTI, *Dal ‘pacere’* cit., 308 n. 209; p. 310 s.

61 Cic. *ad fam.* VII,12,2: ... *illa erit formula fiduciae UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET*. Em relação à colocação e à natureza da *formula* na qual tais *verba* eram inseridos, não me parece sem sentido a reconstrução de LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 291-295, que opta por uma única *formula in factum* (contra a sua precedente hipótese de duas *formulae*; no mesmo sentido, recentemente, contudo, por exemplo, P. FUENTESECA, *Líneas generales de la fiducia cum creditore*, cit., p. 402) na qual as palavras acima referidas tinham a seguinte disposição *NEGOTIUM ITA <ACTUM> NON ESSE, UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*, a ser considerada juntamente à reconsideração de KASER, *Studien zum römisches Pfandrecht II.*, cit., p. 319-327 [= 99-107], que hipotiza, no edito juliano, uma substituição da mais antiga formulação com um *NEGOTIUM ITA ACTUM NON ESSE, UT BONA FIDE AGI OPORTET*, com base em Iul. *l.* 13 *dig.* D. 18,2,10 (*non potest videri bona fide negotium agi*). No entanto, o fundamento da descrição na mais antiga fórmula do agir negocial em termos de *negotium agere* era, para Lenel, mais que o citado Cic. *ad Att.* VI,1,15 (*op. ult. cit.*, 291, n. 10), de forma indireta, exatamente Iul. D. 18,2,10 (*negotium agi*), tornando talvez possível uma originária construção em termos de *NEGOTIUM ITA GESTUM NON ESSE, UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*, modulação verbal que se põe em termos opostos (O. LENEL, *Der Prätor in der legis actio*, cit., 348-349 e n. 1) em relação à *exceptio “extra quam”* (*SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA*) – coerentemente com diverso instrumento formulário predisposto (*actio* e *exceptio*) – e com uma formulação mais arcaica do critério-modelo. As hipóteses sobre *formula in ius concepta* parecem ser menos coerentes: aquela de A. PERNICE, *Labeo*, cit., E [= III], 124, seguida por G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell’actio fiduciae*, cit., p. 116-117 [= 310-311] [*S.P. ... QUAM OB REM UTI INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE, QUANTI EA RES EST ...*], teria o defeito, segundo LENEL, *Der Prätor in der legis actio*, cit., p. 348, de indicar com um *agi oportere* o conteúdo da pretensão do autor, e segundo KASER, *Studien zum römisches Pfandrecht II.*, cit., p. 321 [= 101], de impor uma “conduta abstrata”, sem, contudo, incluir o anel de ligação entre obrigação de prestação e consequências da condenação, ou seja, a ausência do adimplemento da obrigação assumida, como ocorre nas *formulae in ius conceptae* dos *iudicia bonae fidei*. De fato, nesses últimos, o problema

seria evitado, ao passo que com o *QUIDQUID OB EAM REM N.m N.m A.o A.o DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA* “die unterstellte Verletzung in den Gegenstand der Verurteilung ein-beziehen, also in das, was als Folge der Treulosigkeit zu leisten ist”. Destaca-se, no entanto, que o motivo das dúvidas de Grosso sobre a reconstrução leneliana parece estar ligado à necessidade de encontrar uma analogia estrutural do papel do *UT INTER BONOS* ... na formula da *actio fiduciae* e da *EX FIDE BONA* nas formulae dos *iudicia bonae fidei*, analogia que poderia explicar a inclusão da *actio fiduciae* no elenco dos *iudicia bonae fidei* (*Appunti sulla formula dell’actio fiduciae*, cit., [= p. 292 ss.]); para uma explicação em outro sentido da inclusão v. *infra*. A hipótese de N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell’epoca repubblicana*, Napoli, 1979, p. 85, [*QUIDQUID [DARE FACERE] <PRAESTARE> OPORTET UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*], que, de um lado, poderia gerar a crítica de Kaser a Pernice, de outro, impõe que se considere o inciso final de Cic. *de off.* 3,17,70 *concepta verba*, o que é desmentido expressamente por um *arbitrium* no qual sabemos que certamente se recorria à cláusula *EX FIDE BONA* (v. Cic. *De off.* 3,16,65-66), baseada na repetição (único caso!) do *oportere* em uma *intentio* (nesse sentido A. BURDESE, *Rc. a N.Bellocci, La struttura della fiducia II*, in *Iura* 34, 1983, 179; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 66-67, n. 233). Também a hipótese de NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, in *Index* 18, 1990, p. 249-250, deixa dúvidas, pois, além de não eliminar a repetição do *oportere*, o autor pensa em uma *intentio* dirigida ao *QUIDQUID DARE FACERE PRAESTARE OPORTET*, dificilmente conciliável com o fundamento da obrigação civil, sobretudo no período muciano (pontual a crítica de D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 66-67, n. 233). No entanto, é diversa a conclusão de J.PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 159, que atribui a natureza *in ius* da *actio fiduciae* como um “ponto ... adquirido”. Pelas razões referidas, ao contrário, ao procurar a explicação da característica da *actio fiduciae* que permite a Q. Múcio a sua inclusão em uma série de ações nas quais seria identificável a expansão do *bonae fidei nomen*, farei referência à *formula in factum* nos termos da reconstrução de Lenel.

62 H. KRÜGER-M. KASER, *Fraus*, in *ZSS.* 63, 1943, p. 170.

63 *Quocirca astutiae tollendae sunt eaque malitia ... Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemve vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur* ... Isso parece-me que condiciona a mesma releitura do modelo muciano em M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides*, cit., p. 427-428.

64 Esta lição de Q. Múcio teria tido um impacto inovativo a ponto de modificar o significado para atribuir à *ex fide bona* na formula, não mais o fundamento de *oportere*,

mas sim como critério determinante o conteúdo da obrigação: no mesmo sentido, por exemplo, E.I. BEKKER, *Die Aktionen*, cit., I, p. 163 e, n. 12; H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der b.f.i.*, cit., p. 196-197; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., II, p. 207.

65 É significativo, na minha opinião, que se qualifique como *summa vis* ([*summa*] *vis*) inerente a esses *arbitria*, a possibilidade de traduzir em regra de conduta e normas prescritivas esses conceitos-valor por meio do poder do juiz, cuja determinação será, além daquilo que as partes queriam, o que cada uma devia reciprocamente, ao mesmo tempo que respeita a ampla idoneidade do preceito da magistratura do decenvirato *UTI LEGASSIT SUAE REI ITA IUS ESTO* de dar plena eficácia jurídica à vontade do testador, Q. Múcio fala de (*latissima*) *potestas* (Pomp. *l. 5 ad Q. Mucium* D. 50,16,120). A *summa vis* foi muito interpretada, ainda que se possa colher uma tendência, na minha opinião não é baseada no modo como o pensamento de Q. Múcio é lembrado por Cícero, quando a relê a característica da *fides bona* como tal, e não como *omnia arbitria in quibus adderetur ex fide bona*. Transforma-o em termos de “weitreichende Bedeutung” H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der b.f.i.*, cit., p. 196; para CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 23 e 26, no interior de sua interpretação da função da *fides bona* como critério que impõe uma *plenior interpretatio* da relação obrigatória do juiz, a *summa vis* é o “conciso espírito e [as] altas finalidades” (ou “vivo espírito” e “fins”); para A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., p. 68, a qual indica o “grande valor” desses *arbitria*; segundo BEHREND, *Die Wissenschaftslehre*, cit., p. 294 [= 32] essa torna o “innere Prinzip” do *bonae fidei [nomen] <genus>* e a p. 296 [= 34] “die rechtsschöpferische Energie” do mesmo princípio; de “Beduetungsfülle dieses Prinzip” fala em *Die bona fides im mandatum*, cit., p. 35; esta tendência de reconduzir a *summa vis* diretamente à *fides bona* e no âmbito de uma função “mais no plano interpretativo do que no plano normativo” surge também em M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione*, cit., p. 137; parecem-me que consideram a *summa vis* como inerente à (*bona*) *fides* também M. KASER, *Ius gentium*, cit., p. 16; W. WALDSTEIN, *Cicero, Servius und die “neue Jurisprudenz”*, cit., p. 129 e 133; de “höchsten Wert” dos *arbitria in quibus adderetur ‘ex fide bona’* fala L. LABRUNA, *Römisches Marktrecht*, cit., p. 236; de “significato profondo” desses *arbitria* atualmente fala M. BRETONE, *Storia de diritto romano*³, cit., p. 135. Não desconheço a importância de uma interpretação que, indubitavelmente sugestiva, considera que a *vis (summa)* em termos de “valor” ou “princípio imanente”, mas considero que essa possa refletir uma tendência de deslocar no plano dos valores uma concepção muciana que caracteriza alguns *arbitria* nos quais estaria presente esta *summa vis*. É mais provável que a *vis* à qual Múcio se refere, no sentido de atividade humana potencialmente prevaricadora (Q. Muc. *l.s. horon* D. 50,17,73,2), é uma conexão com a declaração judicial. Nesse sentido, portanto, reconhecendo à *vis* esta conexão, a frase poderia indicar ser Q. Múcio perfeitamente consciente do risco inerente a tal atividade,

da qua facilmente decorreriam arbitrárias (e, por isso, prevaricadoras) concretizações do conceito-valor. À *summa vis* corresponde, portanto, um *magnus iudex*, que esteja em condições – coadjuvado pelos juristas – de dominar adequadamente esta “força”, sem a ela se sobrepor.

66 Em relação à *actio fiduciae*, gisa-se o que foi destacado por A. BURDESE, *Rc. a N. Belloci, La struttura della fiducia II*, cit., 179, sobre a relação entre o *ut inter bonos bene agier* e o *sine fraudatione*, exatamente a qual teria uma possível modulação dos *concepta verba* da *formula* esmiuçada em perspectiva histórica; a ela adera atualmente J.PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire*, cit., p. 161.

67 Acerca da proveniência do *dictum* muciano, não há certezas e tampouco hipóteses plausíveis: excluída uma referência dele nos *libri iuris civilis* já H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der b.f.i.*, cit., p. 197 mas argumentando pelo *dicebat*; mais recentemente A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., p. 69, hipotizou que em todo caso Q. Múcio não pudesse não considerar que nesses “de qualquer forma” dessas reflexões; A. WATSON, *Law Making in the Later Republic*, Oxford, 1974, p. 156 e n. 4 acentua, no entanto, o *dicebat*; sobre a fraqueza do argumento, vide, porém, M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali*, cit., p. 327, n. 87; e F. BONA, *Cicerone e i libri iuris civilis*, cit., p. 253-254, n. 135; a hipótese de que a proveniência seja dos 18 *libri iuris civilis* repousa no destaque com que Q. Múcio teria usado o *generatim constituere* pomponiano também pela construção de uma classe de *arbitria*, caracterizados pela *summa vis*, pelo nome de *nomen bonae fidei*; v., por exemplo, O. BEHREND, *Die Wissenschaftslehre*, cit., p. 294 [32]; refere-se aos *libri iuris civilis* também BONA, *Cicerone e i libri iuris civilis*, cit., p. 253, como “ocasião” “para solicitar ao jurista a dar ao seu pensamento uma formulação de grande folêgo”, pensamento amadurecido por “uma reflexão contínua sobre a práxis judiciária e jurisprudencial”.

68 J.E. KUNTZE, *Über den mos civitatis als Receptionsanal des jus gentium neben dem prätorischen Edict*, em *Krit.Vierteljahresschrift* 9, 1867, p. 516-517; E. I. BEKKER, *Die Aktionen*, cit., 1, p. 160; H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der b.f.i.*, cit., p. 196; G. GROSSO, *Ricerche intorno all’elenco classico dei bonae fidei iudicia I. Iudicium rei uxoriae*, em *RISG*. n.s. 3, 1928, p. 26-28 (extrato com numeração progressiva) [também em *Scritti storico giuridici III*, Torino, 2001, p. 147-149]; W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element*, cit., p. 9 e, n. 18; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 180-181; o aprofundamento do *bonae fidei nomen* [para o autor, *rectius: b.f. genus*] como momento unificante de uma série de esquemas jurídicos com base aos “innere Prinzip”, exprimeria, para BEHREND, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht*, cit., p. 294

[34] pensamento genuinamente histórico; a hipótese não tem o consenso de F. HORAK, Rc. em ZSS. 95, 1978, p. 402 ss. e de M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Q. Múcio*, cit., p. 343 nn. 154-155; 350, n. 184; no entanto, v. em relação aos parágrafos de Cícero do *De off.*, W. WALDSTEIN, *Cicero, Servius und die "neue Jurisprudenz"*, em *Iura*. XLIV, 1993, p. 129 ss. Para KASER, *Ius gentium*, cit., p. 14-17, a hipótese de Behrends, em relação ao conteúdo do *ius gentium*, resta um problema em aberto. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., p. 68-73, reconhece a particularidade da operação lógico-sistemática refletida em Cic. *De off.* 3,17,70 na constatação que "il quadro concettuale che chiude e unifica aspetti diversi del *ius* non è più qui il modello di una figura giuridica, ... ma è, per così dire, il paradigma di un valore ideale, di un carattere etico, sottratto al suo contesto reale, e presentato come formalizzato entro una categoria razionale" (p. 70-71). Na minha opinião, contudo, a transmutação de um conceito-valor em "una tipizzazione generale di comportamenti individuali" através da sua inclusão nas *formulae* de ações, impede sua qualificação em termos de "criterio astratto" (p. 71), ao passo que a sua configuração como "elemento interno della ... struttura" do negócio, comporta uma necessária tradução concreta, em regras de conduta a partir de um exata concepção social. O risco, entretanto, é o de descontextualizar o conceito-valor do corpo social do qual é tutelador e tradutor, tratando-o como um modelo abstrato de indivíduo, e de tal forma determinando, no meu modo de ver, um inconsciente empréstimo de concepção individualista. Sobre o risco ínsito na utilização da categoria de abstração conceitual, v., no entanto, em uma concepção mais ampla e profunda da hipótese interpretativa de Schiavoni, o destacado por M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 346-347, nn. 177-178.

69 *Manare latissime* que é conexo ao *nomen bonae fidei*, logo não é uma mera constatação formal, mas substancial: exatamente como já destacava G. BESELER, *De iure civili Tullio duce*, cit., p. 338-339. Frisa a origem inovadora da constação de Q. Múcio com base no *existimare* H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der b.f.i.*, cit., p. 197-198.

70 A *actio negotiorum gestorum* com *formula in ius (ex fide bona)* parece ter sido introduzida entre o ano 70 a.C. e o ano 44 a.C. (Cic. *Top.* 17,66); v. mais atual sobre o ponto G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I*, cit., p. 167 ss.; também a *actio depositi* com *formula in ius (ex fide bona)* é certamente sucessiva àquela com *formula in factum* Gai. 4,47; já em relação à ausência de inclusão da *actio rei uxoriae* no elenco muciano, diferentemente de Gaio, v. *infra*, n. 71.

71 O critério de organização nas Instituições de Justiniano é exclusivamente o da ampla extensão do *officium iudicis* independentemente de um expreso fundamento para

tal extensão na fórmula, v. I. 4,6,30. Em relação à natureza *bonae fidei* dos juízos divisórios e à polêmica recorrência nas *formulae* relativas a uma explícita recorrência à *fides bona* cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale I. Divisio e vindicatio*, em *AUPA*. XLII, 1992, p. 322-324, nn. 88-90; 416-417, n. 102.

72 Considerando-se que a *actio rei uxoriae* certamente não continha a cláusula *EX fide bona* mas sim *aequius melius*, e sendo conhecida já desde o pai de Q. Múcio, Publio Múcio Scevola (D. 24,3,66 *pr.*), a razão dessa inicial exclusão do elenco Múcioano poderia ser explicada não tanto em termos da natureza exemplificativa do elenco em Cic. *De off.* 3,17,70 (assim entendo, contudo, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., I, p. 179; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei b.f.i. I. Iudicium rei uxoriae*, cit., p. 28 [= *Scritti*, cit., III, p. 149]; veja-se conclusão diversa de B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, em *AUPA*. VII, 1920, p. 182 ss.), mas como dificuldade que levou Q. Múcio a excluir do *manare latissime* do *nomen bonae fidei* a *actio rei uxoriae* com uma *formula* (*in factum* così LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 295-296) a qual já continha um apelo ao *bonum et aequum*, provavelmente em conexão à concessão ao juiz de poderes de condenar ou absolver o réu. Esta dificuldade, conexa ao papel e ao significado do conceito-valor inserido nos *concepta verba*, foi superada no período pós-muciano, antes mesmo do ano 44 a.C. (Cic. *Top.* 17,66), aprofundando o amplo *officium iudicis* que graças ao reclamo do *bonum et aequum* também a *actio rei uxoriae* fundaria. A dificuldade está, portanto, seja na função, visto que, segundo a reconstrução dominante (O. LENEL, *op. ult. cit.*, p. 295-296; M. KASER, R. a A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, em *ZSS.* 71, 1954, R.A., p. 438, n. 25; A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien, 1969, p. 137-140; no entanto, pensando em uma inclusão do *AEQUIUS MELIUS* na *intentio* A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., p. 88-91) o conceito parece ter sido formalizado nos *concepta verba* dell'azione *rei uxoriae* em termos de poder de adaptação pelo juiz da condenação nisso (*QUOD EIUS AEQUIUS MELIUS ERIT, EIUS IUDEX NM NM AAE AAE CONDEMNATO S. N. P. A.*) (sobre o ponto, v. as prudentes colocações de L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 198 ss.); seja no significado do conceito-valor (*bonum et aequum*) não identificável, nem assimilável à *fides bona*; fundamental F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, em *ZSS.* 52, 1932, p. 121-122; no mesmo sentido M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides*, cit., p. 434-435. [Em relação à experiência jurídica contemporânea, com conexões às suas raízes romanas, v atualmente F. D. BUSNELLI, *Nota in tema di buona fede ed equità*, em *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., I, p. 225 ss.].

73 *Quid quemque cuique praestare oporteret* é extremamente ligado a *statuere*; G. BESELER, *De iure civili Tullio duce*, cit., p. 340. Esses não são *concepta verba* em sentido formular (O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 254, n. 3; V. ARANGIO-RUIZ, *Il*

mandato, cit., p. 95; F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, em ZSS. 69, 1952, p. 329), mas indicam exatamente com clareza o âmbito de incidência (conteúdo da obrigação) da concretização judicial do princípio da boa-fé. *Praestare* aqui indica a concretização judicial do *dare facere* formular. Para A. PERNICE, *Labeo*, cit., C [= II,1²], isso teria imposto ao julgador condenar o réu nos termos definidos pela prática comercial. L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 191, destaca o momento criativo, ao passo que o mesmo juiz-árbitro refere-se “a un modello ... che egli concorre a formare nella sua tipicità”, determinando, assim, o *QUIDQUID ... OPORTET EX FIDE BONA*. Por sua vez, BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen, 1876 (rist. Aalen, 1965), p. 653 s. observou uma expressão concreta no *quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt [iurisconsulti], si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere* (Cic. *De off.* 3,16,65 sobre o qual v. próximo parágrafo).

74 A parentética *praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria* não deve ser entendida em sentido técnico (*iudicia contraria*), mas sim como expressão, na maior parte dos negócios relacionados, relações obrigatórias tuteladas por ações autônomas contrapostas; v. A. PERNICE, *Labeo*, cit., C [= II,1], p. 258, n. 1; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 155-156; G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, cit., 35-36; F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, cit., 322 e 329; F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., p. 213-214; H.-P. BENHÖR, *Das sog. Synallagma*, cit., p. 16-17; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1996², p. 344, n. 5.

75 É uma profunda mudança de perspectiva, que, em matéria de relações obrigacionais, terá o seu próprio futuro segundo NÖRR, *Die Fides im römischen Völkerrecht*, cit., p. 44. Para certos autores esta noção de *fides bona* não seria a originária, mas sim aquela introduzida exatamente por Q. Múcio ou mesmo refletida na construção muciana. Na fórmula originária, a *ex fide bona* teria o papel de fundamento (*sine lege*) do *oportere*. Reconhecendo esse papel fundante do *oportere* à *fides bona* inserida nas *formulae*, F.K. SAVIGNY, *System*, cit., V, p. 490; para H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der b.f.i.*, cit., p. 191-192, essa tinha um papel de fundamento do *oportere* no que diz respeito a relações não tuteladas *ex lege* (*iudicia sine lege = arbitria*), em um significado análogo ao *oportere* <*ex iure gentium*>; nesse sentido, como *oportere* fundado não na lei nos costumes, V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, 1912, cito da *Scritti di diritto romano* I, 1974, p. 359, n. 2 e mais amplamente em *La compravendita*, cit., II, p. 206-207 como “precetti scaturenti da quelle consuetudini del commercio internazionale alle quali si ispirava lo *ius gentium*”; v. também M. KASER, *Das altrömischen ius*, cit., p. 270 ss.; ID., *Oportere und ius civile*, cit., p. 1 ss. e 46. Essa hipótese ganhou expressa demonstração, para além das felizes intuições interpretativas de mestres como Savigny, Krüger, Arangio-

Ruiz e Kaser, com W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element*, cit., que afirmou como todas as ações nas quais exista uma *intentio* concebida *in ius* contendo um *oportere* sem a cláusula *ex fide bona* “eine gesetzliche Grundlage nicht nur vermuten, sondern mit Bestimmtheit angeben läßt” (p. 4 e em nota: XII Tav.: *a. aquae pluviae arcendae*; *a. auctoritatis*; *a. de modo agri*; *a. de pastu pecoris*; *a. de pauperie*; *a. de tigno iuncto*; *a. ex sponsione* [e quindi poi *ex stipulatu*]; *a. ex testamento* [in base a XII tab.: *UTI LEGASSIT ...*]; *a. familiae erciscundae*; *a. finium regundorum*; *a. furti nec manifesti*; *a. rationibus distrahendis*; Legge Silia: *a. certae creditae pecuniae*; Legge Calpurnia: *a. certae creditae rei*; Legge Licinia: *a. communi dividundo*; Legge Aquilia: *a. damni iniuria dati*; Legge Publilia: *a. depensi*). A escolha originária da *iurisprudencia* dos séculos III-II a.C. de relacionar a cláusula *ex fide bona* a um *oportere* não teria tido somente o sentido de “Maßstab für den Inhalt des Anspruchs, sondern in erster Linie Verpflichtungsgrund” (p. 5). As críticas sobre esse ponto de L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 184 ss., não me parecem, contudo, decisivas. Dizer que a *fides bona* não tem “forza generatrice” da ação (p. 188), parece-me contrariar a demonstração lógica que nos propomos a fazer. No *lege agere*, o *oportere* é vínculo *ex lege* ou *ex moribus*, próprio do *ius civile* mais antigo; M. KASER, *Oportere und ius civile*, cit., p. 42-43. A construção de um *oportere ex fide bona* é expressão de *concepta verba*, elaborados pela *iurisprudencia*; de fato o pretor não podia “creare un vincolo di diritto sostanziale qualificabile come *oportere*” (G. PUGLIESE, *Rc. a Magdelain, Les actions civiles*, in *SDHI*. 20, 1954, p. 381): esses são fruto de uma transposição do *solemne verbum*, que indicava a obrigação entre romanos na tradição das *legis actiones*, no âmbito das contratações comerciais entre estrangeiros e romanos, ao qual este esquema jurídico é considerado substancialmente correto (acerca das razões desta concepção, não é possível, porém, aprofundá-las nesta sede), mas somente relacionar com a fonte (*ex fide bona*). Só uma *iurisprudencia* de alto nível poderia, frente a acordos (*pacta conventa*) entre romanos e peregrinos, que por meio das trocas comerciais se tipificavam em *emptions*, *venditiones*, *locationes*, *conductiones*, *mandata*, *societates*, desenvolver uma tutela típica em termos de *formulae* de ações *in ius conceptae* (abandonando ou então não utilizando a opção da *formula in factum*), nas quais a pretensão é considerada homogênea (ainda *QUIDQUID DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA*) ainda que conexas aos diversos tipos negociais por meio da *demonstratio*. Sobre o problema, cfr. F. GALLO, *Ius gentium e bona fides*, cit., p. 137 ss.

76 Nesse sentido, interpretam o *adderetur* L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., p. 188-189; B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn*, cit., p. 361-362.

77 G. GROSSO, *Buona fede (premesse romanistiche)*, em *ED*. V, 662. Nos limites em que se pretende dar um preciso significado histórico ao elenco muciano, em relação aos

outros elencos que depois foram transmitidos de geração em geração pela literatura institucional, poder-se-ia propor a hipótese de que o processo de inclusão da *actio rei uxoriae* nos *iudicia bonae fidei*, na frente de um homólogo teor formular, no curso do tempo, esteja ligado ao superamento, após Q. Múcio, de uma dificuldade conceitual que revestia a operação classificatória do Pontífice. Mesmo que neste campo de considerações haja o risco de meras especulações, uma possível interpretação poderia ser reconhecida exatamente no papel distinto que a cláusula *melius aequius* assume na estrutura da *formula*, em contraposição àquela *ex fide bona*; v. *supra*, n. 71.

78 A. PERNICE, *Labeo*, cit., E [= III], p. 124; G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, cit., p. 283-284; ainda que em conexão a uma *formula in ius concepta* dell'*actio fiduciae*; M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, cit., p. 326 [= 106], em vez da *formula in factum concepta*.

79 Così G. BESELER, *De iure civili Tullio duce*, cit., p. 339.

80 H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der b.f.i.*, cit., p. 198; G. BESELER, *De iure civili Tullio duce*, cit., p. 340; *magnus iudex = iudex paratus* para A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 24-25 e 32.

81 Sobre o ponto v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano II. Il processo formulare*, 1, Milano, 1963, p. 215 ss.

82 Acerca da *lex* v. G. ROTONDI, *Leges*, cit., p. 313-314.

83 G. ROTONDI, *Leges*, cit., p. 369.

84 No âmbito doutrinário, há divergência de interpretação sobre a extensão da *lex Sempronia iudiciaria*, se ela representava uma reforma geral, ou então se ela poderia ser considerada circunscrita somente à *quaestio repetundarum*. O panorama da discussão reflete o panorama das fontes (Tac. *ann.* 12,60: ... *cum Semproniis rogationibus equester ordo in possessione iudiciorum locaretur*; Varr., *De vit.pop.Rom.* IV apud Non. s.v. *bicipitem*: ... *iniquus* [scil. C. Gracco] *equestri ordini iudicia tradidit ac bicipitem civitatem fecit, discordiarum civilium fontem*; Flor. *Epit.* 2,4,5: *Iudiciaria lege Gracchi diviserant populum Romanum, et bicipitem ex una fecerant civitatem equites Romani*; Vell. Pat. II,6,2: *Qui ... iudicia a senatu transferebat ad equites*; II,32,3: *Per idem tempus Cotta iudicandi munus, quod C.Gracchus ereptum senatui ad equites, Sulla ab illis ad senatum transtulerat*; v. ainda App. *Bell. civ.* I,22 em contraste com Liv. *Per.* 60: *Tertiam qua equestrem ordinem,*

tunc cum senatu consentientem, corrumpere, ut sexcenti ex equitibus in curiam sublegerentur, et quia illis temporibus trecenti tantum senatores erant, sexcenti equites trecentis senatoribus admiscerentur, id est, ut equester ordo bis tantum virium in senatu haberet; Plut. C. Gracch. V,1 que porém fala em 300 cavaleiros). V. no sentido da primeira referência, por exemplo, L. GUENON, *La lex Sempronia judiciaria*, em *Études Girard*, I, 1913, p. 85 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., II, 1, p. 216 ss.; W. KUNKEL, *Quaestio*, in *PWRE*. XXIV, 1963, col. 750; O. BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung*, Göttingen, 1970, p. 55 e n. 10; A. LINTOTT, *Judicial Reform and Land Reform in the Roman Republic*, Cambridge, 1992, p. 168-169; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998², p. 113-115 e nel secondo, P. FRACCARO, *Sulle leges iudicariae romane*, em *Rend. Ist. Lomb. Sc. e Lett.* 52, 1919, p. 335 ss. especialmente 355 ss.; G. TIBILETTI, *Le leggi de iudiciis repetundarum fino alla guerra sociale*, em *Athenaeum* 31, 1953, p. 5 ss. especialmente p. 33 ss.; F. SERRAO, *I iudicia repetundarum (Rassegna)*, em *Studi Romani*, II, 1954, 196 ss. [=cito da *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa s.d., p. 277 ss.]; ID., *Repetundae*, in *NNDI*. XV, 1968, p. 454 ss. [cito da *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, cit., p. 207 ss. especialmente 212-213]; C. NICOLET, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-43 av. J.-C.)*, Paris, 1966, I, p. 479; C. VENTURINI, *Studi sul crimen repetundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979, p. 7-10; ID., *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, p. 226-228; com prudência M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 50.

85 F. GORIA, *Ricusaione del giudice e iudices electi da Costantino a Giustiniano*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, Atti del Convegno di Modena maggio 1998, a cura di S. PULIATTI-A. SANGUINETTI, Milano, 2000, p. 155. O recurso à escolha *extra album* do *iudex unus* deveria ser menos frequente também na opinião de G. NICOSIA, *Giudice nel processo privato romano*, em *Digesto IV disc. priv. civ.*, IX, 1993, p. 91-92. Acerca da complexidade do sistema da *relectio iudicum* resultante da *lex Irnitana*, peço permissão para citar o meu *Designazione e scelta del iudex unus alla luce della lex Irnitana*, em *Rend. Mor. Acc. Lincei* s. IX, v. III, 1, 1992, p. 56-60. Sobre *iudices* estrangeiro, e, portanto, necessariamente escolhidos *extra album* v. Gai. IV,105. Uma *conventio de iudice addicendo* estabelecida entre *personae* em condição de libertas, e relativa a um juiz, por sua vez, liberto, logo *extra album*, é lembrada em TPSulp. 22 (= TP. 58); v. quanto a este ponto G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, Roma, 1999, p. 75-78 e sobre o *status* e a classe social dos C. Sulpici v. p. 22 ss.; 26 ss.

86 Polib. 6,17,7: ἐκ ταύτης ἀποδίδονται κριταὶ τῶν πλείστων καὶ τῶν δημοσίων καὶ τῶν ἰδιοτικῶν συναλλαγμάτων, ὅσα μέγεθος ἔχει τῶν ἐγκλημάτων. Que concede

status no século II a.C.: M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 49 e n. 28.

87 Parece-me significativo, além da utilização “principal” da *fides bona* do pró-magistrato Q. Múcio na Ásia para mitigar as prevaricações dos publicanos na província [v. *supra* 10.2], a lembrança emblemática do juiz Fimbria (*De off.* III, 19, 77), *homo novus* de *status* consular, *nec rudis in iure civili* segundo Cic. *Brut.* 129 (C. Flavius Fimbria *cos.* 104 a.C.; W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, rist. inalt. 1967², Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 16-17), o qual, devendo julgar o cavaleiro Lutazio Pinzia (*sanus honestus*) segundo o modelo do *vir bonus*, recusou-se: *Itaque ei dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum, ne aut spoliaret fama probatum hominem, si contra iudicavisset, aut statuisse videretur virum bonum esse aliquem, cum ea res innumerabilibus officiis et laudibus contineretur ...* Surge aqui, de um lado, a dificuldade de concretizar o critério do *bonus vir*, em modo, poderia se dizer, desligado de uma função negocial tipificada (“seul ne se prêtait pas à une évaluation concrète” segundo B. SCHMIDLIN, *La fonction de la demonstratio*, cit., p. 722) e, de outro lado, um conflito de modelos de *bonus vir* que expressam visões diversas em relação a corpos sociais diversos. Em suma, notam-se diferentes modulações do conceito a partir do corpo social que se requer e que se encarrega de nele traduzir a força prescritiva em concretas regras de conduta.

88 V. a propósito G. GROSSO, *Buona fede*, cit., p. 661 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, cit., *passim*; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., p. 69-70; L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, em AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino s.d., 83 ss.; D. NÖRR, *Die Fides*, cit., p. 42-44; A. CASTRESANA, *Fides, bona fides*, cit., p. 56 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Bona fides*, cit., p. 77 ss.

89 O que em Roma nunca se traduziu em uma generalização em termos de conceito jurídico indeterminado, ou, ainda pior, de “cláusula em branco”, análoga às hipóteses modernas da *Leerformeln* e aos seus pressupostos ideológicos na doutrina do direito livre; v. a crítica pontual de M. KASER, *Rc.* a CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, em *ZSS.* 82, 1965, p. 417-418, que não é prejudicada pela réplica: A. CARCATERRA, *Ancora sulla “fides” e sui bonae fidei iudicia*, in *SDHI.* 33, 1967, p. 89. [Sobre o ponto v. também, *infra* 10.2.3].

90 Para uma reconstrução exemplar do fenômeno, v. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., II, p. 208-209.

91 A reconstrução muciana, coerente com Pomp. *l. 4 ad Q. Mucium* D. 46,3,80 i.f., demonstraria uma “correspondência entre a visão processual, ... e a substancial”, “como

eram as ações ... *empti, venditi, locati e conducti*, assim se individualizavam, no plano negocial, a compra, a venda, a locação e a condução “, dando “preferência, na representação, ao ponto de vista subjetivo, segundo o qual outro é a compra, e outro é a venda...”. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 37-38, construção que foi superada no tempo “no plano substancial, no qual se deu destaque à unidade do negócio...”.

92 Exatamente B. SCHMIDLIN, *La fonction de la demonstratio dans les actions de bonne foi*, cit., p. 719.

93 Cic. *De off.* 3,16,65-67: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, [...], a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta: quicquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. / Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius: huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adigit, “QUIDQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA”. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater [...]. Is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. / Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor...*

94 F. BONA, *Cicerone e i “libri iuris civilis”*, cit., p. 217-219 e 221; sobre a *causa v.*, além dos autores citados no meu, *L’obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1995, p. 154 ss.; M. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, cit., p. 66-68 [F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., p. 153; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 136-137]. Na *causa* entre Gratidiano e Orata lembrada em Cic. *De off.* 3,16,67, Licínio Crasso (da mesma geração de Q. Múcio) revela que já se considerava como *ius* consolidado a regra sobre “*Quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari*”. Para as fontes jurídicas v. Pomp. *l.* 31 *ad Q. Mucium* D. 18,1,66,1: *Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoravit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo [...] eam servitutum amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum*; Cels. *l.* 8 *dig.* D. 18,1,59: *Cum venderes fundum, non dixisti ‘ita ut optimus maximusque’: verum est, quod Quinto Múcio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere...*; cfr. con D. 21,2,75.

95 F.K. VON SAVIGNY, *System*, cit., V, p. 463 ss.

96 A. PERNICE, *Labeo*, cit., C [= II,1²], p. 170 ss.

97 A. PERNICE, *Labeo*, cit., C [= II,1], p. 196 na parte conclusiva afirma: “... sich schwerlich eine scharfe Grenze zwischen *Aequitas* und *bona fides* und zwischen dem, was der Richter *ex fide bona* und auf Grund seines Arbitriums (*ex arbitratu tuo*) zu urteilen befugt ist, wird ziehen lassen”.

98 Digna de nota a caracterização que recentemente B. BISCOTTI, *Dal pacere al pacta conventa* cit., destacou em relação aos *arbitria in quibus additur “ex fide bona”*, na qual a *fides bona* acrescentada teria tido o resultado de limitar “o modelo originário de resolução equitativa das controvérsias” exatamente dos *arbitria ex compromisso*, “graças ao temperamento da *infinita largitio* típica do processo arbitral com a exigência de certeza do direito, realizada no ancoramento do juízo à *fides bona*”, p. 311, vd. p. 303 ss.

99 “*Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*”. *quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est...*

100 A propósito, v. o que foi notado em *Il periculum e le usurae nei giudizi di buona fede*, em *L’usura ieri ed oggi*, a cura di S. TAFARO, Bari, 1997, p. 56-59, no qual se refere à bibliografia mais recente.

101 L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, cit., p. 91.

101-bis M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., p. 197, destaca a “diferenciação entre a *bona fides* e a *depositi natura*”, mesmo que, após, “esses dois esquemas” converjam “no sentido de excluir – ... – a possibilidade de requerer as *usurae temporis ante moram* no depósito irregular”.

102 G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, cit., p. 210 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 214 ss.

103 Tomo em empréstimo, aqui, as expressões de F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 214-215 em relação à rica contribuição de Labeão sobre a matéria; v. também, do mesmo autor, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, na Revista Roma e América, 7, 1999, p. 17 ss., especialmente p. 24.

104 F. DE VISSCHER, *Labéon et les ventes forcées de terres aux vétérans des guerres civiles*, em *Études de droit romain public et privé*, Milano, 1966, III, p. 293 ss.; considera-a uma convincente colocação “como uma moldura geral” M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio em Lab. 4 post.a.Iav. epit. D. 19,1,50*, em *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo*, Napoli, 1997, p. 383, criticando a outra liha interpretativa que concretizava o *legis beneficium* nas *leges de novis tabulis* (preferida, ao contrário, por O. BEHREND-S. KNÜTEL-B. KUPISCH-H.H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung Digesten 11-20*, III, Heidelberg, 1999, p. 551, n. 1), ainda que “essa identificação não criaria uma grande diferença em relação àquela aqui preferida” (p. 385, n. 114).

105 Para H.-P. BENHÖR, *Das sog. Synallagma*, cit., p. 8, talvez, a generalização é devida à “eine spätere Hand”; TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., p. 387-388, considera difícil imaginar uma intervenção diferente daquela dos compiladores, dada a proveniência do fragmento da série-Labeão (que tornaria menos provável a intervenção de Javoleno) e dada a natureza da obra (que tornaria impossível pensar em modificações no período pós-clássico) (387, n. 124). Ele não exclui, mas, no entanto, considera menos plausível a intervenção do anônimo curador da publicação póstuma dos pareceres labeonianos, no sentido de uma prudente generalização do parecer, quanto à concreta decisão cujos efeitos se desejava limitar (p. 388, n. 126). Contudo, na minha opinião, uma interpretação que não renuncie a ter como premissa a notória posição labeoniana em relação às transformações políticas em curso (Aul. Gell. *Noct.Att.* 13,12,3-4), poderia induzir a impressão que a generalização seja mesmo do jurista do período de Augusto, quase como a reforçar o argumento adotado, superordenando o princípio da boa-fé à força de incidência de qualquer *lex* e não exclusivamente da concreta decisão do *princeps* que havia originado o parecer; sobre o “conflito entre dois sistemas normativos distintos” que a passagem evoca, insiste, entretanto, também TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., p. 395 ss.

106 Isso não exclui, no entanto, que a ênfase da construção remonte também a incidência da interpretação do jurista sobre os efeitos concretos que a decisão buscava; sobre o ponto, v. M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., p. 388-389.

107 F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 219-220 [A. GUARINO,

Il gusto dell'esegesi D. 19,1,50, em Il ruolo della buona fede oggettiva, cit., II, p. 265 ss., especialmente p. 269-270].

108 L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica*, em *Il contratto inadempito* III Congresso Internazionale ARISTEC, Ginevra, settembre 1997, Torino, p. 43 e n. 47; EAD., *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in *Iura XLVIII*, 1997 [publ. 2002], p. 135 ss.; M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., p. 401 ss.

109 M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio*, cit., p. 398 ss.

110 *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 213.

111 *Synallagma e conventio*, cit., I, p. 219.

112 Sobre o problema do *periculum emptoris* e a sua maturação, não há uma *communis opinio*; para as duas posições contrapostas, v. M. TALAMANCA, *Considerazioni sul periculum rei venditae*, em *Seminarios Complutenses*, 7, 1995, p. 217-296; M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000.

113 ... *nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*. Sobre a passagem, mais recentemente M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, cit., p. 374-377.

114 Em relação R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, Napoli, 1999, p. 80-111, especialmente sobre D. 19,2,15,2; D. 19,2,27 *pr.*; D. 19,2,30,1; D. 19,2,30 *pr.*; D. 19,2,35 *pr.*

115 D. 19,2,15,2 = PSI. 1449 *versus* Ulpianus l. 32 *ad edictum: Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori <hoc nomine> aliquid praestare debeat videamus. <et refert [Pomponius?]> Serviu[s]<m> omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere [ait] <existimasse>, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re orientur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo*

fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit.

116 Alf. l. 2 dig.: *Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret.*

117 Afric. l. 8 quaest.: *Si fundum quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis...*

Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.

118 Alf. l. 3 digest. a Paul. epit.: *Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si id qui totum conduxerat ex conducto ageret. respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non*

fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

119 Labeo l. 4 poster. epit. a Iavoleno: *Quod si domi habitatione conductor aequae usus fuisset [praestaturum]<partis>, etiam eius domus mercedem, quae vitium fecisset, deberi putat. Idem iuris esse, si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret. sed si locator conductori potestatem conducendae domus non fecisset et is in qua habitaret conduxisset, tantum ei praestandum putat, quantum sine dolo malo praestitisset. ceterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse.*

120 Labeo poster. l. 5 a Iav. epit.: *Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis Iuliis resecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.*

121 V. também L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1995, p. 143 ss.

122 G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, cit., p. 143-146; 198-199; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, p. 218.

123 Regras que decorrem da concretização do princípio: a compensação de prestações acessórias no *iudicium mandati* (D. 17,1,10,9); a regra: *casus a nullo praestantur* (Sabino D. 50,17,23; D. 16,3,14,1; D. 19,2,59; Cels./Ulp. 17,2,52,1.3; D. 16,3,1,35; D. 13,6,18 pr.; C. 4,24,6); a regra sobre os diversos critérios de imputação da responsabilidade contratual segundo a *utilitas contrahentium* (D. 30,108,12; D. 13,6,5,3; D. 50,17,23); a nulidade do pacto *ne dolus praestetur* (Cels./Ulp. D. 50,17,23; D. 16,3,1,7); a nulidade das prestações contra o bom costume (D. 22,1,5; D. 17,1,12,11; D. 17,2,3,3); a integração do conteúdo do contrato com base aos costumes locais (Ulp. D. 19,1,11,1 *bonae fidei congruit...*; D. 21,1,31,20); o débito das *usurae* (Pap. D. 16,3,24); *Bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat* (D. 17,1,10,3); *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* (D. 50,17,57).

124 *Liber iud. [= Fuero Juzgo] 5,4,7: venditiones haec forma servetur ... nemo propterea firmitatem venditionis inrumpat eo quod dicat rem suam vili pretio vendidisse*

[= “Si alguno omne vende ... non se deve por ende desfazer la vendición, porque diz que le vendió por poco”].

125 *Por miedo, o por fuerça comprando o vendiendo algun ome alguna cosa non deve valer; ante dezimos que deve ser desfecha, la compra, si fuer provado que la fuerça o el miedo fue a tal, que lo ovo de fazer maguer le pesasse. e como quier que la vendida fuesse fecha por jura o por peño, o per fiadura, o por pena, que fuesse y puesta, non deve valer. Ca despues que la vendida o la compra, que es el principal, non vale, non deven valer las otras cosas que fuessen puestas por razon de ella. Otrosi dezimos, que se puede desfazer la vendida, que fue fecha, por menos dela meytad, del derecho precio, que pudiera valer en la fazon que la fizieron. E si el vendedor esto pudiere provar, puede demandar al comprador, quel cumpla sobre aquello que avia dado por ella, tanto quanto, la cosa estonce podria valer, segundo derecho. E si esto non quisiere fazer el comprador, deve desamparar la cosa al vendedor, e recibir del el precio que avia dado por ella. ‘E por menos del derecho precio’: podria ser fecha la vendida, quando dela cosa que vale diez maravedis, fue fecha por menos de cinco maravedis. Otrosi dezimos, que si el comprador pudiere provar, que dio por la cosa mas de la mitad del derecho precio, que pudiera valer en aquella fazon que la compro, que puede demandar se desfaga la compra, o que baxe el precio, tanto quanto es aquello que demas dio. E esto seria como si la cosa que valiesse diez maravedis, que diesse por ella mas de quinze...*

126 Sobre o ponto, v. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1983⁴, 268 ss.

127 Ley I tit. 17 do Ordenamiento de Alcalá: *Si el vendedor ó comprador de la cosa dixere, que fué engañado en mas de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dixere, que lo que valió diez vendió por ménos de cinco maravedís, ó el comprador dixere, que lo que valió diez dió por ello mas de quinze; mandamos, que el comprador sea tenido de suprir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fué comprada, ó de la dexar al vendedor, tornándole el precio que rescibió, y el vendedor debe tornar al comprador lo demas del derecho precio que le llevo, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió: y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios...*

128 *Paresciendo que alguno se quiso obligar á otro por promisión ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción, que no fué hecha estipulación, que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato ó obligación entre ausentes, ó que no fue hecho ante Escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de*

otros entre ausentes, ó que se obligó alguno, que daría otro, ó haría alguna cosa; mandamos, que todavía vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en qualquier manera que parezca que uno se quiso obliga á otro.

129 Sobre o ponto v. A. LEVAGGI, *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, Buenos Aires, 1982, 24-25; ID., *Manual de historia del derecho argentino*, II, Buenos Aires, 1987, 165-166.

130 Cfr. A. LEVAGGI, *Manual de historia del derecho argentino*, I, Buenos Aires, 1998², 154 ss.

131 *Manual de historia del derecho español I. El origen y la evolución del derecho*, Madrid, 1982⁹, p. 417.

132 A. LEVAGGI, *Manual de historia del derecho*², cit., I, p. 155-156.

133 F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho*⁴, cit., p. 342-343; A. LEVAGGI, *Manual de historia del derecho*², cit., I, p. 176.

133-bis O que encontra um obstáculo, do ponto de vista de um aprofundamento das atuações judiciais do princípio, em América Latina antes do processo de independência, na ausência de motivação da sentença nos Tribunais das Índias, conforme o exemplo castelhano; sobre o ponto, v. V. KLUGER, in AA.VV., *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, 2004, p. 101-102.

134 R. LEVENE, *Historia del Derecho Argentino II. Historia de las Instituciones del derecho público y privado indiano*, Buenos Aires, s.d. mas 1946, II, p. 234-235. V., por exemplo, *Rec. de leyes de las Indias* 2,3,18.

135 Cfr. G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln-Graz, 1964, *passim*, especialmente sobre a importância da justiça comutativa no direito dos contratos, p. 81 ss.; em relação a sua “doutrina colonial”, v. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *La doctrina colonial de Francisco de Vitoria o el derecho de la paz y de la guerra*, Salamanca, 1993, p. 41 ss.; I. TRUJILLO PÉREZ, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Torino, 1997, p. 7 ss. Acerca da influência da segunda escolástica espanhola no direito privado moderno, v. AA.VV., *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Atti ottobre 1972, a cura di P. GROSSI, Milano, 1973.

136 Cito a reimpressão anastática da edição de New York de 1827, que foi republicada em segunda edição.

137 S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999², p. 283.

138 V. A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática del código de Andrés Bello*, em *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Caracas, 1987, p. 326 ss.; S. SCHIPANI, *Las definiciones de contrato nel sistema jurídico latinoamericano*, em *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, II, Universidad Externado de Colombia, 2001, especialmente p. 37 ss.

139 S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 314; v. também p. 292 ss.

140 Por todos, S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 43 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en iberoamérica*, Santiago de Chile, 2000.

141 O *Proyecto de Código Civil* de 1851 para a Espanha, de García Goyena, fixando, por sua vez, o princípio que *solus consensus obligat* (art. 978), recupera com maior força o papel da boa-fé como critério de integração do conteúdo contratual além do desejado pelas partes: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan, no solamente al cumplimiento de lo espresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, segun su naturaleza, son conformes a la buena fé, al uso o la ley”.

142 V. *infra*, n. 146. [Para as doutrinas de base do art. 1.134 do Código Napoleão, v. recentemente G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull’andamento parabolico delle clausole generali*, em *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., I, p. 155 ss., especialmente p. 160 ss.].

143 Cc. Bol. (1830) *art. 725*: “Toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley respecto de las partes contratantes. No puede ser revocada sino por consentimiento mutuo o por las causas que la ley autoriza. Debe ser ejecutada de buena fe”.

Art. 726: “Las convenciones obligan no sólo a lo que se ha expresado en ellas, sino también a todo lo que la equidad, el uso o la ley concede a las obligaciones, conforme a su naturaleza”.

144 A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en iberoamérica*, cit., p. 329 ss.

145 V. A. GUZMÁN BRITO, *Estudio histórico-crítico*, em *El "proyecto no completo de un código civil para Chile escrito por el señor D. Mariano Egaña"*, Santiago de Chile, 1978, p. 11 ss.

145-bis V., de recente, mais exatamente sobre o papel da boa-fé no Código Civil chileno, A. GUZMÁN BRITO, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, em *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, p. 293 ss.

146 C. E. DELVINCOURT, *Corso di Codice civile*, Napoli, 1828, VI, p. 129.

147 A. DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il codice francese*, Napoli, 1842, VI, p. 109-110, tende a cindir, ainda que ligando ao último inciso do art. 1.134 e o art. 1.135, a boa-fé das fontes de integração do conteúdo do contrato previstas no art. 1.135 [equidade, uso, lei], e considera que seja imposto pela equidade em relação à natureza de uma compra e venda a obrigação do vendedor de entregar ao comprador não somente os títulos que lhe asseguram a propriedade, mas também todos aqueles relativos à coisa que deveriam ser úteis. C.B.M. TOULLIER, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, Palermo, 1853, III, p. 429, é ainda mais explícito ao destacar essa diferença entre direito romano e francês, ao passo que as convenções não vinculam quanto à boa-fé, mas a equidade impõe às partes segundo a natureza das obrigações assumidas.

148 Fundamental A. GUZMÁN BRITO, *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el derecho chileno*, em *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 18-19, 1981, p. 111 ss.

148-bis Nesse sentido, recentemente, também A. GUZMÁN BRITO, *La buena fe*, cit., p. 298-299.

149 L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, X.1, reimpressão, Santiago de Chile 1979, p. 495.

150 F. FUEYO LANERI, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990, p. 143 ss.

151 J. LÓPEZ SANTA MARIA, *Los contratos. Parte general*, II, Santiago de Chile, 1998², p. 394 ss.

152 Corte Suprema: "Que previo a la labor de calificación e interpretación del contrato,

parece necesaria su integración con los elementos que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil son comprensivos no solo de lo que se lee en el contrato, sino también de todos los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Esta norma, no obstante encontrarse ubicada en el Título XII del Libro IV del Código Civil, a propósito del efecto de las obligaciones, más parece una norma de integración del contrato, básica de considerar para el proceso interpretativo posterior. *C. Suprema, 11 mayo 1992. R, t. 89, sec. 1ª, 46*". [Acerca da atuação jurisprudencial do princípio no Chile, v. H. CORRAL TALCIANI, *La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno*, em *Tratado de la buona fe*, cit., II, p. 205 ss.].

153 L. CLARO SOLAR *Explicaciones de derecho civil chileno*, cit., XI, p. 239 ss.; A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los contratos*, Santiago, s.d., p. 206 ss. No entanto, sobre a especificidade da prospectiva chilena em relação ao modelo francês já havia se orientado H. P. BENÖHR, *Atteggiamenti sociali nel diritto contrattuale del Código civil*, em *Andrés Bello y el Derecho Latino-americano*, Caracas, 1987, p. 437-440.

154 *Consolidação* cito a edição de Rio de Janeiro de 1896, p. 769 em nota.

155 V., a propósito, S. SCHIPANI, *Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas (Prime osservazioni sulla nozione di "Consolidação" e sulla sistematica dei fatti)*, in *Studi Saresi. 5 Diritto romano codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, Milano, 1981, p. 594 ss.

156 L. TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de direito civil brasileiro extrahidas das instituições de direito civil lusitano do eximio jurisconsulto portuguez Paschoal José de Mello Freire*, Pernambuco, 1851, I, p. 124.

157 P. CATALANO, *Intervento di salute*, em AA.VV., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1988, p. 11; M. PANEBIANCO, *Principi di diritto internazionale privato in Teixeira de Freitas*, em *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., especialmente p. 215.

158 *Tratado de direito privado*, III, São Paulo, 1983⁴, p. 329 ss.

159 *Direito das obrigações*, I, Rio de Janeiro, 1977, 63; II, 1978, p. 7-8.

160 *A obrigação como processo*, São Paulo, 1976, p. 29-44; ID., *O princípio da boa-fé*

no direito brasileiro e português, em *Estudos de direito civil brasileiro e português*, São Paulo, 1980 (n.v.).

161 *Do contrato (teoria geral)*⁴, São Paulo, p. 184-185.

162 *Contratos*, Rio de Janeiro, 1998¹⁸, p. 42 e 61.

163 *A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro*, em *Roma e America* 7, 1999, p. 187 ss.

164 *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, 1999, *passim* e p. 381 ss. A propósito, v. o que digo em *Rc. a Martins-Costa, A boa-fé no direito privado*, em *Roma e America* 8, 1999, p. 287 ss.

165 Assim, por exemplo, A. VARELA, *Direito das obrigações*, cit., I, p. 63.

166 C. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, cit.; e mais recente J.C. MOREIRA ALVES, *A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro*, cit.; J. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, cit.

167 Sobre a natureza e o papel das *Notas* ao Cc. Arg. v. L. MOISSET DE ESPANÉS, *Reflexiones sobre las notas del Código Civil argentino*, em *Studi Sassaresi V. Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Milano, 1981, p. 445 ss.; M.O. COBAS-J.A. ZAGO, *La influencia de las 'Notas' del Código Civil en la ciencia del Derecho argentino y latino-americano*, em AA.VV., *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1991, p. 109 ss.

168 Acerca da influência da doutrina jurídica francesa sobre Vélez Sársfield v. M.U. SALERNO, *Un retorno a las fuentes del Código civil argentino: la doctrina francesa*, em *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, p. 217 ss.

169 Nesse sentido, por exemplo, exatamente em relação à consciente refutação em codificar a *laesio enormis*; R. KNÜTEL, *Influenza dell'ALR prussiano del 1794 sul Código civil argentino del 1869*, em *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, cit., p. 102.

170 *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1931³, IV, p. 298-299.

171 V. as sentenças citadas por G.A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte general*, II, Buenos Aires⁸, s.d., p. 142-143, n. 1130, não precedentes a 1937.

172 *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión./En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato./En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos./No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora./La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.*

173 Acerca do tema, v. L. MOISSET DE ESPANES, *La imprevisión en la legislación de América del sur*, in *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, a cura di M. J. BONELL-S. SCHIPANI, Padova, 1996, p. 209 ss. especialmente p. 217-218; N. L. NICOLAU, *El rol de los juristas en la formación del subsistema obligacional argentino*, em *La formazione del sistema giuridico latinoamericano: Codici e Giuristi, Atti del Convegno Salerno-Amalfi 19-21 aprile 2001*, em *Roma e America* 12, 2001, p. 101 ss.

174 Vê-se novamente como os dois momentos, o da reflexão sobre o princípio de boa-fé, e o das regras operativas conexas quanto ao equilíbrio das prestações, interagem. O Código Civil argentino de 1869 se nega a codificar a relevância da lesão enorme, mesmo Vélez demonstrando plena consciência da raiz do instituto no direito romano-ibérico-latino-americano (v. la *Nota* all'art. 943), enquanto “dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmandar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia, y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocable los contratos”. Não faltam, contudo, momentos de destaque no regime de cada tipo contratual, como, por exemplo, em relação à revisão do preço estipulado ou o fim do vínculo obrigatório correspectivo do credor, no caso de deterioração da coisa que lhe era devida sem culpa do devedor (art. 580), ou se houve valorização (art. 582). A adequação da coisa devida ao locatário nos casos de diminuição do seu gozo, em termos significativos do bem locado (arts. 1.518, 1.519 e 1.521). A proibição de readequar o correspectivo em dinheiro em razão do empreiteiro no caso de aumento dos materiais e da mão de obra, nos termos do teor originário do art. 1.633, agora é coordenado com a introdução da relevância da onerosidade excessiva; assim como

a mitigação da rigidez originária do art. 1.638, o qual concedia plena faculdade ao comitente de rescindir o contrato e indenizar as despesas e as eventuais utilidades ao construtor. Esta faculdade hoje pode ser conhecida nos seus pressupostos pelo juiz, para evitar notórias “injustiças”. A readequação do preço ou a redibição do contrato em caso de vícios ocultos (art. 2.174). Os esforços da doutrina, de justificar a lesão com parâmetros subjetivos, como vício do consentimento, segundo o teor do art. 954 tal como reformado em 1968, não parece que sempre chega esse resultado (no mesmo sentido, R. FORTUNATO GARRIDO-J.A. ZAGO, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Buenos Aires, 1985, p. 299-304; sobre o ponto, v. também L. M. BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, 1, Buenos Aires, 1988², p. 381-393). Parece-me mais correta a conexão entre lesão e imprevisão como expressão comum de uma exigência única, a de analisar, na substância, a equivalência comum das prestações correspondentes (C. A. GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, 1, Buenos Aires, 1999⁴, p. 335 ss.), exigência fundada em um princípio de justiça do direito dos contratos, que é exatamente a boa-fé (J. C. REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, 1999, p. 309 ss.). O *Proyecto* de Novo Código Civil segue a linha traçada pela reforma de 1968, introduzindo inclusive a relevância da lesão enorme numa perspectiva objetiva (art. 327), fonte de modificação, condicionada à oferta de reajustamento por parte do réu, ou de invalidade do contrato. O novo projeto argentino acolhe a distinção alemã entre *Zweckvereitelung* e *Äquivalenzstörung*, prevendo, no art. 1.059, a rescisão do contrato por frustração do escopo, e o art. 1.060 a resolução por imprevisão, salvo (art. 1.061) a oferta de readequação do equilíbrio entre as prestações e o fim de conservar o contrato. Sobre o ponto e, em particular, sobre a oportunidade de prever uma *acción de reajuste* v. A. A. ALTERINI-O.J. AMEAL-R.M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1996, p. 375-377.

175 S. SCHIPANI, *I principi di Unidroit e il diritto romano (alcune annotazioni su favor debitoris e asimetrie del commercio internazionale)*, em *Studi in onore di P. Rescigno*, I, Milano, 1998, p. 757-758. Sobre Princípios de Unidroit e sua relação com a América Latina v. também AA.VV., “*Principi per i contratti commerciali internazionali*” e *il sistema giuridico latinoamericano*, a cura di M.J. BONELL-S. SCHIPANI, Padova, 1996; A. KEMELMAYER DE CARLUCCI, *Adecuación de los principios...*, in *Roma e America*, 7, 1999, p. 244-245. Sobre Projeto Lando, v. *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, ed. it. a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. 115 ss.

176 Foram dedicados ao tema três encontros sobre *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo* realizados na Universidad Externado de Colombia, em 1996, 1998 e 2001, cujas duas primeiras Atas foram publicadas, e a terceira encontra-se em fase de publicação.

177 “Para el caso de que nuestros jueces llegaren a sentirse alguna vez seducidos por estas reacciones contra el clásico principio de la intangibilidad del contrato, no está demás recordarles cuanto ha quedado dicho”; J. MELICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1993², p. 381; v. también p. 357-362.

178 Foi exatamente destacado como no Código Civil chileno a conservação da eficácia obrigatória exclusiva do contrato (pertencente ao *genus* dos atos) “invita así mismo a una integración del acuerdo con la buena fe”; S. SCHIPANI, *Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 60-61.

179 Que é distinto da equidade; v., mais recente, F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, em *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., p. 225 ss. especialmente p. 249 ss.

180 Em relação a isso, é importante destacar e compreender o significado profundo da definição de Celso *ius est ars boni et aequi* (Ulp. *l. 1 ist. D. 1,1,1 pr.*): F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*. 53, 1987, p. 6 ss. [= ID., *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto Corso di diritto romano*, Torino, 1997, p. 221 ss.]; ID., *Un modello di romanista*, in *Labeo* 47, 2001, p. 7 ss. [= (trad. esp.) em *Roma e America* 11, 2001, p. 237 ss.]. V. mais recente, em relação ao uso “correlato” de *ius* no sentido de necessário, e desejando uma “limpeza conceitual” que elimine as “incrustações conceituais modernas”, P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12*, em *Iuris Vincula. Studi in onore M. Talamanca*, cit., II, p. 95 ss.

181 A propósito, v. A. BURDESE, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, em *Annali di storia del diritto XIV-XVII*, 1970-1973, p. 103 ss., especialmente p. 106 ss. e 116; cfr. também P. PERLINGIERI, *Il futuro ius civile ed il ruolo della dottrina*, em *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 863 ss. e, em relação aos possíveis processos de unificação do direito das obrigações na Europa, A. GAMBARO, em A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, p. 402 ss.

11.

MÚTUO REAL E MÚTUO CONSENSUAL NO SISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO*

Antonio Saccoccio

Tradução de Flávio Augusto Marinho Vidigal

11.1 | O MÚTUO NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO:

A FORMAÇÃO DO SISTEMA

O enquadramento dogmático do contrato de mútuo ainda representa um problema no âmbito do sistema jurídico romanístico, sobretudo por lhe acompanharem as evoluções da idade da “fundação” do próprio sistema no direito romano justiniano e até os “subsistemas” jurídicos europeu e latino-americano.¹

A minha intenção é focar de maneira particular nas situações que envolvem este contrato na América Latina, situações essas muito complexas e interessantes.²

Como é sabido, no direito romano, pelo mútuo, um sujeito, dito mutuante, transfere a propriedade para outro sujeito, dito mutuário, de certa quantidade de dinheiro ou de outra coisa fungível, e o mutuário se obriga a restituir, no termo final, não a mesma coisa, mas *tantundem eiusdem generis et qualitatis*: era claro o seu enquadramento entre os contratos reais.³

O mútuo informal remonta às origens do direito romano, e tem raízes em uma época de economia agrícola, na qual era muito difundida a exigência de se emprestarem sementes, produtos agrícolas ou pequenas somas de dinheiro para superar momentos de dificuldade. Com a expansão dos tráfegos comerciais que se dá em Roma em torno do século III a.C., o mútuo passa a ser considerado um contrato *iuris gentium* e, como tal, aberto também aos estrangeiros (*peregrini*), e extremamente difundido entre a população.⁴ Ele era sancionado pela *condictio*, ação tão somente voltada à repetição do que havia sido entregue: portanto, o mútuo, por razões essencialmente técnico-procedimentais (às quais eram estranhas as razões de eticidade), era para os romanos um contrato naturalmente gratuito.⁵ Para a incidência de juros, era necessário atrelar ao

mútuo outro contrato que tivesse como objeto exclusivamente as *usurae*: la *stipulatio usurarum*.

Os romanos, porém, se, de um lado, defendem com força o enquadramento real do mútuo, de outro lado, provavelmente sob a pressão constante de exigências derivadas da prática, elaboram também modelos dogmáticos que tendem à sempre maior valorização do “acordo de mútuo” e à superação da necessidade da dação (*traditio*), entendida como transferência física dos fungíveis do *dans* ao *accipiens*, para a produção dos efeitos (obrigatórios) do mútuo.

A tal propósito, podem ser recordados:

(1) a constante “desmaterialização” do elemento da *traditio* no mútuo, atestada repetidamente pelas fontes romanas: por exemplo, é discutida entre os juristas romanos a possibilidade de o mandatário reter como mútuo as quantias anteriormente possuídas com base em tal contrato,⁶ assim como são admitidas outras formas de *traditio*, chamadas *brevi manu* e ainda *delegatio solvendi*;⁷

(2) a relevância da *conventio* para a determinação não só do termo da restituição, mas também do *locus solutionis*⁸ ou da *qualitas*⁹ ou *quantitas*¹⁰ das coisas a restituir ou, ainda, da imputação da própria dação a pessoa diversa do autor efetivo da *traditio*;¹¹

(3) a difusão, sobretudo na prática, dos denominados *mutua cum stipulatione* (chamados *Stipulationsdarlehen*), no qual o mútuo era refletido dentro de um contrato (verbal) de *stipulatio*, com o qual frequentemente o mutuário prometia a restituição conjunta de capital e juros: em tal caso, os juristas reconheciam a existência ou apenas do contrato verbal, ou, a partir do direito pós-clássico, de um contrato *re et verbis*;¹² frequentemente ocorria, portanto, que a estipulação restituitória não fosse nem acompanhada nem precedida pela *datio*, de tal modo que o devedor prometia a restituição de uma soma que, na realidade, não tinha ainda recebido em mútuo (denominado *non numerata pecunia*);¹³

(4) a existência do chamado *contractus mohatrae* (tradução latina de um termo árabe, o qual, na verdade, sugere uma outra modalidade contratual¹⁴), pela qual se concedia ao (futuro) mutuário uma coisa material (por exemplo, um vestido, uma bandeja de prata etc.) a fim de que ele a vendesse e retivesse o arrecadado como mútuo;¹⁵

(5) a recorrência, nas fontes, de hipóteses de *stipulationes de mutuo dando* e *de mutuo accipiendo*, pelo qual promitente e estipulante obrigavam-se, respectivamente, a dar e a receber uma soma a título de mútuo.¹⁶

Todos esses casos, embora tenham sido considerados por alguns um primeiro passo em direção ao reconhecimento de uma plena consensualidade do mútuo romano,¹⁷ não prejudicam o enquadramento real deste contrato dentro da jurisprudência romana, que no máximo fala de *singularia recepta* (*supra*, nota 6) a propósito do próprio mútuo.

Isso parece constituir a principal razão da formidável resistência, ao longo de todo o curso do sistema jurídico romanístico, da ancoragem do mútuo à categoria exclusiva de contrato real.

11.2 | AS EVOLUÇÕES NA AMÉRICA LATINA

11.2.1 As evoluções até as codificações nacionais

No que diz respeito ao subsistema latino-americano, o ponto de partida para a difusão no Novo Mundo do direito romano são, como é sabido, as *Siete Partidas*, emanadas pelo rei Alfonso X, em 1256, para o Reino de Castela e Leão, também aplicáveis aos territórios de nova descoberta em virtude das *Leyes de Toro*.¹⁸ A atenção dedicada por esta obra ao mútuo parece de pequena relevância, assim como escasso parece o aprofundamento quanto aos problemas de enquadramento dogmático do instituto, limitando-se a compilação a outras problemáticas do contrato.¹⁹ Em todo caso, não há nenhuma dúvida sobre o fato de que ela enquadre o mútuo na categoria de um contrato essencialmente real,²⁰ embora admita a possibilidade de as partes avençarem uma promessa de dar e receber em mútuo. Isso parece evidente, por exemplo, na *ley 9*, que, ao disciplinar o caso da

exceptio non numeratae pecuniae, trata expressamente daquele ao qual um credor “le promitio de prestar maravedis e non gelos quiso prestar”.

De outra parte, sobre a promessa de mútuo, detinha-se o próprio Gregório López de Tovar (1546-1560) na Glosa a este texto, redigida em torno de 1555.

Gl. de gracia a Part. 5, 1 pr. Habes hic quod contractus mutui est gratiosus et nullus ad mutuuum compellitur, neque tenetur. Quod tamen limita, nisi praecederet promissio de mutuando: nam et si non mutuet, tenetur ad interessem.

Segundo Gregório Lopes, que sobre o ponto remontava-se expressamente a D. 45,1,68 (*supra*, nota 16), existia não só o mútuo real, mas também a promessa de mútuo, a qual, se redigida sob as formas de uma *stipulatio*, não permitia constranger o promitente inadimplente à concessão do mútuo, mas tão somente ao ressarcimento do dano (*ad interessem compellere*).²¹

Inevitavelmente, graças ao peso desses textos, o modelo do mútuo real acabou por afirmar-se na América Latina. Não se deve esquecer, contudo, de que no Novo Mundo, já em tempos remotos, outras tendências também começaram a desfraldar seus próprios efeitos, à luz das quais era preferível considerar o mútuo perfeito já no momento da troca dos consensos. Trata-se de uma tradição que, em parte, é endógena ao direito indígena e, em parte, ditada por influxos a ele externos.

Sob o primeiro ponto de vista, deve-se reconhecer que o *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 já sancionava uma verdadeira reforma do sistema contratual acolhido nas *Partidas*, prevendo que em todos os contratos o consenso era condição necessária e suficiente para o nascimento da obrigação.²²

Ord. Alc. XVI ley única: “Paresciendo que si quiso un Ome obligar á otro por promision, ó por algun contracto, ó en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos á quienes se obligó, y no pueda ser puesta excepción, que no fué fecha estipulación...; ma que sea valedera la obligación ó el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, é facer contracto con el”.

A importância desta *Ley* – a qual, como corretamente observado, afirma no *derecho “clásico” de Castilla y León* o princípio segundo o qual *solus consensus obligat* séculos antes do seu auge na França e na Europa²³ – era reconhecida já no século XVI. De fato, com razão, afirma o jesuíta mexicano Bartolomeo de Albornoz (século XVI), primeiro professor de direito civil na Universidade da Cidade do México, que: “Esta ley es admirable e de grandissimo effecto y importancia. Y... corrige grandíssima parte del derecho positivo, assi del Civil como de las Partidas, que con ella cessan”.²⁴

Os reflexos para o instituto ora em análise são evidentes. Na realidade, à luz desta *Ley*, o sistema contratual do direito romano, ratificado pelas *Partidas*, foi de fato, derogado:²⁵ não só era possível concluir contratos *inter absentes*, superando a necessidade da presença dos contraentes, imposta pela *stipulatio*, como os mantinha vinculados a partir do mero consenso, abandonando, entre outras coisas, a exigência da *traditio rei* em contratos reais, como o mútuo.²⁶

Na realidade, rejeitada a contraposição contratos reais-contratos consensuais, parecem evidentes as dificuldades de construção dogmática, que põem em crise a própria solidez do conceito de contrato. O mesmo Albornoz, por exemplo, elabora uma categoria de contratos “pessoais”, contraposta aos contratos “reais”: naqueles, pôr-se-ia em primeiro plano a “pessoa” dos contraentes e as obrigações por eles assumidas; nestes, ao contrário, “se considera por principal la cosa contractada, y la persona es accesoria a la cosa”.²⁷

A mencionada *Ley* do *Ordenamento de Alcalá* também é ratificada na *Nueva Recopilación* de 1567 (*Nov. Rec.* 5, 16, 2), mas é o acolhimento deste texto pela *Novísima Recopilación* do ano de 1805, colocando-o justamente na abertura do Título X (vd. de fato *Novis. Rec.* 10, 1, 1), que dá o sentido da importância que se atribuía ao próprio princípio ainda por volta do fim do século XIX no direito ibero-americano.

No entanto, o Projeto de Código Civil espanhol redigido por Florencio García Goyena (1783-1885) em 1851, texto amplamente difundido nos territórios do Novo Mundo, desempenhou também na América Latina um papel no sentido de se afirmar o consenso como único elemento obrigacional em todos os contratos: como é sabido, esse texto nunca foi adotado

como Código Civil na Espanha, mas circulou amplamente na América Latina influenciando, de forma acentuada, doutrina e legislações nacionais.²⁸

Sobre o ponto que aqui interessa García Goyena, certamente na esteira da tradição acima mencionada, mas, igualmente, de estudos da doutrina francesa,²⁹ onde a superação da categoria dos contratos reais era desejada por muitos, constrói o mútuo como um contrato puramente consensual.

Art. 1.630: “Préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra... dinero ú otra cosa de las fungibles...”.

O jurista espanhol afirma, ainda, que “Ahora todos los contrato son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedia entre los romanos”; sustenta, porém, com uma argumentação que se pode dizer pouco surpreendente, que é preferível continuar a chamar-lhes “contratos reais”, porque neles a obrigação principal consistiria, de todo modo, na obrigação de entregar a coisa.³⁰

A afirmação do princípio do consensualismo, porém, não alcança a desautorização da categoria do contrato real, que se manteve ainda vital na América Latina, pelo menos até as codificações civis do século XIX.³¹ Na realidade, verifica-se que os juristas continuaram a adotar o sistema das *Partidas* e do direito romano, pela força intrínseca deste último, limitando-se a recordar a norma do *Ordenamiento de Alcalá*, assim como o fato de que na Espanha sedimentava-se orientação diversa em tema de contratos.³²

Basicamente, afirmou-se que não teria sido oportuno abandonar a categoria dos contratos reais e que interpretar a norma do *Ordenamiento de Alcalá* como se se pretendesse negar tal categoria significava não compreendê-la corretamente e, sobretudo, extrapolar o ponto ao qual o próprio legislador espanhol houvesse pretendido alcançar.³³

Assim, no que diz respeito mais estritamente à América Latina, a categoria do contrato real, na qual o mútuo desempenhava um papel decisivamente de primeiro plano, foi reafirmada com força por Juan Sala (1731-1806), professor em Valencia, em sua *Ilustración del derecho de España*, obra surgida pela primeira vez em 1803 e de grande difusão na América Latina;³⁴ por Ignacio Jordán de Asso (1742-1814) nas *Instituciones*;³⁵ por Eugenio

de Tapia (1776-1860) com o seu *Febrero Novíssimo*;³⁶ pelo jurista guatemalteco José María Álvarez (1777-1820) nas suas *Instituciones*, cuja primeira edição é de 1818, e que talvez constituíram a primeira obra sobre direito indígena por parte de um jurista nascido na América Latina;³⁷ por Joaquín Escriche y Martín (1784-1847) no seu famosíssimo *Diccionario razonado de legislación*, que se difundiu no Novo Mundo graças à edição coordenada por Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel;³⁸ e, afinal, do próprio Rodríguez de San Miguel (1808-1877) nas *Pandectas Hispano-mexicanas*, cuja primeira edição remonta a 1839.³⁹

11.2.2 | O acolhimento do mútuo real nos códigos Civis da “transusão do direito romano” ou da “independência”

(A) *As obras que prepararam os códigos civis da “transusão do direito romano” ou da “independência”*

Examinando as Codificações nacionais, notamos como nos Códigos Civis da *transusão* do direito romano e da independência,⁴⁰ como também nos Projetos de Código que os precederam, o enquadramento do mútuo como contrato real nunca era substancialmente posto em discussão.

Isso se revela de modo evidente, por exemplo, no código *Proyecto Acevedo*, redigido pelo jurista uruguaio Eduardo Acevedo Maturana (1815-1863) em 1852.⁴¹

Art. 2.167: “El mutuo es un contrato por el cual se dá una coisa de las que se consumen por el uso...”⁴².

A expressão *por el cual* traz em si uma ambiguidade que, como demonstra o debate que exatamente sobre este ponto surgirá no Código italiano de 1865,⁴³ poderia ser interpretada tanto no sentido de consensualismo (o mútuo deve ser considerado concluído com a troca dos consensos, por meio do qual ou com base no qual [*por el cual*] se obrigou a dar), quanto em termos de realidade (o mútuo é um contrato real, que para ser concluído [*por el cual*] deve-se necessariamente cumprir uma dação). Na realidade, quanto ao texto escrito por Acevedo, a ambiguidade resolve-se facilmente

neste último sentido, graças ao apelo feito em nota ao texto das *Partidas* como visto acima.

O mesmo modelo “real” que, nas intenções, conecta-se diretamente às fontes romanas, também é atribuído ao mútuo na *Consolidação das Leis Civis* de 1858, de Teixeira de Freitas (1816-1883).

Art. 477. “Quando se-empresta alguma cousa, que consiste em numero, pêso, ou medida, e como o uso se-consume, o empréstimo chama-se mutuo”.

De resto, o mesmo autor, no *Esboço* (1859-1867), esclarece que:

Art. 1.903: “Os contratos são consensuais ou reais. Entram na classe dos contratos reais o mútuo...”

Art. 2.208: “O mútuo è um contrato real. Não se julgará concluído como tal sem a tradição da coisa emprestada...”

Posteriormente, o próprio Freitas acrescenta que, embora o mútuo seja sem sombra de dúvida um contrato real, é admissível a promessa de entregar, a qual, caso seja aceita pela contraparte, vale com contrato consensual (art. 1.905).

(B) *Chile*

Quanto à construção dogmática do mútuo, a posição de origem românica é seguida pelos principais Códigos Civis (Cc.) da América Latina, que pertencem ao período da “maturidade” do movimento codificador latino-americano.⁴⁴

Não há nenhuma dúvida sobre o enquadramento real do mútuo no Cc. do Chile de 1855.

Art. 1.443 Cc. do Chile: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; ... y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

Art. 2.196 Cc. do Chile: “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad...”.

Andrés Bello, autor do Cc. chileno, não só constrói a categoria do contrato real em nível de código – opção que, embora ratificada por outros codificadores, não deixou de gerar perplexidade⁴⁵ –, mas aí insere, expressamente, também o mútuo. Ele adota inteiramente o modelo da tradição do direito romano que, como veremos, já se encontrava acolhido nos mesmos termos pelo Cc. do Peru de 1852 (vide, *infra*, 11.2.4.B) e, no mesmo período, também vinha sendo elaborado por Teixeira de Freitas no Brasil. Veremos como o mesmo modelo codificador será acolhido por Tristán Narvajal para o Cc. do Uruguai de 1868 e por Dalmacio Vélez Sársfield para o Cc. argentino de 1869.⁴⁶

A doutrina chilena dos anos seguintes, embora reconheça que o acordo das partes seja por si só suficiente à perfeição do contrato, ressalva os contratos reais e os solenes, quando *expresamente exceptuados* pelo próprio legislador.⁴⁷

Atualmente, porém, no Chile, existe uma corrente doutrinária que considera a categoria do contrato real “en franca decadencia, y es muy posible que llegue a desaparecer”.⁴⁸

(C) *Uruguai*

Também o Cc. do Uruguai de 1868 define, no art. 1.252, o contrato real sobre o modelo do *Código* de Bello:

Art. 1252 do Cc. do Uruguai: “... [el contrato] se llama real cuando la obligación principal que nace de él supone necesariamente la tradición de la cosa. Antes de la tradición, la promesa aceptada de entregar o recibir la cosa sobre que versare el contrato, entra en la clase de los contratos consensuales”.

À luz dessas normas, nenhuma dúvida pode despertar a definição do mútuo contida no art. 2.197 do mesmo Código:

Art. 2.197 do Cc. do Uruguai: “el mutuo o préstamo de consumo, es un contrato por el cual se da dinero u otra cosa de las fungibles, con cargo de volver otro tanto de la misma especie y calidad”.

Na verdade, a doutrina uruguaia tentou de vários modos conciliar a categoria do contrato real – prevista pelo Código e ressurgida na doutrina jurídica deste País – ao acima visto *Proyecto Acevedo* de 1852, com o princípio consensualista supostamente acolhido pelo mesmo Código em tema de contratos.

A propósito, alguns estudiosos desse País revisaram a velha teoria da *traditio* como *condicio iuris* no mútuo,⁴⁹ a qual apresenta vários pontos fracos.⁵⁰ Outros, ao contrário, valendo-se do § 2º do art. 1.252 do Cc. do Uruguai acima visto (antes da *traditio* a promessa aceita de dar vale como contrato consensual), afirmaram que, para o direito uruguaio, todos os contratos são consensuais (entre eles, a promessa de mútuo, que, se aceita, produz a obrigação de aperfeiçoar o contrato definitivo de mútuo), mas a lei preveria, em uma espécie de relação não melhor especificada *genus-species*, também contratos nos quais se requer *quoad constitutionem* o elemento adjuntivo da entrega.⁵¹

Em sentido crítico, entretanto, alguns sustentam que, do ponto de vista da natureza real de alguns contratos, é incomum respeitar a opção feita pelo Código, ainda que esta categoria deva ser considerada um mero resíduo histórico, colidente com a ideia moderna do princípio do consensualismo e que, *de iure condendo*, deveria ser eliminada.⁵² De modo igualmente crítico, outros estudiosos foram ainda mais além, afirmando que, o fato de o Cc. uruguaio ter indubitavelmente pretendido consagrar a categoria do contrato real, não impede que se deva reconhecer que, de qualquer modo, essa categoria não pode encontrar espaço no ordenamento jurídico do Uruguai: em verdade, o legislador uruguaio, ao mesmo tempo em que enunciava essa categoria no § 1º do art. 1.252, teria consagrado a superioridade do princípio consensualista no § 2º do mesmo artigo, bem como no art. 2.299 (promessa de penhor), de modo que os contratos reais seriam todos dissolvidos na ideia geral da consensualidade, a qual teria sido considerada pelo legislador como predominante no direito dos contratos.⁵³

(D) Argentina

Analogamente a quanto visto até agora, também Vélez Sársfield exerceu a mesma opção no Cc. argentino de 1869. Isso se revela evidente não só de uma leitura dos arts. 1.140-1.142, mas também dos arts. 2.240 e 2.242.

Os primeiros referem-se à contraposição entre contratos consensuais e reais:

Art. 1.140 Cc. argentino: “Los contratos son consensuales o reales...”.

Art. 1.141 Cc. argentino: “Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato”.

Art. 1.142 Cc. argentino: “Forman la clase de los contratos reales, el mutuo...”.

Os outros, por outro lado, esclarecem de maneira incontroversa que o mútuo pertence a *species* dos contratos reais:

Art. 2.240 Cc. argentino: “Habrá mutuo o empréstimo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir...”.

Art. 2.242 Cc. argentino: “El mutuo es un contrato esencialmente real, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa”.

O Cc. argentino, no art. 2.244, também admite a configuração de uma promessa de mútuo a qual, porém, se inadimplida, no caso de mútuo gratuito, não importa responsabilização do promitente, enquanto, no caso de mútuo oneroso, importa apenas o direito ao ressarcimento do dano, e nunca a execução específica do contrato, exceto se assim convencionado entre as partes.⁵⁴

Em nota aos arts. 1.141 e 1.142, o próprio Vélez esclarece que, em matéria contratual, o modelo do direito argentino, ao contrário do modelo francês, segue o direito romano, porque “el consentimiento no basta por regla

general para hacer una convención civilmente obligatoria”, mas “el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto”.⁵⁵

A natureza real do mútuo, com a exceção relativa aos efeitos da promessa aceita de mútuo oneroso, é indiscutível para parte da doutrina argentina⁵⁶ que, porém, nem sempre trata com clareza do problema em questão.⁵⁷

Todavia, também na Argentina não faltam avanços consensualistas, sobretudo por mérito da doutrina mais recente, a qual, por um lado, pressiona a superação da categoria do contrato real, à luz do reconhecido domínio do princípio consensualista e, por outro lado, pende para a construção do mútuo como um contrato válido e eficaz a partir do momento da troca dos consensos.

Segundo alguns estudiosos, em matéria contratual, a regra de base deve ser aquela pela qual os efeitos do contrato são gerados a partir do mero consenso, podendo a lei estabelecer que, em casos particulares, tais efeitos sejam “postergados” pela necessidade do cumprimento de alguma solenidade ou pela vontade das partes de postergá-los;⁵⁸ deste ponto de vista, a natureza real do contrato de mútuo é considerada um “arcaísmo jurídico”,⁵⁹ ou uma categoria “hoy huérfana de todo sustento”,⁶⁰ e se difunde a “consensualização” dos contratos reais.⁶¹ Por fim, outros autores, de maneira mais apurada e desfrutando da letra do art. 1.141, afirmam que, nos contratos reais, a entrega da coisa é um requisito de eficácia e não de validade do contrato,⁶² seguindo uma linha amplamente difundida também na Itália e na Europa (vide *supra* nota 50).

Contudo, a mesma ruptura pode ser constatada nos numerosos projetos de reforma do Cc., que foram propostos na Argentina desde os anos 1930.

De fato, de um lado, encontramos o Projeto de 1954, coordenado por Jorge Joaquín Llambías, que segue a construção tradicional do mútuo como contrato real.⁶³ Por outro lado, o Projeto de reforma dos anos 1926-1932 (chamado *Projeto Bibiloni*), ainda que em matéria de mútuo limite-se a receber os arts. 2.240 e 2.241 do Código de Vélez Sársfield, confirmando, portanto, em linha de princípio, o enquadramento real deste contrato,⁶⁴ não deixa de criticar asperamente a distinção entre contratos reais e contratos consensuais do código argentino vigente.⁶⁵

Mais recentemente, em uma linha ideal de continuidade com esta orientação crítica, não assusta absolutamente que a opção “consensualista” do mútuo se encontre sustentada também nos últimos projetos de reforma do Código Civil argentino, aquele de 1993, organizado por uma Comissão encarregada pela Câmara dos deputados,⁶⁶ e o de 1998, organizado por uma Comissão composta de diversos professores universitários.⁶⁷

(E) *Brasil*

A natureza real do mútuo é assumida também pelos Códigos Civis do Brasil, primeiro pelo de 1916 e depois pelo atual Código de 2002.

Art. 586 Cc. do Brasil 2002 (= art. 1256 Cc. Bra. 1916): “O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

Na realidade, no Brasil, o aspecto real do mútuo teve uma história atormentada.

No direito luso-brasileiro, embora a natureza real do mútuo emergisse de maneira bastante nítida já nas *Ordenações Filipinas* (1603),⁶⁸ firmou-se rapidamente o princípio da vinculação apenas pelo consenso, de qualquer modo manifestado, o que comportaria um redimensionamento, quando não o verdadeiro e próprio desaparecimento do contrato real em geral, e a construção consensual do mútuo.⁶⁹

Contudo, os trabalhos de Teixeira de Freitas (*vide supra*, 11.2.2.A) e, posteriormente, a letra do Código de 1916, dirigiram-se de maneira clara ao acolhimento da noção de contrato real.⁷⁰ De resto, que nas intenções do legislador brasileiro o mútuo pertencesse à categoria de direito real, já era afirmado sem discussão pelo próprio redator do Código, o jurista Clóvis Beviláqua (1859-1944).⁷¹

Mas isso não impediu que no Brasil surgissem divergências doutrinárias nos primeiros decênios seguintes à promulgação do Código até os anos imediatamente precedentes à promulgação do Código Civil vigente: de um lado, encontramos aqueles que afirmavam, sem senso crítico, a

necessária existência dos contratos reais e postulavam o pertencimento do mútuo a este *genus*;⁷² de outro lado, colocam-se aqueles que afirmavam que, pelo princípio do consensualismo, todos os contratos deveriam ser considerados consensuais e que onde o Código havia disposto sobre as “exceções” (entre as quais estava incluído também o mútuo), essas deveriam ser avaliadas como uma espécie de obséquio à tradição jurídica e eliminadas o quanto antes.⁷³

Parece significativo o fato de como também no pensamento de um dos maiores civilistas brasileiros do século XX, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1978), assiste-se a uma espécie de evolução sobre o ponto. Esse jurista, em princípio, falando em geral dos contratos reais afirma, em 1956, que o ordenamento jurídico brasileiro conhece só a figura do mútuo real e que, portanto, o mútuo consensual deve ser rechaçado, podendo-se, no máximo, admitir um pré-contrato de mútuo real.⁷⁴ Sucessivamente, em 1962, o mesmo jurista afirma que “no direito brasileiro, o mútuo é, de regra, contrato real”, mas acrescenta que no mesmo ordenamento “pode haver o mútuo consensual”, o qual, de todo modo, é distinto do pré-contrato de mútuo.⁷⁵ Por conseguinte, Pontes de Miranda vê uma espécie de tripartição no contrato de mútuo, considerando a existência seja de um mútuo real, que constitui o esquema “típico” do contrato, disciplinado também em nível de código, seja de um contrato preliminar de mútuo e, enfim, também de um mútuo consensual. Este último ligar-se-ia de modo quase natural ao chamado *pacto de mútuo de prestação* (ou *mútuo de convenção*), que de algum modo corresponde ao *Vereinbarungsdarlehen* do direito alemão: concluído um contrato (por exemplo, uma compra e venda), o devedor (por exemplo o comprador) ajusta receber o preço como mútuo do vendedor, com a consequência de pagá-lo depois a prestações ao próprio vendedor-mutuante.⁷⁶

Em todo caso, o Código civil brasileiro atual, no desfecho de toda esta discussão, ignorou a corrente “consensualista”, que no curso do tempo vinha se reforçando e, no art. 586, ratificou de maneira significativa a opção pela natureza real do mútuo. Nesse sentido, a doutrina brasileira atual difunde a opinião de que “a classificação dos contratos em consensuais e reais não anula o princípio do consensualismo”,⁷⁷ de modo que o

mútuo pode ser tranquilamente enquadrado entre os contratos reais, o que porém não retira a possibilidade de concluir uma promessa de mútuo, que pode ser unilateral ou bilateral.⁷⁸ Trata-se de uma posição que, a meu ver, ganha força na previsão do novo código civil e, ao mesmo tempo, a reforça.

11.2.3 | O acolhimento do mútuo real nos outros Cc. latino-americanos no curso dos séculos XIX e XX

(A) *Colômbia*

Também na Colômbia, que, como é sabido, adotou o Cc. chileno a partir de 1877, a categoria do contrato real é reconhecida pelo Código, assim como o pertencimento do mútuo a essa categoria.

Art. 1.550 Cc. col.: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere...”.

Art. 2.221 Cc. col.: “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”.

Art. 2.222 Cc. col.: “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio”.

Por sua vez, o *Código de comercio* deste país (1971), de um lado, acolhe para os contratos comerciais o princípio consensualista e, de outro lado, excepciona o caso do mútuo real, admitindo, contudo, a possibilidade de se concluir uma promessa de mútuo.

Art. 824 Ccom. col.: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad. Este principio..., prescinde en materia

mercantil..., de la categoría de los contratos reales, contemplada por el ordenamiento civil”.

Art. 1169 Ccom. col.: “Quien prometa dar en mutuo pueda abstenerse de cumplir su promesa, si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometiente mutuario le ofrezca garantía suficiente”.

Também na doutrina colombiana, há autores que permanecem presos à categoria do contrato real, na qual, sem dúvida, insere-se o mútuo,⁷⁹ mesmo quando se trata de contrato comercial.⁸⁰

De outro lado, não faltam estudiosos que evidenciam a colisão entre a categoria dos contratos reais e o princípio consensualista, o qual vem apresentado como “una de las evoluciones históricas del derecho contractual más importantes y trascendentales” do direito romano aos nossos dias⁸¹: chegam a dizer justamente que a exigência da *traditio* para o aperfeiçoamento de um contrato é uma “formalidad caprichosa y arbitraria”⁸² ou até mesmo “inútil”.⁸³

(B) *Bolívia*

No que se refere aos outros países latino-americanos, o modelo real encontra-se aplicado ao mútuo também no ordenamento jurídico boliviano, onde se podem ver os arts. 879 e 895 no Cc. de 1976.⁸⁴

Art. 879 Cc. bol.: “El préstamo es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario para que éste la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo”.

Art. 895 Cc. bol.: “El mutuo es el préstamo de cosas fungibles que el mutuario está obligado a devolver al mutuante en cosas de igual género, cantidad y calidad”.

Na verdade, a letra do art. 895 não traz nenhuma contribuição expressa para o problema em questão, enquanto a expressão *por el cual* do art. 879

não permite concluir se a “entrega” faz parte da fase de formação do contrato ou representa somente a execução.⁸⁵

Sobre o enquadramento real do contrato de mútuo, pode-se notar como no art. 899, no qual são elencadas as obrigações do mutuante, não há menção à eventual obrigação de entregar por parte do mutuante, enquanto, de resto, o mútuo é expressamente inserido entre os contratos reais no *Código de Comercio* boliviano de 1978.

Art. 1.331 Ccom bol.: “El contrato de préstamo no se perfecciona sino con la entrega del dinero al prestatario en la cantidad convenida y deberá constar por escrito”.

De outra parte, também a doutrina boliviana demonstra conhecer a categoria do contrato real e aprovar a sua extensão, entre outros, também ao mútuo.⁸⁶

(C) *Venezuela*

Na Venezuela, como é sabido, sucederam-se dez Cc., desde o primeiro de 1861 ao último de 1982.⁸⁷ Obviamente, a natureza do presente trabalho não permite acompanhar detalhadamente a evolução de cada um deles. Vale a pena, contudo, assinalar como depois do Cc. de 1861, fortemente inspirado no modelo do Cc. de Bello e, por isso, defensor da categoria dos contratos reais, o segundo Cc., que entrou em vigor em 1867, segue de perto o modelo oferecido pelo *Proyecto* de García Goyena,⁸⁸ o qual, como vimos acima, propugnava a abolição da categoria dos contratos reais, em respeito ao princípio segundo o qual “todos os contratos são consensuais”: na realidade, contudo, o código em questão mantém a referida posição para o comodato (*préstamo*), o qual possui estrutura claramente consensual,⁸⁹ mas não para o mútuo (chamado *préstamo simple*), para o qual é mantida uma definição que parece refletir o seu enquadramento real.

Art. 1.545 Cc. ven. 1867: “El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles, adquiere su propiedad, y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”.

O enquadramento real do mútuo vem mantido por todas as outras codificações venezuelanas, até o Cc. de 1982, atualmente vigente.

Art. 1.735 Cc. ven. 1982: “El mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas, con cargo de restituir otras tantas de la misma especie y calidad”.⁹⁰

Também nesse caso a expressão codificada *por el cual*, potencialmente anfibológica, não consegue esconder a opção do legislador, a qual pode ser claramente delineada à luz da doutrina venezuelana; esta última, de fato, defende estreitamente a categoria do contrato real, e, aliás, tece críticas ao princípio consensualista em matéria contratual,⁹¹ ou, quando muito, admite uma espécie de “coabitação” com os contratos reais (assim como com os solenes), nos casos específicos em que o legislador tenha previsto esses últimos.⁹²

(D) Guatemala

Na Guatemala, o Cc. de 1877 e o de 1933 não só continham uma norma que definia o contrato real, no modelo dos Cc. chileno e argentino,⁹³ mas atribuíam ao mútuo a natureza real não somente na regulamentação deste contrato sob o *Título IV* do Livro III, intitulado *De los contratos reales*, mas tal estrutura era evidenciada também na própria definição do contrato.⁹⁴

Na Codificação de 1963, a revogação da norma que continha a definição do contrato real demonstra as intenções do legislador, reveladas também nos trabalhos preparatórios, de acolher o princípio *solus consensus obligat* e abolir assim a categoria do *re contrahere*;⁹⁵ contudo, depois, estranhamente, a definição do contrato de mútuo contida no art. 1.942 continua a possuir um rastro em conformidade com a estrutura real deste contrato.

Art. 1.942 Cc. gua. 1963: “Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles...”

No mais, os mesmos trabalhos preparatórios que, ao comentarem a definição de contrato haviam proposto a abolição do contrato real, aqui definem expressamente o mútuo como “contrato real”.⁹⁶

Em todo caso, a doutrina guatemalteca mostra-se firme na crítica à natureza real do mútuo e propõe firmemente o enquadramento desse contrato entre os consensuais.⁹⁷

(E) *Paraguai e outros países*

No Paraguai, em 1876, adotou-se o Cc. argentino de Vélez Sársfield e foi somente em 1985 que se chegou a uma codificação autônoma.⁹⁸ No novo código, manteve-se a escolha pela natureza real do mútuo.

Art. 1.292: “Por el contrato de mutuo, o préstamo de consumo, una parte entrega en propiedad a la otra una suma de dinero u otras cosas fungibles que ésta última está autorizada a consumir, con la obligación de restituir las en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado”.

Baseado no modelo do Cc. argentino, o Cc. par. 1985 também reconhece a obrigatoriedade da promessa de mútuo, para ambas as partes, em caso de mútuo oneroso, e somente para o promitente, em caso de mútuo gratuito.

Art. 1.293: “La mera promesa de mutuo será obligatoria para ambos contratantes cuando fuere a título oneroso, y sólo para el promitente en caso de serlo a título gratuito”.

No que se refere ao mútuo, a doutrina paraguaia confirma o seu enquadramento real, rejeitando expressamente qualquer tentativa em sentido contrário.⁹⁹ Todavia, também nesse país, não falta quem aponte que a distinção entre contratos consensuais e reais “tiende a desaparecer en los Códigos modernos, pues la especie de los contratos reales tiende a extinguirse”.¹⁰⁰

Finalmente, o mútuo é considerado contrato real não só na República Dominicana, onde, em 1845, foi adotado de fato o Código napoleônico;¹⁰¹ mas também no Equador, onde, como se sabe, foi adotado o Cc. chileno (1858-1860);¹⁰² e em outros países onde foi forte a influência do código de Bello, como em El Salvador (1859);¹⁰³ em Honduras (1906);¹⁰⁴ no Panamá (1916);¹⁰⁵ e também na Costa Rica (1886).¹⁰⁶ O mesmo se verifica

na Nicarágua, onde, em 1904, foi adotado o Cc. argentino, em substituição ao precedente Cc. de 1867;¹⁰⁷ e também em Porto Rico, onde em 1889 foi adotado o Cc. Espanhol.¹⁰⁸

11.2.4 | O acolhimento do mútuo consensual

(A) México

O filão “consensualista” em tema de contratos, que fixava suas raízes, sobretudo, no *Ordenamiento de Alcalá*, mencionado anteriormente, encontrou, na América Latina, a sua primeira abertura, em nível de codificação, no *Código federal* do México de 1928, o qual, por sua vez, foi influenciado tanto pelas codificações europeias, que nesse meio tempo se movimentavam na mesma direção (sobretudo o *OR* suíço de 1911 e o cd. *Proyecto García Goyena*¹⁰⁹), como também por algumas obras doutrinárias europeias (sobretudo Baudry-Lacantinerie: *vide supra*, nota 29, e também Jousserandot, Toullier, Planiol etc.), que há tempos vinham defendendo o princípio pelo qual “todos os contratos são consensuais”.

Na realidade, a situação do México apresenta-se como bastante complexa. De fato, nesse país, os Códigos Civis federais de 1870 e de 1884, mesmo que prevendo que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento” (art. 1.392, Cc. méx. 1870) adotavam para o mútuo uma formulação que evocava a natureza real do contrato;¹¹⁰ de resto, a doutrina mexicana até o final dos Oitocentos não tinha dúvida alguma ao afirmar que no mútuo a *traditio* era exigida para o aperfeiçoamento do próprio contrato.¹¹¹

No México, a vinculação do mútuo à consensualidade se deve à obra de um jurista mexicano dos primeiros anos do século passado, Roberto A. Esteva Ruiz, professor de direito na Cidade do México, o qual publicou em 1928 um trabalho de preparação ao publicando novo Código Civil federal, no qual acolhe plenamente o modelo oferecido pelo Código suíço das obrigações e os argumentos propostos por parte da doutrina francesa, em particular Baudry-Lacantinerie; seguindo esse jurista francês, Esteva Ruiz declara-se convencido de que todos os contratos devem ser consensuais e, outrossim, de que, a orientação contrária do *Code Napoléon*, que

acolhe a categoria dos contratos reais, adviria de uma reprodução não inteligente do pensamento de Pothier.¹¹²

Os argumentos de Esteva Ruiz mostram-se decisivos. Por isso, o Código federal do México de 1928, inovando sobre o tema em relação aos Projetos preliminares, expugna de forma absoluta do ordenamento a categoria do contrato real (com a parcial e discutida exceção do penhor) e, para o mútuo, confirma a escolha de seguir o *Ordenamiento de Alcalá* e o *Proyecto* de García Goyena de 1851, acima mencionados, além do *OR* suíço.¹¹³

Art. 2.384 Cc. méx. 1928: “El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma e especie y calidad”.

Na atualidade, a estrutura meramente consensual do contrato de mútuo no México não é questionada pela doutrina mexicana, a qual reconhece que, sobre este ponto, o ordenamento desse país destaca-se da matriz romanística.¹¹⁴ Consequentemente, no direito mexicano, o mútuo apresenta-se como um contrato bilateral, no qual o mutuante obriga-se a transferir ao mutuário a propriedade de certa quantidade de coisas fungíveis, com aplicação, portanto, das normas sobre a evicção e sobre a assunção do risco a cargo do mutuário não a partir do momento da entrega, mas da simples individuação dos fungíveis a serem entregues.¹¹⁵

Parece-me, contudo, merecer destaque o fato de que em alguns Estados da República mexicana, sejam anteriores ou posteriores ao *Código federal* de 1928, o contrato real seja expressamente reconhecido e o mútuo venha claramente inserido nesta categoria.

Sobre o primeiro ponto de vista, veja-se o Cc. do *Estado de Vera Cruz Lleva* de 1868, o qual no art. 2.103 prevê que:

Art. 2.103: “El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles, adquiere su propiedad; pero está obligado á devolver al acreedor otro tanto de su misma especie y calidad”.

Sobre o segundo ponto de vista, significativos são os Cc. de Tlaxala, reformado em 1976:

Art. 1.278, pár. 3: “El contrato será real cuando la ley exija, para su constitución, que al celebrarse se entregue el bien o bienes que sean objeto de las obligaciones creadas por el contrato”.

Art. 1.990: “El préstamo es un contrato por el cual el prestador transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al prestatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad”.¹¹⁶

o Código Civil de Puebla:

Art. 1.443: “El contrato es real cuando sea necesario para su validez, por exigirlo la ley o convenirlo así las partes, que al celebrarlo éstas, se entreguen material o jurídicamente, el bien o bienes objeto de las obligaciones creadas por el contrato”.

Art. 2.240: “Mutuo es un contrato por el cual el mutuante, transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obliga a pagar, en el plazo convenido, otro tanto de la misma especie y calidad”.

Art. 224: “El contrato de mutuo se perfecciona por la entrega del bien que constituye su objeto”.

o Código Civil do Estado de Gerrero publicado em 1993:

Art. 2.299: “El mutuo, llamado también préstamo de consumo, será un contrato por el cual el mutuante transfiera la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuuario, quien se obligará a devolver otro tanto de la misma especie y calidad”.

E, finalmente, o Código Civil do Estado de Quintana Roo:

Art. 225: “Los negocios jurídicos son reales cuando se perfeccionan con la entrega del bien sobre el cual recaen”.

Art. 2.650: “El mutuo, llamado también préstamo de consumo, es un contrato por el cual el mutuante transfiere la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad”.

(B) *Peru*

No que se refere ao problema aqui em exame, também no Peru constatam-se algumas circunstâncias igualmente tão complexas quanto aquelas verificadas no México. De fato, no Peru, a classificação de contrato real foi reconhecida ao mútuo não somente pela doutrina pré-codicista,¹¹⁷ mas também pelos próprios Cc. de 1852 (o primeiro Cc “endógeno” da América Latina) e de 1936:

Art. 1.800 Cc. per. 1852: “El mutuo es un contrato real por el que una persona entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles...”.

Art. 1.573 Cc. per. 1936: “Por el mutuo, una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso...”.

A natureza real do mútuo não era posta em dúvida nem pela doutrina elaborada sob a vigência do Código do século XIX,¹¹⁸ nem por aquela do tempo em que imperava o Código de 1936.¹¹⁹

Ao contrário, a codificação mais recente de 1984 optou definitivamente pela consensualidade, evidenciada pelo art. 1.648 que, sobre esse assunto, confirma os esboços dos projetos anteriores de 1980, 1981 e 1984.¹²⁰

Art. 1.648 Cc. per. 1984: “Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad”.

E o mesmo Cc. per. 1984, para evitar qualquer possível ambiguidade, também estabelece no art. 2.112 que:

Art. 2.112: “Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los art. 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio”.

A doutrina peruana afirmou que esta alteração não é “ni exótico, ni original”, e em sua base se coloca o fato de que não deve existir nenhum impedimento ao princípio da liberdade de as partes acordarem sobre o empréstimo antes da entrega da coisa.¹²¹ Clara e declarada é a inspiração seja no Cc. federal do México, anteriormente mencionado, e ao princípio consensualista por ele adotado, seja na doutrina alemã (sobretudo Larenz), seja na francesa (sobretudo Mazeaud).¹²²

Certamente, a opção do legislador peruano revela-se ter sido adotada de maneira clara e consciente. Parece-me, contudo, que o próprio Cc. per. 1984 tenha deixado resíduos da configuração real atribuída ao mútuo pelos Cc. anteriores desse país. Um exemplo me parece ser o art. 1.664, o qual declara concluído o mútuo pela quantidade efetivamente recebida, e não por aquela declarada.

Art. 1.664 Cc. per. 1984: “Si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso”.

Ora, se o mútuo é concluído com a simples troca de consentimentos, a *traditio* permanece como um requisito de eficácia do contrato, que é, portanto, *celebrado* pelo montante acordado, ainda que, como é óbvio, o mutuário restitua somente aquilo que efetivamente recebeu.¹²³

(C) Cuba

Em alguns aspectos, Cuba também apresenta uma evolução análoga àquela do Peru. O Cc. de 1889, que, na realidade, era uma adoção do Cc.

Espanhol,¹²⁴ também codificando o princípio consensualista no art. 1.258 (“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”), considerava a *datio* como pressuposto na definição do mútuo:

Art. 1.753 Cc. cub. 1889 = Cc. SPA.: “El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles, adquiere su propiedad, y está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”.

Ao contrário, o novo Cc. cubano de 1987,¹²⁵ apesar de não confirmar a regra sobre o valor fundamental da mera aquiescência em contratos, trata do mútuo entre particulares como um contrato consensual, enquanto mantém a estrutura real para o mútuo bancário.

Art. 379 Cc. cub. 1987: “Por el contrato de préstamo una de las partes se obliga a entregar a la otra una cantidad de dinero o de bienes designados solamente por su género, y está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad dentro del plazo convenido”.

Art. 447 Cc. cub. 1987: “Por el contrato de préstamo bancario, el banco pone a disposición del interesado una suma de dinero para aplicarla a un determinado fin, obligándose este a su devolución y al pago del interés convenido, que no puede exceder del legal”.

A doutrina cubana, entretanto, não tem dificuldades em encontrar, na reavaliação do *Ordenamiento de Alcalá*, anteriormente mencionado, as raízes desta variação.¹²⁶ Em todo caso, reconhece-se, contudo, que a distinção entre contratos reais e contratos consensuais “resulta de la naturaleza de las prestaciones contractuales, naturaleza que el legislador no puede modificar a su albedrío”¹²⁷: portanto, de qualquer modo, a categoria dos contratos reais deve ser reconhecida e mantida, mas a ela pertencem o penhor com o desapossamento e a doação de bens móveis, mas certamente não o mútuo entre particulares (mas sim o mútuo concluído entre um particular e um banco).¹²⁸

11.3 | **CONCLUSÕES**

Nas conclusões, parece-me oportuno destacar dois perfis emergidos da análise realizada até o momento; um relativo à natureza real ou consensual do mútuo, do ponto de vista da tradição jurídica; outro, relativo à construção jurídico-dogmática das operações de empréstimo (prevalentemente de dinheiro).

Do primeiro ponto de vista (o perfil da reconstrução histórica), as evidências apresentadas demonstram como no sistema jurídico romanístico não existe um enquadramento único do mútuo. Particularmente, não há dúvidas de que o direito romano clássico estruturava este contrato como real, tanto na construção dogmática que dele faziam os juristas como nos eventos práticos, em que a *datio*, por mais que desmaterializada, constituía sempre o seu pressuposto de existência.

Ao mesmo tempo, todavia, os próprios romanos sabiam da necessidade de se resolver hipóteses diferentes, de certa forma mais complexas, em que a *datio* fosse “espiritualizada”, até o ponto de praticamente desaparecer. No entanto, descobertas epigráficas demonstram como cada vez mais frequentemente a obrigação de restituição do mutuário era formalizada em *stipulationes* (cd. *Stipulationsdarlehen*), que nem sempre vinham, como tais, precedidas da *dationes*; na mesma linha, em seguida, deve ser considerada a problemática da *non numerata pecunia*, que evidenciava a injustiça acerca da obrigação de restituir aquilo que jamais havia recebido. Em tais casos, a operação creditícia fundava-se tão somente na troca de consentimentos ou, no máximo, em sua formalização dentro do mecanismo da *stipulatio*, e o elemento de natureza real (a *traditio*) servia unicamente para tornar inoperante a *exceptio (doli, primeiro, non numeratae pecuniae, depois)*, à disposição do promitente contra o estipulante que agia com dolo.

Como um contrapeso em relação a essa situação, encontramos previsão por parte dos juristas da possibilidade de se concluir promessas de mútuo na forma de *stipulationes de mutuo dando*, que nunca vinculavam o estipulante à aceitação do dinheiro, mas sempre obrigavam o promitente inadimplente ao ressarcimento do dano (*vide* D.45,1,68: *supra*, nota 16).

Essa situação encontra-se refletida em uma perfeita linha de continuidade dentro do sistema jurídico latino-americano, no qual os traços evidentes de

unidade de sistema próprio não escondem as especificidades de alguns ordenamentos individuais. Particularmente, o *derecho de Castilla y León*, motivado pela *Ley única do Ordenamiento de Alcalá* de 1348,¹²⁹ anteriormente mencionado, estabelece o princípio pelo qual em todos os contratos *solus consensus obligat*. Esse princípio, recebido pela doutrina ibero-americana e refletido nos territórios do Novo Mundo, acaba por constituir uma especificidade do sistema jurídico latino-americano em um momento (século XIV) em que, na Europa, tal princípio ainda estava longe de se afirmar, por mais que extensivamente reiterado durante os séculos XVII e XVIII. Na América Latina, o princípio do consensualismo permanece de certo modo inerte durante o processo de Codificação do século XIX: de fato, todos esses Cc. (assim chamados *Códigos de la independencia y de la trasfusión del derecho romano*) continuam a considerar o mútuo como um contrato real, ainda que, em geral, evidenciando o papel predominante do consentimento no momento da conclusão dos contratos.

O traço presente no *Ordenamiento de Alcalá*, reforçado por elementos internos ao sistema latino-americano (p. ex., o *Proyecto García Goyena*) e também por elementos de algum modo externos ao próprio sistema (a publicação do *OR* suíço em 1911 ou as obras de alguns estudiosos franceses ou alemães supramencionados) ressurgiu imperioso com o Cc. federal do México de 1928, o qual codifica o mútuo como um contrato puramente consensual, como qualquer outro contrato.

Do segundo ponto de vista (construção jurídico-dogmática do mútuo), a indagação a ser respondida é sobre a conveniência de se construir o mútuo como um contrato real ou, ao contrário, como um contrato consensual, haja vista que ambas as construções encontram-se presentes no sistema jurídico romanístico (tanto no subsistema europeu como no subsistema latino-americano, que aqui nos interessa).

Acredito não haver uma resposta única a essa questão, conforme demonstra a diversidade de modelos existentes no mesmo sistema: não é verdade que o mútuo real seja melhor ou mais conforme à lei do que o mútuo consensual ou vice-versa.

A meu ver, existem várias hipóteses negociais, às quais é justo que correspondam diversas construções dogmáticas, quase como se se tratasse de

roupas diferentes para modelos parecidos, mas de alguma forma, dotados de peculiaridades distintas.

Especialmente nas operações de empréstimo de dinheiro, quando a necessidade do mutuário é a imediata disponibilidade da quantia, por exemplo, porque deve adquirir uma casa, ou um automóvel ou qualquer outra coisa, não há dúvidas de que o contrato que melhor atenderá à necessidade de ambas as partes (mutuante e mutuário) seja o mútuo real, no qual a *traditio* é o pressuposto essencial à própria existência do contrato: sem a tradição, o mútuo nem sequer chega a existir, porque sem a tradição não há a satisfação da necessidade que motivou o mutuário a solicitar o empréstimo e o mutuante a concedê-lo, qual seja, a de ter imediatamente à disposição a quantia *de quo*.

Pelo contrário, não deve ser mal compreendido o fato de a prática moderna (e, como vimos, também a antiga) exigir a existência de uma forma “obrigatória” de empréstimo, de tal modo que “Il mutuuario sappia di poter fare affidamento sulla promessa del mutuante”.¹³⁰

Isso se verifica quando, para o mutuário, é suficiente poder confiar na “asseguração” do mutuante (que normalmente é um banco ou contraente “grande”), que lhe emprestará aquela determinada quantia. Trata-se de uma operação de empréstimo que, se quisermos, podemos também denominá-la mútuo ou mútuo obrigatório, a qual deve ser rigorosamente distinguida da mera promessa de mútuo, e que também se diferencia do mútuo real acima referido, porque, neste caso, a entrega efetiva do dinheiro pertence à fase de execução do contrato e não à fase de sua conclusão.

A meu ver, no entanto, como ensinam as fontes romanas, esse mútuo consensual deveria ser ponderado com dois ajustes, que visam, sobretudo, tutelar o contraente “frágil” da relação.

Por um lado, é necessário garantir ao mutuante a possibilidade de recusar a entregar a quantia prometida, desde que constatada relevante alteração nas condições patrimoniais do mutuário, capaz de gerar dúvida legítima sobre a sua capacidade de restituir o empréstimo.¹³¹

Por outro lado, parece-me necessário garantir ao mutuário a possibilidade de recusar a receber toda a quantia pactuada, caso, em seguida, dela não haja mais necessidade, sem que, por isso, seja condenado a alguma coisa.

Trata-se de um ajuste visando ao equilíbrio da relação contratual, ajuste esse que leva em consideração a diferença de poder contratual entre uma instituição financeira e um seu devedor¹³² e que, de resto, está em conformidade com o modelo oriundo das fontes romanas acima vistas.

NOTAS

* O presente artigo inspira-se na palestra intitulada *Diversità di modelli e tentativi di unificazione nel diritto dei contratti dal diritto romano al diritto moderno: l'esempio del contratto reale di mutuo tra Italia e Messico*, proferida no curso do XXXII Seminário Anual da Academia Mexicana de Direito internacional privado e comparado (AMEDIP), realizado em Tijuana (México) e San Diego (USA) nos dias 11 a 14 de novembro de 2009. Alguns resultados parciais foram expostos em *Il contratto di mutuo tra realtà e consensualità*, palestra proferida durante o Congresso Internacional *Tecniche di armonizzazione del diritto in America Latina tra ordinamenti e sistema*, realizado em Roma, nos dias 20 a 22 maio de 2010; e depois em *Il contratto reale di mutuo tra resistenze dogmatiche e istanze di cambiamento: Italia e Argentina*, palestra proferida em Nápoles, nos dias 17 e 18 de novembro de 2011, durante o Congresso *Italia e Argentina. Metodi scientifici, tradizioni e stili. L'impatto della cultura giuridica tra Europa e America Latina*. A versão em italiano foi publicada em *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, 27/2009, 101-132; a versão espanhola em *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, sob a coordenação de C. MASI DORIA e C. CASCIONE, Napoli, 2013, p. 261-298.

A pesquisa que aqui apresento foi não só ampliada com notas de fontes e bibliografia, mas também estendida a toda a América Latina.

1 Sobre a gênese do sistema jurídico romanístico e sobre as especificidades dos subsistemas que dele derivam, ainda que dele se diferenciando por peculiaridades próprias, cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil em Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago (Chile), 2000, p. 284 ss., com rica bibliografia na nota 587, a que de qualquer modo é necessário, por último, acrescentar pelo menos S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, em *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, 24/2007, p. 3 ss.; mas também D.F. ESBORRAZ, *La individuación del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (I) e (II)*, em *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, 21/2006, p. 5 ss.; e 24/2007, p. 33 ss. Para um elenco das problemáticas teórico-dogmáticas ainda não resolvidas quanto ao contrato de mútuo, limito-me nesta sede a remeter (não só para as circunstâncias italianas) a L. NIVARRA – G.W ROMAGNO, *Il mutuo*, em *Il diritto privato oggi*, sob a coordenação de P. CENDON, Milano, 2000 onde pode ser consultada bibliografia a respeito.

2 Às circunstâncias europeias e à italiana em particular, reservarei tratamento adequado em um trabalho ao qual estou me dedicando.

3 Cf., para não fazer apenas um exemplo, Gai. 3,90 = I.3,14 pr: *Re contrahitur obligatio veluti mutui datione*; D. 12,1,2,1-2 (Paul., 27 ad. ed.) *Mutui datio consistit in his rebus quae pondere numero mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire...; appellata est autem mutui ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio*. Sobre esse assunto na doutrina, basta ver M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1995, p. 541; para estudos romanísticos especificamente dedicados à *mutui datio*, cf. P. E. HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien*, Stuttgart, 1882 (reimp. Amsterdam, 1965); P. E. VIARD, *La “mutui datio”. Contribution à l’histoire du fondement des obligations à Rome*, Paris, 1939; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il mutuo*, Milano, 1947; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und im geltenden Recht*, Berlim, 1965; O. STANOJEVIC, *La “mutui datio” du droit romain*, em *Labeo*, 15,1969, p. 311 ss.; V. GIUFFRÉ, *Mutuo (storia)*, em *ED*, 27, 1977, p. 414 s.; ID, *La “datio mutui”. Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989; C. A. MASCHI, *La gratuità del mutuo classico*, em *Studi in onore di Balladore Pallieri*, I, Milano, 1978, p. 289 ss.; E. GÓMEZ ROYO, *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992; J. ROSET, “Mutui datio” y otros supuestos de “condictio”, em *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, sob a coordenação de J. PARICIO, Madrid, 1994, p. 227 ss.; M. SALAZAR REVUELTA, *La gratuidad del “mutuum” en el derecho romano*, Jáen, 1999; JUNG BYONG HO, *Darlehensvaluation im römischen Recht*, Göttingen, 2002.

4 As comédias de Plauto (século II a.C.) – a propósito das quais não ignoro as discussões a respeito da oportunidade ou não do seu uso como fontes do direito romano: cf. E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890 (reimp. Roma, 1968); e, recentemente, P. LEITNER, *Die plautinischen Komödien als Quellen des römischen Rechts*, em *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, sob a coordenação de E. CANTARELLA-L. GAGLIARDI, Milano, 2007, p. 69 ss. –, em que é recorrente a imagem de um escravo ou de um liberto em desesperada busca de dinheiro emprestado, constituem testemunho significativo da difusão deste contrato na Roma da média República.

5 Cf., sobre o ponto, depois de J. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Études d’histoire et d’ethnologie juridique*, Bruxelles, 1963, p. 303 ss., ver sobretudo C. A. MASCHI, *La gratuità* cit., p. 289 ss.; para a gênese e as evoluções da *condictio* romana, permitam-me a remeter a A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002.

6 Cf. D. 17,1,34 pr. (*Afr.*, 8 *quaest.*): *Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam*

*summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris, semissibus; quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint. Respondit non esse creditam... Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt...; D. 12,1,15 (Ulp., 31 ad ed): Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam... ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta; quanto ao problema aqui enfrentado, parece colher-se uma evolução de pensamento entre uma posição mais “fechada” (Giuliano e Africano) e uma mais “aberta”: para ulteriores aprofundamentos, vide o que digo em A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., p. 392 ss.*

7 Por exemplo, diversos juristas concordam sobre a possibilidade de o mutuário obrigar-se a restituir como mútuo o dinheiro originariamente recebido em depósito: cf., além das passagens citadas na nota precedente, também D. 12,1,9,9 (Ulp., 26 ad ed.): *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur; entretanto, para mútuos concluídos por meio de espécies delegatórias, basta recordar D. 12,1,9,8, (Ulp., 26 ad ed.): ...Julianus...scribit...nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.*

8 Cf. D. 13,4,6 (Pomp., 22 ad Sab.): *[actio arbitraria competit sí] mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur.*

9 D. 12,1,22 (Iul., 4 ex Min.): *Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est; quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret... Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset....*

10 D. 12,1,11,1 (Ulp., 26 ad ed), onde o único limite era determinado pela quantia da *datio*: *Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.*

11 Vide o acima mencionado (nota 7) D. 12,1,9,8 (Ulp., 26 ad ed): *... nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiratur obligatio.* Sobre a tendência de se permitir seja determinada pela *voluntas* uma série sempre maior de contornos no plano do contrato real de mútuo, é fundamental o estudo de M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, em *Eranion Maridakis*, I, Athenis, 1963, 155 ss. (= em *Ausgewählte*

Schriften, v. II, Napoli, 1976, p. 271 ss.); ao qual nada acrescenta G. SACCONI, “Conventio” e “mutuum”, em *Index*, 15, 1987, p. 423 ss.

12 A prática de reduzir os mútuos à veste formal de *stipulationes* é amplamente atestada no Digesto, assim como nas fontes epigráficas: para os fins que aqui interessam, parece particularmente significativa a conceituação dos juristas severianos sobre o valor da *stipulatio*, que provavelmente reflete o regime clássico: cf. D. 46,2,6,1 (*Ulp. 46 ad Sab.*): *cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est*; em D. 45,1,126,2 (*Paul. 3 quaest.*): *quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum*; por outro vértice, a difusão na prática de quirógrafos e estipulações que atestam esse tipo de empréstimo é testemunhada por diversos passos do Digesto (*vide*, por exemplo, a mero título exemplificativo e sem nenhuma pretensão de exaustividade: D. 12,1,40 [*Paul, 3 quaest*]; D. 22,1,41,2 [*Mod., 3 resp.*]; D. 45,1,122 pr. [*Scaev., 28 dig*]), e também por numerosas descobertas epigráficas; cf. as Tábuas redigidas pela família dos Sulpici e reencontradas em Pozzuoli em 1959 (sobre as quais cf. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell’archivio puteolano dei Sulpicii*, v. I, Roma, 1999, 132 ss.); por fim, não parece existir mais dúvida sobre a origem pós-clássica da *obligatio re et verbis* da qual nos fala Modestino, em D. 44,7,52 pr. e 3 (*Mod., 2 reg.*). Sobre todas essas problemáticas, cf. M. TALAMANCA “*Una verborum obligatio*” e “*obligatio re et verbis contracta*”, em *IURA*, 50, 1999 (publicada em 2003), p. 7 ss., com uma pontual reconstrução da evolução doutrinária sobre o tema; por último, volta ao tema também A. PETRUCCI, *Applicazione della stipulatio in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico*, em *Derecho Civil y romano. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, sob a coordenação de J. ADAME GODDARD, México, 2006, p. 237 ss.

13 Entre as muitas passagens às quais se poderia reportar, merece recordar particularmente D. 12,1,30 (*Paul., 5 ad Plaut.*). *Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*, onde se reafirma a possibilidade, para o devedor que tenha concluído o acordo de restituição, de não aceitar a quantia em mútuo; ele, em todo caso, era protegido primeiro pela *exceptio doli*, depois pela *exceptio non numeratae pecuniae* (*vide* Gai., 4,116 a). Sobre o ponto cf. M. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984; W. LITEWSKI, *Non numerata pecunia im Klassischen römischen Recht*, em *SDHI*, 60, 1994, p. 405 ss. Para esses casos, a partir da Glossa falar-se-á de “mutuo civile”: *vide infra*, nota 21.

14 A referência era a uma complexa operação de financiamento creditício, mascarada por uma venda com pagamento a prazo, vinculada a uma retrovenda com pagamento

imediatamente: “A” vende para “B” certo bem ao preço de 120, que “B” restituirá até certa data, talvez até mesmo em parcelas mensais; ao mesmo tempo, “B” vende o mesmo bem para “A” ao preço de 100, que “A” paga imediatamente; o resultado é que “B” deverá pagar, até a data final acordada, o valor de 120, por uma quantia efetivamente recebida de 100; do ponto de vista substancial, o resultado é um mútuo de 100 com 20 de lucro (a diferença entre os dois “preços”); a doutrina da idade média discutiu longamente sobre a licitude deste contrato, com o qual frequentemente se escondiam vantagens usurárias: cf. K. ZIEGLER, *Dissertatio de mohatrae contractu*, Wittenberg, 1663; E. BUSSI, *Contractus mohatrae*, em *Rivista di storia del diritto italiano*, 5, 1932, p. 492 ss.; C. GARDAHI, *Le prêt à intérêt et l’usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne e de la loi islamique*, em *Revue internationale de droit comparé*, 7, 1955, p. 517 ss.; P. VISMARA, *Oltre l’usura. La chiesa moderna e il prestito a interesse*, Soveria Mannelli, 2004, p. 84 s.

15 Cf. D. 17,1,34 pr. (*Afr.*, 8, *quaest.*). *His argumentum esse eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum*; D. 12,1,11 pr. (*Ulp.*, 31 *ad ed.*): *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*; D. 19,5,19 pr. (*ulp.*, 31 *ad ed.*): *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris...*

16 Cf. D. 45,1,68 (*Paul.*, 2 *ad ed.*): *... si ita stipulatus fuero: ‘pecuniam te mihi crediturum spondes?’*, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest; ligeiramente diversa é a stipulatio empregada na concessão de um mútuo: cf.: D. 12,1,42,1 (*Cels.*, 6 *dig*) *Labeo ait, cum decem dari curari stipulatus sis, ideo non posse te decem dare oportere intendere, quia etiam reum locupletioem dando promissor liberari possit: quo scilicet significat non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat*; D. 45,1,67,1 (*Ulp.*, 2, *ad ed.*) *Eum, qui ‘decem dari sibi curari’ stipulatus sit, non posse decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait: idque et Celsus libro sexto digestorum refert*; finalmente, parece-me poder duvidar legitimamente do fato que pertença à espécie aqui considerada também D. 12,1,30 (*Paul.*, 5 *ad Plaut.*) *Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat (supra, nota 13).*

17 Assim R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996 (1. ed. South Africa 1990), 159: “the first step towards the recognition of a mere loan by agreement”.

18 Cf. sobre o ponto A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil cit.*, 2000, p. 152 ss.

19 Em particular, as *Partidas* detêm-se, por exemplo, sobre os mútuos concedidos a Igrejas ou monarcas (*ley 3*), ou a menores submetidos a poder alheio (*leyes 4-5*) ou sobre os empréstimos concedidos por banqueiros (*ley 7*) etc.; sobre o tema, cf. MERELLO ARECCO, *Algunas consideraciones en torno a la noción de mutuo en las Partidas y sus relaciones con el Digesto*, em *Rev. de est.. hist.-jur.*, 1, 1976, 118 ss., cuja colaboração para o tema da construção dogmática do mútuo, porém, é pouco ou nada contributiva.

20 Basta a referência a *Part. 5, 1 ley 1*: “E tal prestamo como este es llamado en latin Mutuum, que quiere tanto dezir en romance, come cosa emprestada, que se faz a ruego de aquel a quien la impresta: ca passa el señorío de qualquier destas cosas al que es dada por prestamo”. Significativa me parece também a fórmula da *Carta de los empreritos*, uma espécie de *instrumentum mutui* redigido pelo mutuante, do qual se fala em *Part 3,18, 70*: esta, de fato, prevê o reconhecimento de que o devedor “recebio de Gonçalo Vicente veinte maravedis en razon de prestados, los quales... prometio... de tornar”.

21 Parece-me evidente a vinculação entre esta posição de Gregório López com a construção por parte dos glosadores da categoria do “mútuo civil”, que, contrapondo-se ao “mútuo natural”, teria lugar quando a *datio* verdadeira e própria não se verifica, exatamente como no caso da *non numerata pecunia* depois de decorrido o biênio de prescrição da *querella*: cf., por exemplo, gl. *tuum* em D. 12,1,2,2 e gl. *creditum* em D. 12,1,2,3. O ponto não pode ser aqui aprofundado e merece tratamento adequado. Basta aqui tão somente assinalar como a concretização depois do biênio de uma obrigação de restituição de um mútuo de dinheiro nunca recebido estava presente não só na doutrina hispânica a partir do século XVIII (cf., por exemplo, I. J. DE ASSO Y DEL RIO Y M. DE MANUEL Y RODRIGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid, 1786⁴, p. 185 s.), mas é transfundido em numerosas codificações latino-americanas, algumas delas ainda vigentes.

22 De reforma fala expressamente L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, v. V, t. X-I (*De las obligaciones*), Santiago, 1992 (1^a ed., 1927, 579 s.; para a inspiração na *aequitas* canônica desta reforma revolucionária, vide A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos en el derecho indiano*, em *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, 7/199, p. 122, s.

23 Cf. A. LEVAGGI, *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*, v. II, Buenos Aires, 1982, p. 24s.; sobre o ponto vide ainda R. CARDILLI, *La “buona fede” come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*,

em *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, 13/2002, p. 123 ss. (= *Studi in onori di A. Burdese*, v. I, Padova, 2003, p. 283 ss.); ID., “Bona fides” *tra storia e sistema*, Torino, 2004, p. 65 s.; lembro que o direito indígena (cf. sobretudo a *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* de 1860) pouco contribui para as temáticas de direito privado, concernindo na maior parte temática de direito público: cf., por todos, A LEVAGGI, *Introducción a los contratos* cit., p. 121.

24 Cf. D. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, Valencia, 1573, (fol. 5, lib I, *De las obligaciones y promisiones*, cap. VIII).

25 Vd., Cf. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, loc. cit. na nota precedente, a juízo de quem as *Partidas* “cessam” sua vigência a respeito.

26 Cf. B. de ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, loc. cit. nota 24; é significativa a definição de mútuo que o próprio Albornoz dá (*vide* fl. 49, lib. II, Tit. III, *De el empréstido*, cap. I): “Empréstido es el Pleyto entre los ombres que prestan los unos de lo suyo a los otros”.

27 Cf. B. DE ALBORNOZ, *Arte de los contratos*, cit., (foll. 37 ss. Lib. II, *Prologo*); de tal modo, assim como o mútuo também a venda é considerada por Albornoz um contrato real, enquanto a fidejussória seria um contrato pessoal e o depósito um contrato misto, porque nestes últimos são igualmente levados em consideração *res e persona*.

28 Sobre a difusão do Projeto de García Goyena na América Latina, *vide* A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., p. 426 e ss.

29 Cf. sobretudo G. BAUDRY-LACANTINERIE – A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil XXIII. De la société, du prêt, du dépôt*, Paris, 1907, p. 359 s.

30 Cf. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, v. III, Madrid, 1852 (reimp. Zaragoza, 1973, parágrafo do art. 976; *vide* também F. GARCÍA GOYENA, J. AGUIRRE, J. M. MONTALBÁN, *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, v. II, Madrid, 1852², num. 2635, p. 206, nota 1.

31 Cf. A. LEVAGGI, *Introducción a los contratos*, cit., p. 123 s.

32 Cf. A. GUZMÁN BRITO, *La promesa obligacional en las “Partidas” como sede de la doctrina general de las obligaciones*, em *Revista chilena de derecho*, 34, 2007, p. 395 ss.

33 Cf. P. GOMES DE LA SERNA-L.M. MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal de España*, v. II, Madrid, 1861⁶, *vide* también L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* cit., p. 581 “el legislador... no entendía con ello desnaturalizar los contratos reales” assim “es imposible, em efecto, refundir los contratos reales en los contratos consensuales”; e, por último, D. F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema em America Latina*, Buenos Aires, 2006, p. 143 ss.

34 J. SALA, *Ilustración del derecho real de España*. Viol. I, Madrid, 1832³, 390, II, 19, 4 (*vide* entretanto también J. SALA, *Institutiones romano-hispanae*, v. II, Valentiae, 1789, I, 3, 13, 1, 289): “Los contratos reales, de que venemos á tratar, llamados asi porque necessitan para su constitución, que se entregue alguna cosa, que em latin se dice *res*, son tres, mutuo, comodato, depósito”; desta obra, como é sabido, existem várias edições publicadas em diversos Países da América Latina, existindo assim um SALA mexicano, chileno, colombiano etc.: cf. M. PESET, *Novíssimo Sala mexicano*, II, aos cuidados de B. BERNAL, México, 1988, p. 895 ss., mas *vide* também *infra*, nota 111; sobre o ponto.

35 Cf. IJ. DE ASSO Y DEL RIO Y MIGUEL Y RODRIGUEZ, *Institutiones del derecho real de Castilla*, II, Madrid, 1806⁷, lib. II, tit. 11: “El contrato de empréstito es aquel por el cual se pasa á dominio de otro la cosa fungible con obligación de volver otro tanto de la misma especie”.

36 E. DETAPIA, *Febrero novíssimo, o libreria de escribanos, abogados y jueces*, II, Valencia, 1828, 465: “Mutuo se llama la entrega gratuita de alguna de aquellas cosas que se acostumbra medir, pesar ó contar, y que no pueden usarse sin consumirse, á fin de que el mutuário disponga de ellas como dueño, obligandose á devolver al mutuante igual cantidad en especie, bontad y demas calidades”.

37 A obra, como é sabido, intitulava-se *Institutiones de Derecho de Castilla y de Indias*, editada pela primeira vez na Guatemala nos anos 1818-1820; cito a edição cuidada por D. VÉLEZ SÁRSFIELD, com o título *Institutiones de derecho real de España*, Buenos Aires, 1834, 338, lib. III, tit. XIV, § 751 (*vide* também lib. IV, tit. VI, § 1181): “los contratos que se perfeccionan por la tradición se llaman reales, como el mútuo, comodato, depósito, prenda”.

38 Cf. J. E. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, ó sea Resúmen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos*, Valencia, 1838, p. 428, o qual admitia, no máximo, a vinculação da promessa de mútuo.

39 Cf. J. N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas hispano-mexicanas*, v. II, México, 1839 (reimp. 1980), num. 2900, p. 518. Sobre esta figura de jurista, também com referência à obra de Escriche cit. na nota precedente, vide M. GONZALES DOMÍNGUEZ, *Juan N. Rodriguez de San Miguel, jurista conservador mexicano*, em *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, aos cuidados de N. GONZALES MARTÍN, v. I (*Derecho romano. Historia del derecho*), México, 2006, p. 233 ss.

40 Assumo a terminologia de S. SCHIPANI, *I codici latinoamericani della “transfusión” del diritto romano e dell’indipendenza. Verso Codici della “mezcla” e “Código tipo”*, em *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, sob a coordenação de S. SCHIPANI, Padova, 1991, p. 665 ss. (= em espanhol, em *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, sob a coordenação de A. LEVVAGGI, Buenos Aires, 1992, p. 15 ss.) a indicar os Códigos que se afirmaram no primeiro século da independência dos Países da América Latina, substancialmente até o Código Civil do Brasil de 1916.

41 Acevedo, que também é famoso por ter colaborado com Vélez Sársfield na redação do Código de comércio argentino (1862), levou a termo, ainda bem jovem, o lembrado Projeto de Código: tinha apenas 37 anos. Não obstante a isso, a sua obra não faltou de deixar uma sensível marca no processo de codificação não só do Uruguai, mas de toda a América Latina: cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., p. 459 ss.

42 Cf. E. ACEVEDO, *Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1852.

43 Cf. art. 1819 do Código italiano de 1865: “Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all’altra...”; para os debates sobre este ponto, vide em particular V. GIUFFRÉ, *La “datio mutui”* cit., p. 17 s.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, em *I singoli contratti*, em *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO*, Torino 1999, p. 19 ss.

44 De *Codigos de la madurez* fala A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., p. 349 s.

45 Cf., pelo menos, os Cc. do Uruguai e Argentina, sobre os quais *vide infra* no texto; sobre o ponto, cf. também D. F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema* cit., p. 144 e as notas 168 e 169.

46 Veremos como, além da Colômbia, onde foi adotado o Código de Bello, esse modelo codificador para o mútuo retorna em outros Países, como a República Dominicana

ou a Venezuela. Sobre o ponto, remeto aos amplos aprofundamentos de D. F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema cit.*, p. 147 ss.

47 Nesse sentido, cf. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, v. V, t. X-I, cit., p. 579 s.

48 Cf. R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, v. I, Santiago, 1993, p. 74 s., ver também J. OSUÑA GÓMEZ, *Del contrato real y de la promesa de contrato real*, Santiago, 1947, *passim*.

49 Cf. J. PEIRANO FACIO, *Curso de contratos*, Montevideo, 1962, p. 204 ss.

50 A construção do mútuo como um contrato consensual submetido à *condicio iuris* da *traditio* remonta pelo menos à Pandectística alemã (cf. K. ADLER, *Realcontract und Vorvertrag*, em *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts [Jhering's Jahrbücher]*, 31 1892, p. 190 ss.); na Itália foi exaltada por F. MESSINEO, *s.v. Contratto*, (*dir. priv.*) em *ED*, v. IX, 1961, p. 883 (mas em parte *vide* também G. OSTI, *s.v. Contratto*, em *NDDI*, v. IV, 1968, p. 485 s.); para uma versão mais refinada, que vê na *traditio* uma “concausa de eficácia” do contrato, isto é, um ato “não obrigatório voltado a tornar eficaz o já vinculante contrato”, *vide* V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989; para uma crítica a essas teorias, que se esforçam para diferenciar os contratos reais dos consensuais, *vide* F. MASTROPAOLO, *I contratti reali cit.*, p. 38 ss.

51 Cf. J. SÁNCHEZ FONTÁNS, *La teoría del contrato real y el Código civil uruguayo*, em *Rev. C. E. D.*, t. 19, n. 86, Montevideo, 1958, p. 627 ss. (que porém não pude ver); contra uma postura semelhante vale a observação pela qual “entre um contrato real e um contrato consensual não parece possa subsistir uma relação de continência, senão de incompatibilidade”; cf. G. BENEDETTI, *Dal contratto al contratto unilaterale*, Milano, 1969, p. 77.

52 Cf. G. ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, v. I (*La obligación y el contrato*) Montevideo, 1998, p. 283 ss.: “hoy se trata de una categoría producto de una mera tradición histórica y que debería ser eliminada del derecho contemporáneo”.

53 Cf. J. GAMARRA, G. FERNANDÉZ, J. QUIRÓ SALDAÑA, *Contratos reales*, em J. GAMARRA (ET ALII), *Tratato de derecho civil uruguayo*, v. IX, Montevideo, 2003⁴, p. 12 ss. (mas *vide* também p. 36 ss.): “la figura del contrato real no tiene una justificación propia

en el plano lógico-jurídico, y debe explicarse por razones de carácter histórico, que mantuvieron, por razones de tradición, una categoría que hoy no tiene razón de ser”.

54 Trata-se de um ponto no qual Vélez distancia-se nitidamente do modelo oferecido por Freitas (*vide, supra*, no texto, letra A); sobre o ponto *vide* G. A. BORDA, *Tratado de derecho civil*, v. II (*Contratos*), Buenos Aires, 1983⁵ (1ª ed. 1995), p. 775; J. M. APARICIO, *Contratos*, v. I (*Parte general*), Buenos Aires, 1997, p. 131; F. J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, v. I (*Parte general*), 1997⁴, p. 92 ss.; para uma crítica à norma, *vide* o chamado *Proyecto Bibiloni* (*vide, infra*, nota 64) p. 275 s., à luz do qual o promitente de um mútuo gratuito também restava obrigado ao cumprimento de sua obrigação, salvo se as condições patrimoniais da contraparte não fossem neste ínterim sensivelmente alteradas; analogamente, no mesmo sentido, *vide*, mais recente, E. C. WAYAR, *Contratos*, Buenos Aires, 1993, p. 221 ss.; J.M. ITURRASPE – M. A. PIEDECASAS, em *Código civil comentado. Doctrina-jurisprudencia-Bibliografía. Contratos. Parte general. Artt. 1137 a 1216*, sob a coordenação de J. M. ITURRASPE-M. A. PIEDECASAS, Santa Fe, 2004, p. 56 s.

55 “Bajo este respecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario [àquele do consensualismo], es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria.” Mas que, para Vélez, o mútuo era sem sombra de dúvida um contrato real é confirmado, caso fosse posteriormente necessário, também pela citação a I. 3,15,1 e a D. 12,1,1 que se lê na nota ao art. 2.240.

56 Cf. J. O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, v. VI, Buenos Aires, s.d. (mas 1898-1922), p. 94 ss.; B. LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, v. VI, Buenos Aires, 1931, p. 193 ss.; L. SEGOVIA, *El Código de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1933, p. 643, notas 1 e 4; R. M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, v. I (*Fuentes de las obligaciones*), Buenos Aires, 1957², p. 41 s.; e v. III, Buenos Aires, 1954², p. 536; A. J. RINESSI, *s.v. Préstamo de consumo*, em *Enciclopedia jurídica Omeba*, v. XXIII, Buenos Aires, 1967, p. 36 ss.; R. F. GARRIDO – J. A. ZAGO, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, Buenos Aires, 1985, p. 74 ss.; R. L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, t. III, Santa Fe, 2000, p. 362 ss. (*vide* também ID., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, 2004, p. 224 ss.), o qual também conhece e aprecia (p. 364) a base consensual que o Projeto de reforma do Cc. de 1998 outorga ao contrato de mútuo (*vide infra* nota 67; S. FRUSTAGLI, *Mutuo o préstamo de consumo*, em *Fundamentos de derecho contractual*, t. II (*Parte especial*), sob a coordenação de N. L. NICOLAU, Buenos Aires, 2009, 591 ss.; sobre o ponto, *vide* também a nota seguinte.

57 Refiro-me, por exemplo, a J. O. MACHADO, *Exposición y comentario*, cit., p. 100 ss., que fala de contrato real e de obrigação de entregar a cargo do mutuante, mas, no mesmo sentido, *vide* também G. A. BORDA, *Tratado*, cit., p. 774 s., o qual primeiro afirma ser o mútuo um contrato bilateral, no qual existe “para el prestamista la obligación de entregar la cosa” (*vide* também a p. 780, onde o autor afirma que tal obrigação pode ser cumprida simultaneamente ou posteriormente à conclusão do contrato), e depois qualifica o mútuo como contrato real; para uma crítica justa a esta posição, *vide* R. M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, cit., p. 536.

58 Cf. A. A. ALTERINI, *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, 1998, p. 177 s.

59 Cf. J. M. APARICIO, *Contratos*, cit., 128 J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit. (*ed. actualizada*), Santa Fe, 1998, p. 65 s.

60 J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, cit., 65 s.

61 Cf. J. M. ITURRASPE-M, A. PIEDECASAS, em *Código Civil comentado. Contratos. Parte general*, cit., p. 48; E. C. WAYAR, *Contratos*, cit., p. 159 ss.

62 Cf. C. A. GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, v. I (*Parte general y especial. Empresas-Negócios-Consumidores*), Buenos Aires, 1999, p. 328: “los contratos reales, para producir sus efectos propios...”.

63 Cf. o *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, 1968, arts. 1411 ss. “el mutuo quedará concluido cuando una persona entregue en propiedad a otra una determinada cantidad de cosas fungibles...”.

64 Cf. J. A. BIBILONI, *Anteproyecto de reformas al Código civil argentino presentado a la Comisión encargada de redactarlo*, v. I (*Obligaciones, Parte especial*), Buenos Aires, 1932, p. 275; a respeito do Código Civil de Vélez, o Projeto de reforma propõe apenas o cancelamento das palavras “o préstamo de consumo”.

65 Cf. *Proyecto de reforma del Código civil*, Libro III (*continuación*), IV (*Actas de la sección de derecho civil*), Buenos Aires, 1962, p. 21 s.; a crítica não se refere somente à oportunidade da inserção dessa distinção no Cc. em reforma, de sabor sobretudo doutrinário (*vide supra*, nota 45), mas à utilidade em si da categoria, à luz do fato de que “hoy por hoy, parece bastería el mero acuerdo de voluntades para que el contrato

se perfeccione”, sem prejuízo de casos particulares, aos quais “recuperar” o mecanismo da realidade.

66 Cf. *Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial*, Buenos Aires, 1994, onde no art. 1140 se declara o mútuo um contrato inteiramente consensual.

67 Cf. *Proyecto de Cc. de la República Argentina* de 1998 (redigido pelos Professores ALEGRÍA, A. A. ALTERINI, J. H. ALTERINI, MÉNDEZ COSTA, RIVERA, ROITMAN), em *Antecedentes Parlamentarios*, 7/1999, onde no art. 1.404 se define o contrato: “Mutuo es el contrato por el cual el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”. Sobre a gênese e os objetivos desse *proyecto*, vide A. A. ALTERINI, *El proyecto de Código Civil de 1998. Perspectiva y prospectiva*, em *Instituciones de derecho privado moderno. Problemas y propuestas*, sob a coordenação de J. M. ALTERINI, S. PICASSO, J. H. WAJNTRAUB, Buenos Aires, 2001, p. 13 ss.

68 Cf. *Ord. Fil.*, 4,50: “Toda a pessoa, que empresta a outra coisa alguma, que consiste em numero, peso ou medida, como dinheiro... tanto que se recebe a tal coisa emprestada... fica sempre obrigado a pagar o genero...”.

69 Cf. P. J. DE MELO FREIRE, *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tam privati*, Coimbra, 1800³ (1. ed. Lisboa, 1789), IV, 2, 4; L. TRIGO DE LOURREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, v. II, Rio de Janeiro, 1872⁴ (reimp. Brasília, 2004), § 656, 232, os quais repetem com forma substancialmente idêntica: “hoje todos os contractos são consensuaes, e assim, a sua divisão em contractos reaes, litteraes, consensuaes, nominados e innominados, de que o Direito romano se occupa com grande aparato, não tem uso algum entre nós, visto que as obrigações pacticias só nascem do consentimento das partes contractantes”; cf. também M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, v. II, Coimbra, 1844 (reimp. São Paulo, 1984), § 734, 418.

70 Deste ponto de vista, o Código de 1916 com certeza aprimorou o projeto preliminar, que enquanto para o comodato afirmava expressamente que este contrato era “perfeito pela tradição” (art. 1.464), não repetia norma símile para o mútuo nem dava a definição do contrato (vide arts. 1471 ss.): cf. *Projecto do Código civil brasileiro. Trabalhos da Comissão especial da Camara dos Deputados*, v. I, Rio de Janeiro, 1902, p. 252.

71 Cf. C. BEVILÁQUA, *Direito das obrigações*, Recife, 1895 (reimp. da 5. ed. Rio de

Janeiro, 1977), respectivamente 186 e 250, onde, porém, não se exclui a possibilidade de uma promessa de mútuo.

72 Cf. J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*, v. XVII [*Direito das obrigações (artigos 1188 – 1264)*], Rio de Janeiro – São Paulo, 1955⁶ (1. ed., 1957), p. 432 s., o qual admite apenas a promessa de mútuo.

73 Cf. C. M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. III (*Fonte das Obrigações*), Rio de Janeiro, 1998¹⁰ (1ª ed., 1963), § 185, p. 7 ss.; § 191, p. 36 s.; § 246, p. 218 ss.

74 Cf. F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, v. III (Parte geral), São Paulo, 1983⁴ (1. ed., 1954), p. 18 s.

75 Cf. F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, v. XLII (Parte especial), São Paulo, 1984⁴ (1ª ed., 1962), p. 8 ss., onde o autor assinala que a entrega no mútuo real não é um requisito de eficácia nem de validade, mas concerne à existência mesma do contrato.

76 F. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., p. 11 ss.

77 Cf. O. GOMES, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2002²⁵ (1. ed., 1959), p. 75.

78 Sobre o ponto, além de O. GOMES, *Contratos*, cit., p. 319; cf. também S. RODRIGUES, *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. III, São Paulo, 2002²⁸, p. 35 e 262; M. H. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, v. III (*Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*).

79 Cf., por exemplo, F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, v. VIII, Paris, s.d. (mas 1920²), p. 232 ss., o qual afirma que no direito colombiano o princípio consensualista, rejeitado em linha de princípio (“solo la tradición de la cosa perfecciona el contrato de mutuo”), não encontra guarida nem mesmo para a promessa de mútuo, que somente opera graças a uma espécie de *fictio traditionis* (vide em partic. 234 e 236); H. SALAMANCA, *Derecho civil*, t. IV (*Contratos*), Bogotá, s.d. (mas 1988), p. 225 ss.

80 Cf., p. ex., J. OVIEDO ALBÁN, *Apuntes sobre el contrato bilateral de promesa en el derecho privado colombiano*, em *Universitas*, 106, 2003, p. 652; no mesmo sentido

também a jurisprudência recente: citada por J. A. DEL CASTILLO, *Estudio sobre el perfeccionamiento del contrato de mutuo en el Código de Comercio colombiano*, que pode encontrar no endereço <<http://www.monografias.com/trabajos16/contrato-de-mutuo/contrato-de-mutuo.shtml>>.

81 Cf. C. J. G. BUSTAMANTE, *Categorías de contratos*, em *Derecho de las obligaciones*, v. I, sob a coordenação de M. CASTRO DE CIFUENTES, Bogotá, 2009, p. 481 s. e 484; G. OSPINA FERNÁNDEZ – E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, 2009⁷, p. 66 s., 230.

82 Cf. G. OSPINA FERNÁNDEZ – E. OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato*, cit., p. 67.

83 Cf. A VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, v. IV, Bogotá, 1988, p. 159 s.

84 O Cc. de 1976 da Bolívia, que sucede às codificações havidas neste país em 1831 e em 1845 é fortemente baseado no Cc. it. 1942: cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 22 ss.

85 Substancialmente idêntica era a formulação sobre o ponto do Cc. de 1830 (o famoso *Código de Santa Cruz*, que nada mais era se não uma reprodução do *Code Napoléon*: vide A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 307 ss.), que no art. 1.254 previa: “El mutuo es un contrato por el que una de las partes entrega a la otra una cosa o cosas que se consumen por el uso, con el cargo de que le ha de volver, en la misma especie y calidad”; sobre a ambiguidade da expressão *por el cual* (= pelo qual), vide o quanto dito *supra*, nota 43.

86 Cf. E. KAUNE ARTEAGA, *Curso de derecho civil. Contratos. Teoría general de los contratos*, v. I, La Paz, 2001⁵, 25.

87 Sobre o assunto, cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 282 e 513 ss., o qual lembra como na realidade, a partir do Cc. de 1873, os Cc. sucessivos não contribuíram senão com poucas alterações aos precedentes.

88 Cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 428 s.

89 Art. 1.528: “Préstamo es un contrato, por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra alguna cosa, de las no fungibles...”.

90 Literalmente idêntico era o art. 1.673 do Cc. ven. de 1880; para o Cc. 1893 *vide infra* a nota seguinte.

91 Os juristas venezuelanos parecem querer interpretar o princípio consensualista (contido na definição de contrato como acordo) como norma de caráter geral, e a norma sobre mútuo como contrato real como norma especial: para a doutrina mais antiga, *vide* A. DOMINICI, *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1893)*, IV, Santo Domingo, 1905 (reimp. Caracas, 1982), p. 169 (baseado no Cc. venezuelano de 1893); para a doutrina mais recente, cf. A. R. MARÍN E., *Contratos*, v. III, Mérida, 1998, p. 305 s.; E. MADURO LUYANDO – E. PITTIER SUCRE, *Curso de obligaciones. Derecho civil*, v. III, t. II, Caracas, 2005¹⁵, p. 566 ss.

92 *Vide* J. MELICH ORSINI, *Una visión a la evolución ibero-americana del contrato*, em AA.VV., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998, p. 151 ss.; ID., *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1993², p. 18 ss. e sobretudo p. 46 ss.; para uma orientação similar, *vide* também J. MEJIA ALTAMIRANO, *Contratos civiles*, Caracas, 2001, p. 412 ss.

93 Cf. art. 1.367 Cc. 1877 = art. 1.877 Cc. 1933: “[Los contratos son] ... reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa”.

94 Cf. art. 1.866 Cc. 1877 = art. 1.902 Cc. 1933 (“mútuo es un contrato real por el que una persona entrega a otra...”)

95 Significativas, nesse sentido, revelam-se não só a criação de uma parte geral dedicada ao negócio jurídico, mas também as mesmas afirmações a propósito da definição do contrato (*vide* Decreto Ley 106. *Exposición de motivos*, 49 nota 64): “Sin embargo la calificación de reales en oposición a los consensuales, va desapareciendo de la mayor parte de los códigos modernos. No hemos encontrado una razón satisfactoria... para que se conserve todavía esta división”.

96 Cf. *Decreto Ley 106*, cit.; 116, nota 129.

97 Cf. E.R. VITERI, *Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial)*, Guatemala, 1992, p. 345 ss.

98 Cf., sobre o ponto, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil* cit., p. 455 ss. e 526 ss.

99 Cf., p. ex., J.R. TORRES KIMSER, B. RÍOS AVALOS, J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho bancario*, Asunción, 1999², p. 226 ss.; M.A. PANGRAZIO, *Código Civil paraguayo comentado. Libro terceiro*, Asunción, 1998, p. 530 s., o qual, contudo, assume algumas posições que nem sempre se revelam tão límpidas, porque afirma, num primeiro momento, que o mútuo é um contrato real, mas em seguida acrescenta que se trata de um contrato bilateral, no qual “el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y calidad”.

100 Cf. R. SILVA ALONSO, *Derecho de las obligaciones en el Código Civil Paraguayo*, Asunción, 2000⁶, p. 423.

101 Cf. art. 1.892 Cc. rdo.: “El préstamo de consumo es un contrato, por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, quedando obligada esta última a devolver otro tanto de la misma especie y calidad”.

102 Cf. os arts. 1.486 e 2.126 Cc. equ., que correspondem aos arts. 1.443 e 2.196 do Cc. chil. acima mencionados.

103 Art. 1.954 Cc. sal.: “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”.

104 Cf. arts. 1.544 Cc. hon. para a definição de contrato real e 1932 Cc. hon. para o mútuo: “El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie e calidad”.

105 Cf. art. 1444 Cc. pan.: “El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”; no Panamá, em virtude de uma complexa tradição, vigeu o Cc. de Bello até a codificação de 1916, a qual foi por ele fortemente influenciada: cf. O. DEL MORAL, *El Código civil de Bello en Panamá*, em *Revista de Estudios Socios-Jurídicos*, 8, 2006, p. 169 ss.; em geral, para as influências do Código de Bello nesses países, vide A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 403 ss. (El Salvador), p. 420 ss. (Honduras), p. 423 ss. (Panamá).

106 Art. 1.343 Cc. cos.: “El mutuario adquiere en propiedad la cosa prestada y corre de su cuenta a todo riesgo desde el momento en que le fue entregada”; cf. A. BRENES CÓRDOBA, *Tratado de los contratos*, San José, 1998⁵, p. 49 e 325; sobre o “ecletismo” deste

Cc. em relação aos modelos em vigor naquele tempo, *vide* A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 467 ss.

107 Cf. art. 3.390 Cc. nic.: “Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir...”.

108 Cf. art. 1.644 Cc. por.: “El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”; sobre a “traslación a Puerto Rico del Código Civil de España” cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 480 ss.

109 Sobre a dependência do Código federal mexicano de 1928 dos modelos mencionados, *vide* sobretudo A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 426 ss.

110 Cf. art. 2.809 Cc. méx. 1870 = art. 2.684 Cc. méx. 1884: “El mutuario hace suya la cosa prestada, y es de su cuenta el riesgo desde que se la entregan”.

111 Cf. J. N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, *Pandectas*, cit., num. 2900 ss., p. 518 ss.; J. SALA, *Sala hispano mexicano, ó ilustración del derecho español*, v. II, Paris, 1844, p. 25, II,19,4; *Novísimo Sala mexicano, ó ilustración del derecho real de España*, v. I, com notas de J. M. DE LACUNZA, México, 1870, p. 743, II,19,4; C. J. FERRIER, *Paratitla ó exposición compendiosa de los títulos del Digesto*, v. I, México, 1853, p. 160, segundo o qual “la convención de prestar nunca puede constituir mutuo”; R. ROA BARCENA, *Manual teórico-práctico y razonado de las obligaciones y contratos en México*, México, 1861, p. 97 ss.; F. D. P. RUANOVA, *Lecciones de derecho civil*, v. II, Puebla, 1871, p. 64 ss.; M. MATEOS ALARCÓN, *Lecciones de derecho civil. Estudio sobre el Código civil del distrito federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884*, v. V, México, 1896 (reimp. México, 2004), p. 174 ss.

112 Cf. *Observaciones del Sr. Lic. Don Roberto A. Esteva Ruiz sobre los contratos de comodato, depósito y secuestro*, em *El Foro*, t. 9, n. 2, april-junio 1928, 205-207, em que este autor, criticada a construção de uma categoria unitária de “contratos de empréstimo” (tradicional a partir de Pothier, e que compreende o empréstimo de uso ou comodato e o empréstimo de consumo ou mútuo), declara expressamente considerar “un error del Proyecto, conservar la idea tradicional de que el comodato sea un contrato ‘real’ y ‘unilateral’, como está ahora”; “Propongo, por consiguiente, que en el nuevo Código se adopte el articulado del Código suizo de las obligaciones (305 al 318) tanto para el préstamo de uso, cuanto para el préstamo de consumo”; sobre o ponto *vide* também C.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, *De los derechos personales de crédito u obligaciones*, México, 1996, p. 103 ss.; R. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles. Teoría general del contrato – Contratos em especial – Registro público de la Propiedad*, México, 1998¹⁶, p. 223.

113 Cf. sobretudo I. GALINDO GARFIAS, *Teoría general de los contratos*, México, 1996, p. 95 ss.; e R. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*, cit., p. 221 ss.; em geral, sobre os acontecimentos que levaram à Codificação federal de 1928 no México e sobre os fatores que a influenciaram, já a partir do Projeto de Justo Serra de 1859-60, vide A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 430 ss.

114 Cf., além de outros autores cit. *supra*, na nota 112, E. GUTIERREZ Y GONZALEZ, *Derecho de las obligaciones*, México, 2005¹⁵, p. 248 s., o qual, contudo, confunde o contrato real com o contrato com efeitos reais; R. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil*, v. IV (*Contratos*), México, 2008³², p. 14 s. e 200 ss.; M.Á. ZAMORA Y VALENCIA, *Contratos civiles*, México, 2000⁸, p. 161 s.; não faz exceção sobre o ponto o projeto de reforma do direito das obrigações publicado em 1979: cf. I. GALINDO GARFIAS, *Código civil. Anteproyecto de las obligaciones*, México, 1979.

115 Cf. R. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil*, cit., p. 200 ss.

116 Sobre essa escolha, nada se extrai da *Exposición de motivos* redigida sob a coordenação de J. M. CAJICA CAMACHO, Presidente da Comissão redatora do próprio Código, que na p. 395 menciona como inovação para o mútuo tão somente aquela relativa às limitações à taxa de juros.

117 Cf., p. ex., J. E. DE OCHOÀ, *Manual del abogado americano*, v. I, Paris, 1827, p. 151 e 216; mais cauteloso é o Projeto de Cc. elaborado nos anos 1835-1836 pelo dr. Manuel Lorenzo de Vidaurre (cf. M. L. VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes. 2ª Parte. Dominio y contratos*, Lima, 1835, p. 193), o qual se limitava a prever que: “mutuo es el préstamo de una cantidad de dinero...”; de resto, nota-se a aversão de Vidaurre pelo direito romano e suas tradições: cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 272 e 332 ss.

118 Cf. J. SILVA SANTIESTEVA, *Derecho peruano. Parte civil*, Piura, 1853 (reimp. 1936), p. 145; O. TUDELA, *Curso de derecho civil romano*, Lima 1868, p. 102.

119 Cf. G. APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ, *Código Civil. Concordancias*, t. XIV [*Legislación y derecho civil (Arts. 1328 a 1602)*], Lima 1943, p. 28 ss.; F. GUZMÁN FERRER,

Código Civil. Antecedentes – Concordancias – Exposición de motivos – Comentarios – Doctrina – Jurisprudencia, IV (*De los contratos*), Lima, 1977³, p. 1067.

120 Cf. o Projeto de 1980 de M. A. SCHREIBER PEZET; o art. 1.684 redigido pela *Com. Reformadora* e o art. 1.611 editado pela *Com. Revisora* de 1984.

121 Cf. M. ARIAS SCHREIBER PEZET, *Mutuo*, em AA.VV., *Código Civil*, v. VI (*Exposición de motivos y comentarios*), L. REVOREDO DEBAKEY (organizador), Lima, 1985, p. 318 s.

122 Vide M. CASTILLO FREYRE, *Los contratos típicos*, em *Instituciones del derecho civil peruano*, sob a coordenação de V. GUEVARA PEZO, v. III (*Visión histórica*), Lima, 1996, p. 2086 ss.; ID., *Tratado de los contratos típicos*, v. XII, t. II (*Mutuo – Arrendamiento*), Lima, 2002, p. 34 ss.; sobre o assunto, cf. também M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código civil*, t. I (*Primera parte*), Lima, 1996³, p. 180 ss.; L. ROMERO ZAVALA, *El derecho de los contratos en el Código civil peruano de 1984*, v. I (*Teoría general de los contratos*), Lima, 1999, p. 70 ss.

123 Cf. M. CASTILLO FREYRE, *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*, t. II, Lima, 1998, p. 1001, o qual propõe a abolição deste artigo, não pelos motivos indicados no texto, mas sim porque para esse fim bastariam as normas sobre a simulação.

124 Cf. A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit., p. 484 s. e 528 ss.; L. B. PÉREZ GALLARDO, *¿Quo vadis derecho de contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código civil cubano (a propósito de los veinte años del Código civil cubano)*, em *Rivista Roma e America. Diritto romano comune*, 24/2007, p. 109 ss.

125 Sobre este Cc., além do volume *Il Codice civile di Cuba e Il diritto latinoamericano, Progetto Italia-America Latina. Ricerche giuridiche e politiche, Materiali X, Università di Roma ‘Tor Vergata’ – CNR, Roma*, s.d. (Atos do Encontro de estudos, Roma, 20 de novembro de 1990), cf. L. B. PÉREZ GALLARDO, *De La codificación civil*, em *Derecho civil. Parte general*, sob a coordenação de C. VALDÉS DÍAZ LA HABANA, 2005, p. 32 ss.; ID. *¿Quo vadis derecho de contratos?*, cit., p. 103 ss. e *infra*, nota 126.

126 Cf. T. DELGADO VERGARA, *El contrato como institución central en la sociedad moderna*, em *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, sob a coordenação de L.B. PÉREZ GALLARDO, La Habana, 2000, p. 142 s.

127 Cf. N. DE LA C. OJEDA RODRÍGUEZ, *Clasificación de los contratos*, em AA.VV., *Derecho de contratos*, v. I (*Teoría general del contrato*), La Habana, 2003, p. 115 s.

128 Cf., além do artigo mencionado na nota anterior, também J. FERNANDÉZ BULTÉ-V. RAPA ALVAREZ, *El Código Civil cubano y el sistema jurídico latinoamericano*, em *Il Codice civile di Cuba e Il diritto latinoamericano cit.*, 66 s.; L.B. PÉREZ GALLARDO, *¿Quo vadis derecho de contratos?*, cit., particularmente p. 120 ss.

129 Cf. *supra*, 11.2.1.

130 Nesse sentido, cf. B. Gardella Tedeschi, *s.v. Mutuo (contratto di)*, em *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 11, 1994⁴, p. 538.

131 A propósito da promessa de mútuo, o art. 1.822 Cc. it. 1942 fala de *notevole difficoltà di restituzione* e de *mancaza di idonee garanzie*.

132 A propósito do D. 46,1,68,1, *vide* nota 16, *supra*.

12.

RELER OS DIGESTOS: CONTRIBUIÇÕES ROMANÍSTICAS AO SISTEMA DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL*

Sandro Schipani

Tradução de Solange Guida

Em consideração aos fins específicos deste Congresso, dedico esta minha exposição à releitura dos Digestos (mesmo se ainda cito, obviamente, outras fontes), recordando alguns textos dos quais derivam princípios ainda hoje vitais que, de um lado, podem ser de apoio para soluções fundadas sobre eles e, de outro lado, devem nos fazer refletir também criticamente sobre a sistematização dada à matéria nos nossos códigos, às vezes muito simplificadora em relação à complexidade da mesma.

12.1 | O sistema de direito romano viu o amadurecimento daquilo que nós qualificamos como o princípio geral da responsabilidade extracontratual; ele ocorreu no âmbito da interpretação das *fattispecie* previstas pela Lei Aquília, do III século a.C., *fattispecie* que, todavia, tinham inicialmente um valor circunscrito.¹

Vejamos sinteticamente os elementos constitutivos dessas *fattispecie*.

(A) Com base nas palavras da lei, um dos elementos constitutivos das *fattispecie* é a conduta de uma pessoa. Esta conduta deve constituir um *matar, queimar, romper, lesar* uma coisa alheia (um servo, um animal ou outra coisa), por meio de um contato físico entre autor e coisa,² e podemos qualificá-la “de forma vinculada”.

A interpretação dos juristas, com o sustento do pretor, conduziu a superar os limites originários e a incluir no âmbito da conduta prevista também aquelas condutas que não correspondem à forma originariamente requerida, seja em relação ao contato físico, seja em referência à realização de uma conduta, incluindo aquelas que “causem” o evento mesmo sem um contato físico direto, ou que sejam constituídas da omissão de uma específica con-

duta que tivesse impedido o evento.³ Esta transformação, muito profunda, reflete-se na análise do nexu de causalidade, cujo exame, não obstante seja realizado em estreita conexão com a análise da conduta, podemos manter distinto (*infra*).

(B) Nas *fattispecie* em exame, as mesmas palavras da lei que, como mencionado, originariamente descreviam a conduta, descreviam também o evento, que era, portanto, constituído da destruição ou deterioração material de coisa alheia (ela podia consistir na morte ou ferimento de um servo, ou de um animal; na destruição ou na deterioração de uma casa, de um navio, de uma roupa etc.).⁴

A interpretação dos juristas, pela perspectiva da avaliação do objeto da lide, levou a considerar no modo mais completo o valor do evento mencionado, incluindo não somente o valor da coisa destruída ou deteriorada em si, mas também aquele dos ganhos ou outros benefícios patrimoniais perdidos (ex.: a diminuição do valor dos outros cavalos de uma quadriga pela morte de um deles;⁵ a perda de um direito em consequência da morte daquele que poderia ter adquirido tal direito ao patrimônio do pai de família,⁶ ou, em consequência da destruição de provas ou de um documento⁷ etc.) e, essencialmente, tudo quanto à mesma fosse de interesse,⁸ e, assim, todo o dano sofrido pelo patrimônio em consequência de tal evento.

A destruição ou deterioração material da coisa, descrita nas palavras da Lei Aquília, é posteriormente superada com a recondução, no âmbito de aplicação da mesma lei, ao fato da libertação do servo alheio das correntes, de modo que ele fugisse.⁹ Este fato era, em precedência, tutelado por meio de uma ação modelada sobre o fato e criada provavelmente no âmbito da tutela contra o dolo, talvez justamente porque este não correspondia à lesão material da coisa, mas igualmente constituía uma violação do direito.¹⁰ O deslocamento deste fato no âmbito da Lei Aquília constitui uma abertura em direção a um desenvolvimento com base no qual, para a lei aqui em exame, o evento de dano não deva mais consistir necessariamente na material destruição ou deterioração de uma coisa, mas possa ser constituído também de um outro tipo de evento que acarrete de igual forma

na perda da coisa, e a utilidade juridicamente protegida que a coisa oferece, mesmo se a coisa permaneça íntegra.

(C) Outro elemento da *fattispecie* é a alteridade da coisa, que caracteriza o evento como lesivo de um direito. A *fattispecie* em exame se configura, em primeiro lugar, como orientada à tutela da propriedade, e a ação cabe ao proprietário.¹¹ Desenvolve-se posteriormente uma avaliação do interesse do usufrutuário,¹² do herdeiro, que aceite a herança, somente após o evento de dano,¹³ do legatário,¹⁴ do credor pignoratício,¹⁵ do comodatário para o dano próprio.¹⁶ A colocação do título dos Digestos, logo após o tratamento da tutela da propriedade e direitos reais, evidencia a centralidade deste elemento da *fattispecie*.

Uma vez incluídas, como visto acima, na avaliação do evento, a partir da lei, as perdas de expectativas ou de direitos patrimoniais, e tudo quanto interessa que a coisa não seja deteriorada ou destruída, por meio de um posterior desenvolvimento interpretativo, são levadas em consideração aqueles tipos de perdas patrimoniais ou despesas, ainda que deteriorada não seja uma coisa, mas ocorra o ferimento de uma pessoa livre sob a potestade alheia (ex.: o ganho perdido pela invalidez de uma pessoa livre, que incidisse sobre o patrimônio do pai de família, ou as despesas sustentadas por este último para os cuidados médicos de uma ferida de uma pessoa livre que esteja em sua potestade¹⁷), o qual, em si, não vem porém avaliado.¹⁸ Posteriormente, em modo mais problemático, é incluído também o ferimento de uma pessoa livre juridicamente autônoma (*sui iuris*) que age *suo nomine* para o mesmo tipo de dano.¹⁹

(D) Quarto elemento da *fattispecie* é a ausência de causas de justificação²⁰: a conduta deve ser injustificada, ou seja, não deve ser efetuada na presença de uma causa de justificação como a legítima defesa (ex.: defender-se de uma agressão efetuada por um homem armado²¹); a autotutela do próprio direito (ex.: afastar o animal que pasta abusivamente no próprio campo²²); o estado de necessidade (ex.: derrubar um edifício para que um incêndio não se propague²³); o pleno gozo do próprio direito (ex.: efetuar uma atividade perigosa no próprio fundo, sem precaução²⁴). Não deve,

porém, intervir nem mesmo um excesso reprovável no exercício dessas faculdades justificadas (ex.: matar o ladrão enquanto já foi capturado ou foge; golpear violentamente o animal enquanto se afasta do próprio campo; efetuar uma atividade perigosa no próprio fundo, mas sem atentar ao fato de que pode passar pessoas²⁵), nem mesmo um erro de execução (o erro, isto é, no momento em que a vontade se traduz em ato, o erro-inabilidade, pelo qual o processo causal originado da ação tenha havido um desenvolvimento diverso daquele que era previsto pelo agente e, em particular, o evento incide sobre pessoa diversa daquela contra a qual a ação era dirigida (ex.: enquanto exerço a legítima defesa contra um agressor, golpeio um terceiro²⁶).

(E) Outro elemento da *fattispecie*, elaborado pelos juristas com base na Lei Aquília, é, como já acenado acima, o nexos de causalidade, cujo exame se entrelaça com aquele da conduta, mas pode ser analisado separadamente.

A análise do nexos de causalidade discutiu:

(a) a consideração da eficiência causal da conduta em concreto (ex.: a um golpe leve em uma pessoa debilitada, segue, também em um momento não imediatamente sucessivo, um efeito grave que é levado em consideração porque o efeito de uma conduta é diverso segundo as circunstâncias²⁷);

(b) a concorrência de diversas concausas, a propósito, distinguiu-se: (i) se uma só das concausas seja constituída por uma conduta reprovável ou anômala, imputa-se a essa o evento (ex.: um acidente de trânsito no qual se considera se esse seja em razão de um comportamento impróprio dos animais que puxam o carro, ou pela conduta reprovável dos condutores, ou, enfim, a impossibilidade de fazer diversamente²⁸); (ii) se a conduta que causa diretamente o evento não seja reprovável por motivo de impossibilidade de agir diversamente, mas esta impossibilidade se funda em uma conduta anteriormente livre e reprovável, o autor da conduta é igualmente obrigado²⁹; (iii) se todas as concausas sejam constituídas de condutas reprováveis, isso comporta a responsabilidade solidária de todas,

mesmo se nenhuma sozinha teria produzido o evento (por ex.: se mais membros de um grupo ferem, no mesmo contexto, e não resulte por qual golpe o ferido morre³⁰); e (iv) se, enfim, seja reprovável a conduta do sujeito que sofreu o dano;³¹

(c) o caso de concausas sucessivas em que a posterior impede de verificar-se em concreto se o evento foi produzido pela causa anterior (ex.: a uma ferida mortal segue um evento de força maior ou outra ferida que antecipa a morte,³² ou a uma ferida segue imperícia do médico, ou negligência na cura, que produzem a morte³³).

(F) Posteriores elementos da *fattispecie* são o dolo e a culpa.³⁴ A conduta deve ser dolosa ou efetuada com imperícia, negligência, imprudência, violação de normas que comportam uma reprobabilidade desta que se atribui a culpa. Esta reprobabilidade é medida em relação às circunstâncias concretas e, assim, adequa-se ao tipo de atividade desenvolvida, perigosa ou não, que requer competências particulares ou não etc. (ex.: é tal a imperícia do médico, ou do condutor dos animais; mas também a debilidade do condutor dos animais que deveria ter entendido que tal debilidade lhe teria impedido de controlar os animais, ou a negligência com a qual um se encaminha para um lugar escorregadio enquanto leva uma carga, e por isso cai e a sua carga danifica outros etc.³⁵). A imperícia, a negligência etc. podem ser também diretamente sancionadas; mas muito frequentemente, se não produzem danos, não é. Porém a reprobabilidade de que a culpa está carregada faz que, se essa esteja presente e cause um dano, a conduta seja sancionada (*culpa est praestanda; culpa est punienda*), e realize, assim, uma função dinâmica de extensão da *fattispecie*, que justamente graças a essa tende à superação de toda tipicidade.

(G) Conexo a esses elementos da *fattispecie* está o requisito da imputabilidade do sujeito que efetua o ato: não é imputável o sujeito que não tenha a capacidade de entender o valor dos seus atos e de desejar-lhes com tal consciência.³⁶ A este pressuposto se liga um outro problema: aquele se existe alguém que possa ser obrigado pelo dano provocado pelo não imputável.

Globalmente, vemos que, por meio da reelaboração das *fattispecie* previstas pela Lei Aquília, é fixado nos Digestos de Justiniano o princípio pelo qual a conduta dolosa ou culposa, injustificada, que cause o evento lesivo de uma coisa alheia, ou de outra pessoa, com dano ao patrimônio, comporta a obrigação de pagar uma soma de dinheiro, que constitui uma pena privada ressarcitória do dano patrimonial sofrido. Este se tornou o princípio geral em matéria, e sobre este foram efetuados os desenvolvimentos posteriores. Considero que a reflexão sobre este seja inevitável no nosso sistema.

12.2 | Nos séculos sucessivos a Justiniano, houve uma interpretação deste princípio que, de um lado, tende a extendê-lo, seja em relação à ausência da lesão material, seja em relação à lesão à pessoa livre; de outro lado, tende a constituí-lo como único critério que unifique a matéria da responsabilidade extracontratual, e absorva em uma única *fattispecie* geral todas as *fattispecie* típicas especiais. Este segundo desenvolvimento faz-se presente já à época de Justiniano, nas observações de alguns juristas; ele é presente na época da Glosa, e posteriormente, sobretudo, na idade do iluminismo e da chamada Escola de direito natural no século XVIII, parece transformar-se em dominante, afirmando-se em alguns códigos (por ex., no Código francês). Este desenvolvimento, porém, nos códigos, não obstante tal última elaboração, não resulta constituir a única regra e, além disso, vem recolocado em discussão na segunda metade do século XIX, seja em relação às exigências complexas do desenvolvimento industrial, seja em relação a uma manifesta atenção à tipicidade.

12.3 | Ao lado das *fattispecie* recordadas, baseadas na Lei Aquília, o direito romano delineou, frequentemente por obra do pretor,³⁷ *fattispecie* particulares, que não foram atraídas e incluídas por esta, porque correspondiam a exigências específicas, que foram colocadas em relevância: os elementos constitutivos dessas *fattispecie*, entre os quais, em particular, o critério de imputação, são diversos daqueles da *fattispecie* geral. Os efeitos dessas *fattispecie* eram equiparados àqueles ora descritos: eles eram fonte de

obrigação de uma pena, isto é, de uma soma de dinheiro, “como se” fossem delitos, mas os elementos de tais *fattispecie*, às vezes não incluíam o dolo ou a culpa, e, às vezes, não pressupunham nem mesmo uma conduta do sujeito que era obrigado com tal sanção.

12.3.1 | A construção, por parte dos juristas de Justiniano, do livro nono dos Digestos reúne as bases desta mais articulada perspectiva do sistema da responsabilidade extracontratual, mesmo se não chega a incluir todas as *fattispecie* a ela reconduzíveis. Faço agora referência sintética, primeiramente, às *fattispecie* incluídas neste livro.

(A) Pelo fato de animais, de propriedade de um sujeito, que tenham lesado uma pessoa, ou um animal ou uma coisa,³⁸ o proprietário responde mesmo sem a sua culpa, e sem a sua conduta, com base exclusivamente na sua relação de propriedade com o animal. Se há culpa do proprietário, ou de outrem, a *fattispecie* entra naquela geral aquiliana supramencionada, mas, se não há culpa, o proprietário responde de igual forma.³⁹ A sua responsabilidade é atenuada pela possibilidade de entregar o animal, em vez de pagar o ressarcimento devido.⁴⁰ Esta possibilidade foi cancelada na evolução moderna desta *fattispecie*.

Em relação a essa *fattispecie*, discutiu-se se existia uma “culpa por falta de diligência na vigilância”, mas tal “culpa” do réu, proprietário do animal, não é objeto de prova, e essa não é, em consequência, um elemento da *fattispecie*, e, ao contrário, o resultado de uma reflexão que tende, como acima mencionado, a unificar as *fattispecie* particulares em uma única *fattispecie* geral, fundada sobre o critério da imputação baseado sobre a culpa. Discutiu-se igualmente se é possível admitir que a prova do “caso fortuito” exonere da responsabilidade. Se admitida esta possibilidade, vem-se a configurar uma responsabilidade mista, fundada não sobre a culpa, mas sobre a propriedade e uso do animal, com o limite do caso fortuito.

Não é aqui relevante o momento de aprofundar o exame desta *fattispecie* como tal, mas colocar em luz que essa não requer o requisito do dolo ou culpa, e, vendo bem, nem mesmo aquele da existência de uma conduta do sujeito responsável, mas se funda sobre um outro critério de imputação,

que encontra a sua razão de ser na propriedade pelo homem de um ser animado que pode, pela sua própria natureza e iniciativa, causar dano a outrem. Parece-me importante também sublinhar que, com base neste critério, a lesão à pessoa livre, também juridicamente autônoma, vem considerada não por uma valorização da pessoa em si, mas pela ausência de ganho e pelas despesas efetuadas para as curas de tais lesões conexas.⁴¹

(B) Também constitui exceção com relação ao princípio geral a *fattispecie* relativa à responsabilidade pelas coisas caídas ou jogadas em uma via, pela janela de uma casa. A sua presença neste livro articula em modo importante a problemática. Para o dano que tenha sido causado por tais coisas caídas, responde aquele que habita na casa da qual a coisa é caída ou jogada sobre alguém que passava na via.⁴² Neste caso, porém, não se faz referência ao proprietário, mas àquele que tem uma relação com a casa, habitando-a de forma estável;⁴³ ele é obrigado ao pagamento da pena em dobro, se derivam danos às coisas, e – coisa a se sublinhar – da pena pecuniária fixa, no caso de morte de uma pessoa livre, por quanto resulte é *quo*, em caso de ferida de uma pessoa livre.⁴⁴ A ação é popular. Também para esta *fattispecie*, procurar uma culpa “pela ausência de vigilância” ou “pela escolha pouco diligente” das pessoas com as quais se habita na casa, em consequência das condutas das quais pode ter ocorrido o evento, é errado. Vem expressamente sublinhado que o fundamento desta particular *fattispecie* de responsabilidade é a necessidade de segurança nas vias para aqueles que ali transitam ou permanecem⁴⁵: surge aqui, como critério que funda a exceção ao princípio geral inicialmente recordado, a necessidade de balancear o perigo pela segurança das pessoas em determinados locais. Este edito é, então, ladeado, no mesmo título, pelo tratamento do edito relativo à *fattispecie* das coisas que são colocadas ou penduradas nos balcões ou em outra protuberância de uma casa, pelo perigo de queda na via, das quais qualquer um pode agir com a ação popular para obter uma pena pecuniária fixa em via preventiva, perante aqueles que têm tais coisas em tais condições.⁴⁶ Na evolução sucessiva, salvo exceções parciais,⁴⁷ perdeu-se grande parte dessa contribuição, e que pode ser desenvolvida por essas *fattispecie* pelo tipo de sanção prevista e pelo tipo de ação, popular, predisposta.

(C) Exceção ao princípio geral se tira das *fattispecie* relativas à responsabilidade daquele que tem em potestade uma pessoa, pelos delitos desta: trata-se da responsabilidade do pai de família pelas condutas dos filhos ou dos servos que resultem danosas para outros.⁴⁸

Nessas *fattispecie*, não se leva em consideração a culpa daquele que exerce a potestade, nem mesmo se considera se tenha havido ou não uma conduta sua, porque, se há uma culpa sua, ele responde por tal fato próprio.⁴⁹ Considera-se, em vez disso, a relação potestativa no confronto da pessoa que é autor da conduta danosa. Também nessas *fattispecie*, a responsabilidade de quem tem potestade é atenuada pela possibilidade de entregar a pessoa subordinada, em vez de pagar o ressarcimento devido, possibilidade que, para os filhos, foi cancelada já na idade antiga, e substituída por uma responsabilidade do pai de família de responder pela obrigação do filho nos limites do patrimônio deste.

Na moderna evolução desta *fattispecie*, ela se concentrou sobre os filhos;⁵⁰ de outra parte, se estendeu àquela *fattispecie* daqueles que exercem funções parcialmente similares àquelas dos genitores (educadores, professores, tutores de incapazes).

Também para essa *fattispecie*, nos acontecimentos do sistema, emergem impositões que tendem a reconduzi-la ao álveo da “culpa pela ausência de diligência na vigilância”, mas a inconsistência de tal impositão é evidente. A limitação dessa responsabilidade foi também relacionada à demonstração da impossibilidade de impedir o fato, limite que, porém, não a transformou em uma responsabilidade por culpa. Nem considero que a referência à falta de diligência/culpa seja útil neste âmbito, mesmo se, às vezes, subsiste.

A especificidade dessas *fattispecie* é baseada sobre a existência de uma relação potestativa;⁵¹ acredito deva ser conservada, e não se possa prescindir da análise da existência desta relação potestativa de base e do seu significado atual; essa, ao mesmo tempo, deve ser adequada às mudanças das estruturas familiares e educativas.⁵²

Neste sistema de *fattispecie* construído em D. 9, ao lado da unificação de uma parte da matéria dos atos ilícitos, que vem distinta daquela mais intensamente considerada “penal”, reunida em D. 47-48, encontramos

também uma pluralidade de critérios de imputação; uma pluralidade de considerações das coisas e das pessoas, com particular referência àquelas livres, e dos aspectos patrimoniais e não patrimoniais; um combinar-se da pena e do ressarcimento; uma pluralidade dos meios processuais, com particular referência às ações populares.

12.3.2 | Ao sistema das *fattispecie* reunido em D. 9,2, podem ser conectadas também outras.

(A) A *fattispecie* da responsabilidade dos armadores, do albergueiro e dos titulares de uma estação de troca de animais pelo delito de furto ou dano injusto ocorrido na nave, no albergue ou na estação de troca dos animais, sem uma conduta ilícita da sua parte, mas pela conduta ilícita de algum daqueles que trabalhavam na nave, no albergue ou na estação de troca dos animais, ou de outros passageiros da nave, ou viajantes,⁵³ faz exceção ao princípio da culpa amadurecido na Lei Aquília.⁵⁴ Também esta *fattispecie* é posteriormente reconduzida ao princípio da culpa, por meio da menção a uma culpa a ser reconhecida por haver utilizado o trabalho de pessoas que pratiquem delitos,⁵⁵ com um tipo de raciocínio já recordado para outras hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro. Esta *fattispecie* também sofreu posteriormente profundíssimas transformações contemporâneas e extensões de seu uso, com o desenvolvimento da organização industrial da empresa.

A responsabilidade de quem escolhe concretamente os próprios empregados para cumprir específicas tarefas, para as quais estes se demonstrem inadequados, certamente tem fundamento em uma falta de diligência que é possível individualizar na escolha de pessoa inidônea, e um fato próprio de que é preposto à organização do trabalho;⁵⁶ ao contrário, é diverso o fundamento da responsabilidade de quem utiliza colaboradores, os quais, no exercício de suas tarefas, e em conexão com estas (esta conexão não vem evidenciada na *fattispecie* originária do direito romano, mas podemos considerá-la implícita) pratiquem fatos ilícitos dolosos ou culposos que acarretam dano (no processo produtivo moderno, às vezes pode não ser individualizada a específica falta de diligência ou de imperícia de um ato singular, mas esta emerge somente com o resultado final do processo produtivo

no seu conjunto): para esta segunda hipótese, não interessa a eventual falta de diligência de seleção e de escolha, mas exclusivamente a preposição.⁵⁷

(B) Para o direito romano, a responsabilidade daqueles que exercem funções públicas para os atos ilícitos praticados em tal exercício é uma responsabilidade que permanece destes, pelo fato próprio, e não temos uma problemática de responsabilidade “do Estado” pelo fato de terceiros, que sejam em qualquer modo comparados àqueles vistos acima (exemplos de responsabilidade de quem exerce funções públicas são aqueles do juiz, que julga uma controvérsia segundo um próprio interesse privado,⁵⁸ ou do magistrado, que pratique atos em violação de direitos alheios⁵⁹ etc.).

(C) Outra exceção ao princípio indicado acima é aquela constituída pelo dano derivante da ruína de um edifício, ou de fatos (rachadura etc.) de um imóvel, ou de uma obra do homem atribuível a um “vício” do edifício, do imóvel, da obra.⁶⁰ O desenvolvimento desta *fattispecie*, originariamente configurada por meio da prestação de garantias, justamente por tal origem, conserva a adoção de critérios de imputação próprios que, de igual forma, não se identificam com aquele da culpa ou dolo, e vêm discutidos e adaptados em modo diverso. Na base, permanece uma responsabilidade do proprietário enquanto tal que, indiretamente, pode se encontrar a responder também pelo fato do construtor ou daquele ao qual tenha feito a manutenção, e pela qual se discute a existência de um limite na prova do caso fortuito, mencionada já acima a propósito da responsabilidade, sempre do proprietário, para o dano causado pelo animal.

12.3.3 | Recapitulando o que sumariamente se elencou, o que constitui uma exemplificação incompleta, podemos fixar um ponto. A responsabilidade por culpa constitui o princípio geral da responsabilidade extracontratual. Ao lado deste princípio, estavam presentes uma série de *fattispecie* típicas nas quais: às vezes, o critério da responsabilidade era aquele da relação de propriedade como tal, a prescindir da existência de uma conduta do proprietário que tivesse causado o evento de dano, com o limite, eventualmente, da exclusão da responsabilidade por caso fortuito; às vezes, era o

da responsabilidade daquele que usava a coisa (o habitante da casa); às vezes, daquele que tinha potestade no confronto da pessoa que causava o dano; às vezes, de quem era preposto à atividade daquele que causava o dano etc. O fundamento da configuração de *fattispecie* de responsabilidades que adotam critérios tão diversos é próprio de cada uma das *fattispecie*.

Com relação a este articulado sistema, percebemos que a impositação que tendesse a reconduzir toda a matéria ao único princípio geral constituiria uma interpretação unilateral; a presença de uma série de exceções foi necessária para a integração do princípio geral. Isso, porém, não pode ser reduzido a ser uma das diversas *fattispecie*. Não existe nenhum sistema exclusivamente fundado sobre a tipicidade, nenhum exclusivamente fundado sobre um princípio geral, mas existe um princípio geral, integrado por uma série aberta de *fattispecie* que propõe soluções particulares para situações específicas.

Pessoalmente, penso que a releitura dos Digestos ofereça ao legislador que, no quadro do nosso sistema, afronta agora a matéria uma articulada indicação extremamente funcional e aderente às exigências atuais e, portanto, que:

(a) de um lado, deve-se proceder à fixação de um princípio geral, que é necessária para a plenitude do sistema para fazer frente às contínuas novidades que a variedade das situações novas podem apresentar; este princípio geral é aquele segundo o qual “a culpa, quando produza um dano, deve ser sancionada”;

(b) de outro lado, deve-se integrar tal princípio com *fattispecie* típicas, bem delineadas, que, mesmo se ampliadas, não deixem ao juiz muita discricionariedade; *fattispecie* baseadas sobre os amadurecimentos que a ciência jurídica e os legisladores do sistema de direito romano desenvolveram, e das quais fiz um elenco sumário, mas que poderão crescer de número e ser posteriormente transformadas, sempre por obra do legislador, dado que se trata de definir fatos ilícitos.

A esta primeira conclusão, gostaria de abordar três outras observações problemáticas.

12.4 | Em primeiro lugar, todas as *fattispecie* até agora examinadas não levam em consideração o prejuízo da pessoa em si (se, como na *fattispecie* das coisas caídas ou jogadas no chão, levam-no em consideração, não preveem o ressarcimento do dano, mas uma soma fixa de dinheiro ou uma avaliação segundo aquilo que é equo). Para o direito romano, de fato, os atos que comportam um prejuízo contra a pessoa são incluídos em uma outra *fattispecie*, aquela dos “atos injustos contra a pessoa” (*iniuria*).⁶¹

Não me coloco a examinar agora essa complexa *fattispecie*, que inclui os golpes, as feridas, assim como também as ofensas, ou as violações dos direitos, como a liberdade de movimento, ou de acesso às coisas públicas ou comuns a todos etc. Forçoso recordar o que já foi sublinhado, isto é, que as consequências de feridas, ou outras formas de lesões ao corpo da pessoa livre, assim como aquelas à sua honra, à sua dignidade de ser humano, não entram no âmbito do “dano”;⁶² não são consideradas em uma perspectiva ressarcitória, que procura estimar “quanto interesse”, quanto seja a “diminuição do patrimônio” por estas provocada, mas, com referência ao delito ora em exame, mesmo permanecendo no âmbito das obrigações por uma soma de dinheiro a pagar para a parte lesada, são levadas em consideração segundo “aquilo que é bom e equo”.⁶³ A lesão à pessoa livre, além dos danos a ressarcir, produz uma ofensa à sua dignidade de pessoa, como tal, indiferente da sua produtividade; esta ofensa, mesmo se para ela se individualiza uma sanção em uma soma de dinheiro, é considerada de acordo com parâmetros próprios, segundo “aquilo que é bom e equo”.

A já mencionada construção de D. 9, de um lado, e D. 47-48, de outro, rompeu a unidade da categoria dos delitos privados e afastou o delito dos atos injustos contra a pessoa do dano injusto. Não obstante D. 9 contivesse igualmente os elementos para uma diversa avaliação da lesão da pessoa (D. 9,3 já outras vezes indicado), uma interpretação muito simplificadora também sobre este aspecto procurou encontrar a unidade, objetivando que todas as *fattispecie* nele contidas fossem fundadas sobre a culpa, como também objetivou encontrar no ressarcimento do dano o seu elemento unificante.

Considero que uma moderna impositação da responsabilidade civil não possa omitir de ponderar esta afirmação de fundo do sistema, segundo a

qual a lesão ou morte de uma pessoa é certamente avaliável também sob o aspecto do dano e do ressarcimento deste, mas deve também ser considerada fora de tal lógica patrimonial e ressarcitória, restabelecendo uma lógica reparatória, segundo aquilo que é “bom e équo”, ou por um valor fixo.⁶⁴

12.5 | Em segundo lugar, a individualização da série de *fattispecie* típicas da responsabilidade extracontratual se desenvolveu sempre sobre a base de uma separação da responsabilidade por inadimplemento de uma obrigação.

Esta segunda responsabilidade, às vezes chamada também contratual, é ligada à individualização da obrigação como figura jurídica distinta, seja das situações de sujeição, seja dos diversos deveres, obrigações e ônus que podem fazer frente a uma pessoa.

A elaboração da obrigação foi uma grande conquista do direito romano.

O mais antigo sistema de relações sociais e jurídicas parece constituído prevalentemente de posições potestativas, e se discute se aquilo que sucessivamente foi transformado em relação obrigatória tenha surgido dentro de tal tipo de relação. Nessa discussão, faz-se referência à situação na qual o “obb-ligato” [obrigado], isto é, “ligato” [ligado] – “em razão do” adimplemento de uma prestação – estava em “vínculo” material (juridicamente regulado) com aquele que esperava o próprio adimplemento e, então, mesmo se permanecia pessoa livre, era submetido ao seu poder; enquanto o adimplemento devia ser efetuado por um terceiro que, cumprindo com a conduta devida, “dissolvia” o “responsável” de tal vínculo material e de sujeição. Omitindo as passagens intermediárias, é certo que a “obrigação”, em sentido próprio, nasce somente quando tal vínculo material se transforma em um vínculo exclusivamente jurídico e, de consequência, é colocada em primeiro lugar não mais a sujeição pessoal a uma potestade alheia, mas a necessidade jurídica de adimplir, e esta vem apoiada à própria pessoa “obrigada” que é impelida a uma colaboração, e que, pelo eventual inadimplemento, responde com o seu patrimônio, e somente com ele, sem o que a sua pessoal liberdade geral sofre restrições, mesmo em caso de insuficiência do próprio patrimônio em relação ao valor da prestação inadimplida. A obrigação separada das relações de sujeição distingue-se também dos diversos deveres, obrigações,

ônus etc. Essa, sobretudo, porque torna juridicamente necessárias as condutas do obrigado, que é justamente obrigado a prestações, principais e acessórias, é definida, delimitada nos seus possíveis conteúdos e extensões por meio de um constante trabalho de interpretação jurídica e controle – em nome da legalidade, boa-fé, equidade, diligência, usos, lei etc. – da variedade das prestações que os diversos sujeitos vêm propondo com a própria vontade. Nessa obra de construção-definição, surge a contribuição das lutas sociais e da lei (quero recordar as leis para limitar os juros e o particular valor geral destas, e a famosa *lex Poetelia* que afirmou que os devedores não deviam ser mais colocados em vínculo material), assim como aquele da ciência jurídica.

O inadimplemento da obrigação deve ser imputável ao obrigado com base no seu dolo ou falta de diligência/culpa (salva a possibilidade de que as partes modifiquem tal critério).⁶⁵ A obrigação, de outra parte, pode ser garantida com garantias reais ou pessoais, que são estritamente conexas e dependentes da existência da obrigação principal. A obrigação pode extinguir-se por uma série de causas, mesmo diversas do adimplemento. Do inadimplemento surge uma obrigação pecuniária que tem por objeto o ressarcimento do dano.⁶⁶ Muitas são as variantes que se podem introduzir sobre este esquema de base, mas a sua individualidade com relação aos outros tipos de relações, e de violações destas, no nosso sistema não me parece possa faltar.

A responsabilidade chamada extracontratual configurou-se inicialmente como consequência de um chamado “delito privado”. O preceito do direito recordado no início das Instituições de Justiniano de *alterum non laedere*⁶⁷ não cria “obrigações”, mas “deveres” de todos os associados no confronto das outras pessoas, com as quais, além do mais, não tenha havido nenhum “contato” precedente. A determinação do conteúdo de tal dever não depende, via de regra, da vontade dos privados ou da boa-fé e da equidade. Além disso, como vimos, exigências particulares podem levar a imputar danos ou prejuízos a cargo de um sujeito também independentemente do dolo e da culpa, e, em alguns casos, independentemente de uma conduta do sujeito ao qual tais danos ou prejuízos sejam casualmente conexas.

As duas responsabilidades podem, porém, em certos casos concorrer.

Sem excluir *a priori* o interesse científico a confrontar os pontos de contato e as diferenças, aquelas que sinteticamente indiquei me induzem a considerar que seja oportuno conservar ainda distintas as duas responsabilidades.

12.6 | Em terceiro lugar, embora as *fattispecie* fonte de responsabilidade tenham sido individualizadas em numerosos casos como relativas a danos às coisas, a tutela dos direitos sobre coisas foi distinta daquela em questão. A tutela dos direitos sobre coisas é dirigida ao reconhecimento do direito real negado ou então turbado, à restituição, e à repriminção com a imposição da eliminação de eventuais obras lesivas. A reintegração na posse pode comportar também a consideração dos danos causados pelo possessor às próprias coisas, mas me parece que conceitualmente as duas pretensões sejam distintas.⁶⁸

No âmbito dos direitos sobre as coisas e, em particular sobre os imóveis, emergiram, de modo às vezes somente inicial, problemas e tutelas que neste momento parecem ser necessários estender para além do âmbito dos proprietários de tais coisas. Trata-se, por ex., da tutela inibitória no confronto das emissões (fumaça, calor, odor, rumor, agitação etc.; mas também exalações tóxicas, radiações etc.⁶⁹); assim também a tutela relativa ao defluxo das águas, que posteriormente poderia também estender-se àquela dos fluxos de ar, da alteração dos microclimas etc.⁷⁰ Essa tutela, inicialmente ligada à propriedade dos imóveis, e ao seu melhor gozo, envolvia o território, paisagem e ambiente, a saúde. Esta tutela tinha então desenvolvido uma série de *fattispecie* que, em alguns casos, se referiam ao uso e gozo das coisas públicas ou daquelas comuns a todos. Havia se realizado uma abertura à consideração do interesse não só dos proprietários vizinhos, mas de todos, com instrumentos de interditos ou ações populares com finalidades preventivas, inibitórias, de repriminção. Essas *fattispecie*, mesmo delineando fatos ilícitos, não constituíam a persecução de um “delito privado” ou de um “evento de dano” para o qual se colocam os problemas de critérios de imputação ou de nexos de causalidade; o que se verifica nestas *fattispecie* é a consistência das emissões e tolerância das mesmas etc.

Na nossa realidade socioeconômica atual, o indivíduo tipo não é mais o proprietário do fundo onde ele reside, e a tutela inicial parece que deva desenvolver aquela abertura além do âmbito das relações entre propriedades vizinhas que, como falado, era já iniciada. O exercício dessa tutela, porém, cabe a cada um, que, exercendo-a, faz valer um direito próprio, que pode ser parte de um direito comum com outros, e para o qual pode utilmente também ser colocado em conjunto, e sustentado pela administração pública, mas que permanece um direito próprio do direito civil. Paisagem, ambiente, saúde correspondem, na atualidade, ao objeto da tutela extracontratual do patrimônio comum e das pessoas.

Considero que, no âmbito de um geral enquadramento atual dos “fatos ilícitos”, e desenvolvendo a herança de perspectivas já presentes no nosso sistema, esta tutela deva encontrar sua adequada sistematização, atenta às características preventivas, inibitórias, de reprimenda e reintegração em forma específica etc., frequentemente expressões de interesses da comunidade ou grupo de pessoas.

NOTAS

* Apraz-me dedicar à reunião de escritos em honra do amigo *Rolf Knutel*, o texto em italiano da palestra que por último desenvolvi em Suzhou, no “Forum internacional ‘Reforme du droit de la Responsabilité civile’”, cujas atas serão publicadas em língua chinesa. São já quase 20 anos que, com o amigo *Knutel*, colaboramos, ainda que à distância, mas em sintonia, com os colegas chineses no desenvolvimento do sistema comum de direito romano; e que tratamos de facilitar a “leitura” dos Digestos. São também pouco menos de 40 anos em que se iniciou a nossa amizade (naquele tempo tinha sido recentemente publicado o meu primeiro trabalho em matéria de *lex Aquilia*!).

1 O título dos Digestos D. 9,2 sobre a Lei Aquília foi inteiramente traduzido por *Mi Jian*, ed. da Universidade da China de Ciências Políticas e Direito-CUPL, Pequim 1992 [por último, foi traduzido todo o livro D. 9, por *Mi Jian-Li Jun*, ed. CUPL, Pequim, 2011]; outros fragmentos que recordo são traduzidos por *Xu Guodong* em “Corporis Iuris Civilis fragmenta selecta, IV. 2. B, Sobre as obrigações. Sobre obrigações de delito (II Parte) e sobre os crimes”, seleções de textos de *S. Schipani*, ed. CUPL, Pequim, 1998; as Instituições de Justiniano foram traduzidas por *Xu Guodong*, ed. CUPL, Pequim 1999; aquelas de Gaio, foram traduzidas por *Huang Feng*, ed. CUPL, Pequim 1996.

2 D. 9,2,7,1; D. 9,2,51 pr.

3 D. 9,2,7,3; D. 9,2,7,6; D. 9,2,9 pr.; D. 9,2,29,5; D. 9,2,9,2; Gai. inst. 3,219; I. 4,3,16.

4 D. 9,2,7,1 ss.; D. 9,2,27,6 ss.; D. 9,2,27,13 ss.; D. 9,2,27,29 ss.

5 D. 9,2,22,1.

6 D. 9,2,51,2.

7 D. 9,2,23,4; D. 9,2,41.

8 D. 9,2,1,2.

9 I. 4,3,16.

10 D. 4,3,7,7. Veja-se também Gai. inst. 3,202, em que é duvidoso se, para a aplicação em via útil da Lei Aquília, seja requerido que a coisa tenha sido destruída, ou baste que

tenha sido perdida para o proprietário; neste segundo sentido, pode-se considerar fosse interpretada a menção à ação modelada sobre o fato em I. 4,1,11.

11 D. 9,2,11,6.

12 D. 9,2,11,1; D. 9,2,12.

13 D. 9,2,13,2.

14 D. 9,2,13,3.

15 D. 9,2,17; D. 9,2,30,1; D. 20,1,27.

16 D. 9,2,11,9.

17 D. 9,2,7 pr. (para a avaliação desta perspectiva de dano, já D. 9,3,7 e D. 9,1,3, relativos a *fattispecie* sobre as quais *infra*); D. 9,2,7,4.

18 D. 9,3,7.

19 D. 9,2,13 pr. (excluída a avaliação da pessoa livre em si, é um desenvolvimento não comprovado nas fontes, mas não em contradição com estas, aquilo que depois ocorreu da eventual legitimação ativa do herdeiro em caso de morte da pessoa *sui iuris*; cfr. o diverso tratamento relativo, em vez disso, a avaliação da pessoa em si, *infra* n. 44).

20 I. 4,3,2. Este elemento da *fattispecie* não se confunde com a antijuridicidade global desta, que se completa quando estejam presentes todos os elementos da *fattispecie*, entre os quais, obviamente, este também. A terminologia romana tem, às vezes, ambiguidades, ou desenvolve argumentações que vão apreciadas com atenção: cfr. D. 9,2,5,1; D. 47,10,1 pr.

21 D. 9,2,3,4,5 pr.

22 D. 9,2,39.

23 D. 9,2,49,1.

24 D. 9,2,31.

25 D. 9,2,5 pr; D. 9,2,39; D. 9,2,31 (note-se aqui o entrelaçar-se da referência à culpa e ao dolo com aquele da ausência de causas de justificação, para individuar o reprovável excesso no uso destas).

26 D. 9,2,45,4.

27 D. 9,2,7,5.

28 D. 9,2,52,2.

29 D. 9,1,1,4; D. 9,2,7,2 (não conseguir sustentar um peso não exclui a reprobabilidade da conduta daquele que deve entender que carregando mais do que o justo, poderá não suportar o peso e causar dano aos outros); D. 9,2,8,1 (não poder fazer por debilidade não exclui a reprobabilidade da conduta daquele que deve entender que a sua debilidade será perigosa para os outros).

30 D. 9,2,51,1.

31 D. 9,2,11 pr.

32 D. 9,2,15,1; D. 9,2,51 pr.

33 D. 9,2,52 pr.

34 I. 4,3,3-8.

35 D. 9,2,7,8; D. 9,2,8 pr. -1; D. 9,2,7,2. Podemos notar que não vemos utilizado o instrumento da inversão do ônus da prova, que, em vez disso, vem às vezes utilizado pelos legisladores modernos com referência às atividades “perigosas”.

36 D. 9,2,5,2.

37 Permito-me ressaltar que o pretor não era um juiz, mas um magistrado, eleito pelo povo. Ele não decidia os casos concretos, mas exercitava a *iuris dictio*, isto é, “dizia o direito” a ser aplicado aos casos concretos, e o dizia em conformidade com o edito perpétuo que tivesse tornado público no início do ano do cargo, ou, para eventuais casos novos, decretava uma nova ação, cuja aplicação em concreto era de igual forma remetida ao juiz.

38 Para a pessoa, D. 9,1 *passim*; para o animal, D. 9,1,11; para a coisa, D. 9,1,2 pr.

39 D. 9,1,1,4-5.

40 D. 9,1,1 pr.

41 D. 9,1,3.

42 D. 9,3,1 pr; D. 44,7,5,5.

43 D.9,3,1,4.

44 D. 9,3,1 pr; D. 9,3,1,6; D. 9,3,1,5 e D. 9,3,5,5 em que se ressalta que, em caso de morte de pessoa livre, a ação não compete ao herdeiro, nem, em caso de lesão de pessoa livre, a ele se transmite, enquanto não se trata de dano patrimonial; essa é cabível segundo as regras da ação popular.

45 D. 9,3,1,2.

46 D. 9,3,5,6-13.

47 Código Civil do Chile/1857, art. 2333-2334 trad. em chinês por *Xu Diyu*, Hong Kong 2002.

48 D. 9,4,1; D. 9,4,21. Note-se que este título vem composto do livro D. 9 pelos juristas de Justiniano, e nele vem construída esta *fattispecie* sobre a base de uma cláusula das ações penais, reunindo os tratamentos relativos a tal cláusula, que vinham sendo desenvolvidos em relação aos diversos delitos. Título análogo está presente nas Instituições: I. 4,8, mas em que o seu contexto é diverso, porque é em matéria de “ações”, e também porque a unidade imposta por Gai. inst. 3,182 ss., no tratamento dos delitos privados é conservada, enquanto nos Digestos é rompida (os delitos de furto, roubo e injusta ofensa à pessoa são de fato incorporados nos livros D. 47-48, que constituem a base unitária do direito “penal” em sentido “moderno”).

49 D. 9,4,2.

50 Também a responsabilidade pelo fato dos “domésticos” é em parte derivada das transformações desta *fattispecie*, mais que daquela dos armadores, albergueiros etc., sobre os quais *infra*.

51 Não ocorre desconsiderar que a potestade implica antes de tudo um papel de sustento no confronto dos sujeitos em potestade, e que o poder conexo é funcional ao exercício de tal papel de sustento.

52 Para o caso de responsabilidade pelos atos do louco, submetido à tutela, não parece pertinente a menção de D. 1,18,14, que utiliza em exame o cumprimento, da parte de um louco, de um crime, e não de um delito privado.

53 D. 4,9,1 pr.-5; D. 4,9,1,8-3 pr; D 44,7,5,6.

54 D. 4,9,3,1.

55 D. 4,9,7,4; D. 44,7,5,6; I. 4,5,3.

56 D. 9,2,27,9 = Coll. 12,7,7 e a diferença em relação a D. 9,2,27,11 = Coll. 12,7,9. As dificuldades do recurso a uma genérica *culpa in eligendo* em relação ao esvaziamento que essa implicaria a responsabilidade noxal, emerge também em D. 4,9,7,4.

57 Considere-se, entre outro, que o armador ou o albergueiro, ou o titular da estação de troca dos animais é obrigado também, como já indicado, pelo delito cometido por outro passageiro ou viandante, no confronto dos quais não pode ser configurada nenhuma *culpa in eligendo*.

58 D. 50,13,6; I. 4,5 pr. Vedi anche Nov. 128,23 e 24.

59 D. 9,2,29,7; D. 47,10,15,39.

60 D. 39,2 especialmente D. 39,2,24,2-11.

61 D. 47,10; I. 4,4; Gai. inst. 3,220 ss.

62 D. 9,1,3; D. 9,3,1,5; D. 9,3,7; D. 93,5,5.

63 D. 47,10,11,1.

64 De qualquer modo, também o recente projeto francês de reforma do Código Civil procura recolocar em discussão a perspectiva, “ressarcitória”, coisa que tem o mérito de reabrir o debate.

- 65** D. 50,17,23.
- 66** I. 4,6,17.
- 67** I. 1,1,3.
- 68** D. 6,1,13; D. 9,2,38.
- 69** D. 8,5,8,5.
- 70** D. 39,3.

13.

IUS ROMANUM COMMUNE* E IGUALDADE ENTRE OS POVOS NAS PERSPECTIVAS DOS BRICS

Sandro Schipani

Tradução de Renata Bueno

13.1 | **INTRODUÇÃO**

13.1.1 | A constituição dos BRICS e a declaração de Ekaterimburg. A inclusão da América Latina e da África não mediterrânea

O Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina – Ceisal (Ong. Unesco, com sede em Viena) destacou pontualmente a relevância jurídica do Comunicado conjunto da reunião de Ekaterimburg (em 16 de junho de 2009) emitido pelos Chefes de Estado e de Governo da República Federativa do Brasil, da Federação Russa, da República da Índia e da República Popular da China, que, no ponto 12, afirma: “Sublinhamos nosso apoio a uma ordem mundial multipolar baseado nas regras do direito internacional, da igualdade, do respeito mútuo, da cooperação, da ação coordenada e da produção de decisões coletivas por todos os Estados. Reiteramos nosso apoio a favor dos esforços políticos e diplomáticos para solucionar pacificamente controvérsias nas relações internacionais”.¹ Em 2011, a África do Sul juntou-se aos quatro países mencionados.²

Em relação à composição desse grupo de países, pode-se afirmar que o Presidente da África do Sul, Jacob Zuma, declarou expressamente que se sente o porta-voz do continente;³ da mesma forma, em relação ao Brasil, alguns analistas enfatizam seu papel como porta-voz e intérprete do continente latino-americano.⁴

13.1.2 | Uma necessária reviravolta de perspectiva: a essência jurídica dos BRICS

Tanto para a América Latina (por exemplo, referindo-se à *Alianza para la*

consolidación del Arco Pacífico Latinoamericano, que estaria em contraposição à dinâmica indicada) como também especificamente com referência aos cinco países dos BRICS, muitos comentaristas destacam as divergências dos interesses econômicos, financeiros e comerciais em jogo, divergências que tornariam a convergência no BRICS uma mera aparência.⁵

Não cabe a mim analisar o elenco de fatores essencialmente econômicos mencionados nesses diagnósticos negativos; desejo, no entanto, dedicar algumas observações aos fundamentos jurídicos da convergência constituída pelos BRICS.⁶

De fato, sou levado a essa escolha pelos objetivos definidos explicitamente nos documentos produzidos nas reuniões dos chefes de governo desses países.

O trecho da Declaração de Ekaterimburg apresentado acima refere-se ao direito internacional, à ordem que os BRICS pretendem renovar e a princípios-chave para essa finalidade. Também na última Declaração Conjunta de Sanya, em 2011, são significativas as referências à paz, à independência, à democracia, à cooperação, à solidariedade e, eu diria, acima de tudo, à equidade (e os seus equivalentes [igualdade, equilíbrio etc.]: sete vezes).

Por isso, acredito que seja necessário mudar a perspectiva comum entre os críticos. Na verdade, os países BRICS não querem que sejam apenas as moedas do sistema monetário internacional que devam abrir as suas portas a outras moedas a fim de recuperar a sua “estabilidade e certeza”, conforme indicado expressamente na mencionada Declaração de 2011 (ponto 16).⁷ Esse ponto, de fato, insere-se entre os vários pontos de um importante programa de ação em grande escala. Dito programa evidencia que é o direito que deve abrir as portas, a fim de recuperar a credibilidade e a justiça, a outras contribuições propostas pelas diversas posições de muitos países. Por causa disso, mesmo os BRICS parecem hoje querer representar e colocar aquilo que pretendem promover no centro de importantes mudanças, as quais certamente não se encontram isoladas do contexto político, cultural ou econômico etc.

Assim, gostaria de destacar que esse objetivo de paz, independência, solidariedade e equidade:

- : tem uma base sólida e concreta na realidade jurídica profunda desses países e do seu direito;
- : insere-se numa linha de desenvolvimento que é estrutural para o sistema de direito romano, do direito das gentes e do direito comum;
- : pode e deve ser alimentado pelos povos e também pelo nosso trabalho científico de juristas; e
- : constitui uma ajuda indispensável para toda a comunidade global.

13.2 | **PERFIS JURÍDICOS DA CONVERGÊNCIA ENTRE OS PAÍSES DO BRICS**

13.2.1 | **Pluralidade de perspectivas para uma análise jurídica**

Ao examinar os objetivos legais que levam os países do BRICS para uma convergência, se, de um lado, é necessário ter uma visão unificada, do outro, deve-se distinguir entre os objetivos do direito e da organização internacional e a vigência de um direito comum.

13.2.2 | **Direito internacional e direito comum**

Deixo os primeiros aos especialistas do direito internacional. Limito-me a salientar que a perspectiva do direito interestatal sente cada vez mais a necessidade de este ser reintegrado⁸ ao direito comum de base romanística válido entre todos os povos e todos os homens, à margem dos eventuais tratados que sejam estipulados entre as diversas comunidades políticas em questão e sob a crença de que todos os povos e homens são sujeitos das relações entre os diversos países, para o crescimento das exigências democráticas.⁹

O renascimento do “direito comum” exerce pressão, portanto, sobre o direito entre os estados. A referência, no entanto, aos “princípios gerais de direito” no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, na Haia, tem sempre fornecido um eixo de articulação entre essas duas perspectivas.¹⁰

13.2.3 | De acordo com o sistema do direito romano, o direito comum existe agora e desde sempre, e o direito comum existe ao lado do direito particular de cada povo (todos os povos devem poder usar as próprias leis) A consciência da existência atual de um “direito comum”, que já existe para todos os povos e todos os homens no sistema de direito romano, vem acompanhado por outra consciência.

Segundo o jurista Gaio, do século II d.C.: “Todos os povos que se regem por leis ou costumes fazem uso, em parte, de um direito próprio e, em parte, de um direito comum a todos os homens; aquele que cada povo estabelece para si denomina-se direito civil, como se fosse o direito próprio daquela cidadania; aquele que a natureza racional estabeleceu entre todos os povos é denominado direito das gentes e é observado por todos os povos como um direito do qual todos se servem” (Gaio. 1,1; D. 1,1,9).

Quanto ao direito comum, o jurista Ulpiano, do século III d.C., também distingue o “direito das gentes” do “direito natural”, que é aquele posto pela própria natureza (D. 1,1,1,3). A consciência de existirem *multa iura communia*/“muitos complexos de normas em comum” com os demais povos, entretanto, considerava-se enraizada desde antes da fundação da cidade (Cícero, *de Off.* 3,108).¹¹

Ao mesmo tempo, devemos lembrar que a fundação da cidade ocorre também graças à aprovação de leis próprias. A respeito da famosa Lei das XII Tábuas, do século V a.C., diz-se que por meio dela a “cidade foi fundada com as leis” (D. 1,2,2,4). As leis são parte integrante da identificação da própria cidade de Roma, e o “direito civil” diferencia-se do direito comum pelo fato de ser o direito próprio dos cidadãos. Dado esse papel, o sistema não privará as demais cidades de *suis legibus uti*/usar suas próprias leis¹² (pense-se nas cidades federadas¹³ e nos municípios¹⁴).

Por essa razão, faz parte da estrutura do sistema a existência de um direito comum com todos os povos conhecidos, ou ainda desconhecidos e que possam ser eventualmente encontrados. Por esse motivo, tal direito comum permanece vigente, mesmo em face das diversas formulações que ao longo dos séculos lhe foram opostas.

Ao mesmo tempo, também faz parte da estrutura do sistema o princípio

de que cada povo deve usar, ao lado desse direito comum, “as suas próprias leis”.

13.2.4 | A pluralidade de direitos próprios não impede a harmonia coerente do sistema, que se caracteriza pela tendência a tornar igualitária a liberdade

Mesmo com essa articulação, os *iura populi Romani* / “complexos de normas jurídicas do povo romano” são elaborados e reelaborados em um sistema coerente, um *ius Romanum commune*¹⁵ ao qual as diversas contribuições são incorporadas em “harmonia” (*consonantia*, Const. Imp. 2) com base em princípios de fundo que servem de guia (D. 1,1,6 pr., Cícero, *de Off.* 3,69)¹⁶ e cuja própria definição jurídica é a sintética primeira afirmação: “o direito é o sistema do que é bom e justo” (D. 1,1,1 pr.).

Bom e justo.

Conforme já foi dito, as Leis das XII Tábuas representaram um momento caracterizador da “fundação da cidade com as leis”. Acerca dessas leis, elaboradas ao longo de um conflito entre as duas classes sociais compostas de patrícios e plebeus, é dito expressamente que serviram para estabelecer a paz entre essas classes por meio do *aequare libertatem*/tornar igualitária a liberdade (Lívio 3, 31,7). Esse juízo e esse objetivo se colocam entre a história e o dever-ser, e capturam o elemento estruturante dessas leis, e, em geral, das leis no sistema: alcançar a paz tornando a liberdade / a autossuficiência econômica e a independência/autonomia etc. cada vez mais igualitárias. As próprias Leis da XII Tábuas continham a proibição à concessão de privilégios. A tarefa dos juristas se insere no mesmo âmbito mediante a incorporação desse elemento estruturante, o qual posteriormente se converte na base da própria força científica na refundação do sistema que os adota como referência (D. 1,2,2,5-6.13.39.41).¹⁷

Ao passar então, de modo necessariamente veloz, ao momento conclusivo da idade da formação do sistema de direito romano,¹⁸ isto é, à codificação de Justiniano e seus juristas, fica imediatamente em evidência uma espécie de alternativa entre o empenho nas armas para atingir a paz e o esforço para o aperfeiçoamento do direito, e a escolha em favor deste último, porque “entre todas as coisas não há nenhuma tão digna de dedicação quanto

a autoridade do direito, que cuida de todas as coisas divinas e humanas, e rejeita qualquer iniquidade/desigualdade” (Const. *Deo auctore* 1).¹⁹ E emerge ulteriormente, como já foi reconhecido (G. La Pira), que, além desse aperfeiçoamento do direito com os códigos, o objetivo, “estrutural” desde o início do sistema, era tornar igualitária a liberdade entre os povos unidos no império, os da parte ocidental e os da oriental, apesar de pertencerem as línguas, culturas e costumes tão diferentes, bem como renovar a abertura para aqueles que estavam fora do império.²⁰

13.2.5 | O sistema de direito romano não deve ser imposto, mas procurado e recepcionado; ele é patrimônio comum da humanidade; ele é utilizado por quatro dos países do BRICS e está aberto ao diálogo com a Índia

O sistema de direito romano, quando observado em sua estrutura profunda, não é imposto, mas procurado, recepcionado e está aberto ao diálogo com as demais experiências jurídicas, às quais oferece seus próprios princípios. O jurista chinês Jiang Ping o descreveu como “patrimônio comum da humanidade”.²¹

Por essa razão, muitos princípios de direito internacional se inspiraram no sistema de direito romano, mesmo sendo indispensável uma contínua revisão, conforme mencionado acima, precisamente em relação ao uso que dele se fez nos últimos séculos, séculos de monopólio da produção do direito por parte do Estado, de colonialismo, de pós-colonialismo e de dívida externa.

Por isso, sem fazer referência aqui aos diversos acontecimentos históricos, que variaram em intensidade e/ou deram origem a diversos subsistemas, os ordenamentos de quatro países do BRICS, a saber, o Brasil,²² a Rússia,²³ a China²⁴ e a África do Sul,²⁵ embora tão diferentes e ricos em história, se inspiram no sistema jurídico romanístico e são portadores dos três perfis estruturais aqui referidos e da sua lógica. E, para isso, acredito que também o quinto país dos BRICS, a Índia, possa dialogar sobre os princípios desse sistema, aos quais farei agora uma breve referência.

13.3 | PRINCÍPIOS GERAIS

13.3.1 | Os homens como medida de seleção da tradição do sistema e o dever de pretender para qualquer outra pessoa o mesmo direito que cada um pretenderia para si mesmo

A consciência de que um “direito comum” já existe, conforme dito acima, é o ponto de partida para o jurista do sistema de direito romano. A orientação do sistema de direito romano no sentido da tornar igualitária a liberdade é elemento essencial dessa consciência.²⁶

Esse direito comum é reelaborado cotidianamente na tradição do sistema, filtrando criticamente aquilo que é melhor (D. 1,2,2,13) e extraindo alguns “princípios gerais de direito”²⁷ que devem ser sucessivamente adaptados às situações específicas.²⁸

O padrão de referência dessa atividade de extração, filtragem e determinação é o bem dos homens que, como pluralidade e como indivíduos,²⁹ são o objetivo último de todo o direito (“todo o direito é feito para os homens”, nas palavras do jurista Hermogeniano: D. 1,5,2); o próprio intérprete deve identificar o bem dos homens e o direito que melhor se adequa a ele de acordo com o critério da equidade/igualdade, com base no qual deve, à luz da tradição do sistema, pretender para qualquer outra pessoa o mesmo direito que pretenderia para si mesmo naquela situação (D. 2,2³⁰).

13.3.2 | Alguns princípios gerais para reflexão: dos três preceitos de Ulpiano à Declaração sobre a usura e a dívida externa

O sistema de direito romano tem selecionado um grande número de princípios em diversos níveis de generalidade e hoje não é possível elaborar uma lista deles minimamente adequada, nem muito menos completa.

Ao lado dos princípios já apontados como traços estruturais do próprio sistema (isto é: a destinação de todo o direito a todos os homens; a existência hoje de um direito comum para todos os povos; o direito de usar as próprias leis; a liberdade tornada igualitária entre os povos e entre os homens; e a utilização, em relação aos outros, do mesmo direito que cada um aplicaria

a si mesmo – preferência pelo direito, em vez das armas, *supra*), destaco alguns deles remetendo à famosa tripartição de Ulpiano, jurista do século III d.C.: “Os preceitos do direito são estes: – viver honestamente – não fazer mal aos outros – dar a cada um o que é seu” (D. 1,1,10 = J.1,1,3).

Tentarei elaborar uma exemplificação bastante sumária levando em consideração, tal como o fez Ulpiano, o direito das relações entre as pessoas, conforme segue:

(a) a família é estrutura fundamental e espaço de formação dos cidadãos/*seminarium rei publicae*; ela é “sustentada” pela potestade/*potestas* (D. 1,6);

(b) o casamento tem, como elemento essencial, o consentimento dos nubentes;

(c) a ofensa injustificada causada a outra pessoa obriga o causador a repará-la de acordo com o que é bom e justo (D. 47,10);

(d) deve-se distinguir entre as coisas que são comuns a todos (o ar, em relação ao qual era ressaltado o requisito de salubridade; a água, a respeito da qual se tutelava a não poluição³¹), as coisas públicas (ou seja, que pertenciam ao povo como o conjunto organizado dos cidadãos, e que deviam ser mantidas como tais), as coisas religiosas (isto é, os túmulos, os locais de culto ou os lugares consagrados) e as coisas pertencentes aos indivíduos, pois o regime jurídico destas últimas é diferente;³²

(e) é do interesse das comunidades políticas que cada um faça bom uso do que é seu³³ (solidariedade, segurança³⁴);

(f) o dano causado a outrem obriga aquele que o causou culposamente e sem justificativa adequada a indenizá-lo (D. 9,2), mas em algumas situações a lei determina o ressarcimento do dano independentemente de culpa (D. 9,1 e 4; D. 9,3) etc.

De fato, como evidentemente não é possível fazer uma enumeração completa, é preferível expor a lista de princípios elaborada em uma pesquisa internacional relacionada à matéria das obrigações e da dívida externa dos países em vias de desenvolvimento, a qual foi posteriormente fixada em uma declaração.³⁵ Se esses princípios tivessem sido respeitados, eles poderiam ter evitado a crise da dívida externa da América Latina, desencadeada entre 1982 e 1983³⁶: (i) a boa-fé objetiva na formação, interpretação e execução dos contratos;³⁷ (ii) liberdade contratual [que inclui e especifica o princípio do respeito aos acordos pactuados]; (iii) proibição da *culpa in contrahendo*; (iv) causalidade nos contratos; (v) equidade; (vi) *laesio enormis*; (vii) proibição de acordos usurários; (viii) diligência do devedor; (ix) *rebus sic stantibus*/onerabilidade excessiva superveniente; (x) *favor debitoris*; (xi) proibição do abuso de direito; (xii) *beneficium competentiae*;³⁸ (xiii) inviolabilidade dos direitos humanos, em particular do direito à vida; (xiv) autodeterminação dos povos.

Podemos constatar, em todos esses princípios, que a reinterpretação é constante e que não é possível examiná-la. Embora o caminho seguido por essa reinterpretação seja aparentemente aberto, na verdade, ele é determinado pelos traços estruturantes do sistema mencionado acima: a liberdade deve-se tornar cada vez mais igualitária. No entanto, a oposição a essa perspectiva existe, e desvios de interpretação ocorreram no passado e se verificam ainda hoje tanto em relação aos marcos conceituais gerais do próprio direito quanto, evidentemente, à interferência entre as diversas instâncias políticas, culturais, econômicas etc. da nossa complexa realidade.

Tais princípios, assim como aqueles de natureza geral, devem ser desenvolvidos e enriquecidos mediante um diálogo cujos protagonistas sejam os povos e os juristas.

13.3.3 | A necessidade de melhorar o direito a cada dia e de ouvir todas as posições

Em outra ocasião,³⁹ anos atrás, senti-me obrigado a ressaltar que a reinterpretação do sistema de direito romano comum pode receber um impulso fundamental por parte das contribuições provenientes de regiões que não pertencem à Europa Ocidental. A diversidade do contexto e da posição em

que se coloca a questão, bem como a contribuição que deriva dessas posições, ampliam os horizontes da nossa capacidade de perceber os problemas como juristas e escolher o caminho mais adequado para “tornar igualitária a liberdade”, de modo a discernir as propostas jurídicas “melhores e mais justas” (uso essa expressão porque é aquela proposta por Justiniano aos juristas convocados para elaborar o Digesto, do qual foram mais tarde conhecidos como “fundadores”: Const. Tanta 17).

13.3.3.1 | OS “PRINCÍPIOS DO UNIDROIT” E A UNILATERALIDADE QUE ÀS VEZES SURGE NA SUA PERSPECTIVA

Acredito ter abordado materialmente a necessidade de ouvir contribuições diferentes por ocasião de uma reflexão sobre os princípios para contratos comerciais internacionais elaborados pelo Unidroit. Ditos princípios são, sob certos aspectos, interessantes. Neles fica estabelecido (cf. o art. 1.7, por exemplo) o princípio da boa-fé objetiva, o qual, como verdadeira expressão do *ius cogens* comum, é inderrogável pelas partes que celebrem contratos comerciais internacionais. Por ocasião da apresentação desses princípios na América Latina (Valencia, Venezuela, 1996), tive a oportunidade de apontar o problema da assimetria nas transações internacionais entre os hemisférios Norte e Sul, e de constatar que me encontrava em sintonia com os colegas latino-americanos.⁴⁰ Essa assimetria está relacionada à evolução tecnológica, ao conhecimento e à previsão dessas transformações, à moeda etc., e observei que uma interpretação adequada da boa-fé (como a do art. 1.546 do Código chileno de 1857, baseado em fontes romanas) poderia incidir sobre a própria determinação do conteúdo da obrigação, permitindo o reequilíbrio eventualmente necessário. Posteriormente, por ocasião da apresentação dos mesmos princípios em Pequim (1998), renovei essa observação, destacando especialmente o dever de informar, por exemplo, nas tratativas pré-contratuais relativas ao desenvolvimento de melhorias tecnológicas das quais o vendedor seja informado, ou mesmo o fabricante.⁴¹ A minha observação foi objeto de exame pela Comissão do Unidroit competente, composta de juristas da Europa Ocidental e dos EUA, porém não foi acolhida. Acredito que isso se deva à unilateralidade das vozes presentes, o que resulta na incapacidade de verdadeiramente buscar

o direito mais adequado e mais justo. Mesmo assim, a busca pelo direito mais adequado e mais igualitário é uma tarefa essencial dos juristas do nosso sistema.

13.3.3.2 | OS PRINCÍPIOS DA DÍVIDA EXTERNA, E A FRUSTRAÇÃO DA BUSCA PELO MELHOR DIREITO POR MEIO DAS INTIMIDAÇÕES EXERCITÁVEIS NO SISTEMA DA ONU. A NECESSIDADE DE DAR CONTINUIDADE À PESQUISA E CODIFICAR OS PRINCÍPIOS

A experiência do diálogo com os colegas latino-americanos, aos quais também se juntaram positivamente as vozes dos seus colegas norte-africanos, é de valor inestimável, particularmente no que diz respeito ao já mencionado problema da dívida externa e dos princípios que deveriam tê-la regulado.

Simplificando o discurso, pode-se dizer que, de fato, na segunda metade do século passado, a dívida externa construiu relações neocoloniais. Com efeito, ela criou um vínculo que produziu tanto o enriquecimento infundado dos credores quanto uma subordinação indevida dos devedores. Essa dívida tem se associado a uma interpretação inadequada e errônea do direito que a regulava, começando pelo próprio pretense princípio da “intangibilidade” do padrão monetário, muito embora a própria variação do “valor” da moeda de referência fosse a principal causa e a grande instigadora da crise. Havia, no entanto, outros princípios envolvidos (cf. o elenco mencionado *supra*).⁴² A alternativa interpretativa desenvolvida no diálogo científico aberto, conforme mencionado acima,⁴³ tem obtido o consenso tanto da ciência quanto de entidades representativas significativas: o Parlamento Latino-americano, a Conferência Interparlamentar Europa-América Latina e o Parlamento italiano.⁴⁴ O sistema das Nações Unidas, no entanto, tem impedido a possibilidade de comparecer perante a Corte Internacional de Justiça para pleitear o reconhecimento e a declaração dos princípios que deveriam em todo momento regular essa dívida.

A mencionada subordinação/intimidação dos devedores prevaleceu sobre o direito.

No entanto, a partir da elaboração dos princípios identificados neste trabalho, sob os auspícios do Parlamento Latino-americano,⁴⁵ foi mobilizado um grupo de trabalho que atualmente elabora um projeto de código

modelo do direito das obrigações na América Latina.⁴⁶ Tem surgido a consciência de que se houvesse à disposição uma formulação que fixasse tais princípios de modo preventivo e inequívoco, o desenrolar da dívida poderia ter sido gerido, pelo menos em parte, de forma diferente. Da mesma maneira, percebeu-se que se o direito aplicável ao comércio e às relações internacionais entre os cidadãos não for alterado e levar em consideração o ponto de vista daqueles que operam fora da área em que a maioria dos países é industrializada, tais operadores não encontrarão no direito a tutela adequada, trazendo prejuízos para si mesmos e para os seus países. Evidentemente, o projeto deverá estar à altura do objetivo proposto, superando toda subordinação.

Em função de considerações relativas a diversas situações, a controvérsia científica se abre e são apreendidos aspectos da tradição que não tinham sido percebidos ou que foram abandonados.⁴⁷

13.3.4. | O sistema de direito romano está nas mãos dos povos e dos juristas: os diversos pontos de vista dos países do BRICS o enriquecem no sentido de tornar igualitária a liberdade, assim como a unidade e o desenvolvimento dos próprios países tornam o aperfeiçoamento possível e útil para todos

Hoje, o sistema de direito romano não tem qualquer eixo político-institucional, por mais fraco que fosse o eixo existente no último período da sua presença. Não existe qualquer jurisdição que aplique o direito desse sistema, como o fazia primeiro o pretor em Roma e depois o Tribunal Imperial, cuja existência foi retomada, a partir da metade do século XVI, pela Câmara da Corte Imperial do Sacro Império Romano-Germânico (*Reichskammergericht*) durante mais de dois séculos.

O direito romano, enquanto sistema, encontra-se apenas nas mãos dos povos e dos juristas. Os primeiros, por meio da sua autoridade, estabelecem leis inspiradas nos princípios do sistema. Os últimos, por sua vez, preservam a coerência e a verificabilidade da sua ciência, dos fios sutis que ela produz e da força cogente dos princípios que eles extraem, desenvolvem e sustentam com a autoridade que deriva da sua competência.

Este sistema também é rico quanto à pluralidade de perspectivas a partir das quais pode ser visto e elaborado. Assim, a China, a América Latina, a Rússia e a África do Sul trazem perspectivas diversas das da Europa continental, e tais perspectivas são relevantes. Esses povos, esses países reunidos no grupo dos BRICS, com a Índia, possuem uma grande variedade cultural, e para alguns também um desenvolvimento muito antigo e elevado. Eles têm uma indústria dinâmica e ao mesmo tempo enfrentam profundas contradições que, mesmo sendo internas, não podem ignorar, como arriscam fazer a maioria dos países industrializados. Eles não sofrem, além disso, a intimidação da dívida mencionada acima. Eles releem e enfrentam o sistema partindo de pontos de vista diferentes: vivem intensamente a realidade de povos para os quais a harmonia do sistema e a paz, em todo momento do seu desenrolar, devem ser realizadas tornando igualitária a liberdade no sentido mais pleno, o que envolve viver com dignidade, participar na vida pública e organizar a própria vida privada.

13.4 | **CONCLUSÕES**

Propostas operativas. A Declaração de Sanya (Plano de Ação, ponto 12) prevê um entendimento entre os Tribunais Supremos. Portanto, já existe também uma atenção específica voltada para os momentos mais técnicos dos objetivos jurídicos, a qual deve ser desenvolvida.

(a) A formação dos juristas dos BRICS sobre a base de princípios comuns – Parece importante ressaltar a importância da formação dos juristas, e exigir que o problema acompanhe o do já citado ponto 12, especialmente em relação ao aprofundamento dos princípios comuns/direito comum, com referência à eventual criação de um Grupo da Faculdade de Direito que elabore programas de colaboração para uma releitura desse direito comum e que desenvolva o uso desse direito para tornar igualitária a liberdade, no sentido pleno mencionado acima, pois esse direito comum existe e deve ser reinterpretado e utilizado.

(b) O uso do próprio direito nas relações e disputas entre os cidadãos dos países dos BRICS – Parece possível e útil promover o uso do direito

próprio e dos seus princípios comuns nos contratos internacionais entre os países dos BRICS (adotar em relação ao direito a mesma política observada no que diz respeito à moeda), na resolução de disputas, tanto pela via judicial quanto pela arbitral, pois caso contrário o comércio internacional sempre tenderá a produzir desigualdade, bem como no arbitramento relativo a esses contratos (poder-se-ia propor uma análise do tema em um dos próximos encontros, conforme estabelecido no ponto a seguir).

(c) Encontros científicos periódicos – A ciência do direito precisa, a fim de se desenvolver, da discussão das diferentes posições. Podemos acordar diretamente, nós aqui presentes, a organização de encontros periódicos de natureza científica sobre temas jurídicos, a partir dos quais se possa promover a revisão crítica conjunta.

(d) Organização de doutorados conjuntos – Os problemas atuais de natureza global requerem juristas que estejam imersos nas contradições presentes e tenham instrumentos adequados para enfrentá-las. Hoje é possível acordar diretamente, por meio de convênios interuniversitários, a coordenação da formação conjunta de alguns doutores pesquisadores, especialistas nos problemas jurídicos da globalização desde a perspectiva dos BRICS e do direito comum de base romanística como patrimônio da humanidade.

NOTAS

* Texto integral do relatório desenvolvido no seminário científico organizado pela *Facoltà di Giurisprudenza* e pelo *Istituto di ricerche giuridiche comparative dell'Università di ricerca scientifica "Scuola Superiore di Economia"*, Sede di San Pietroburgo, em colaboração com a *Unità di Ricerca "Giorgio La Pira" del C.N.R.-Università di Roma "La Sapienza"* e com o *Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina (Ceisal)*, nos dias 8 e 9 de setembro de 2011, em São Petersburgo, acerca dos “Aspectos jurídicos dos BRICS”; atas publicadas, São Petersburgo, 2011. Em preparação para dito evento, foi organizado um painel de discussão, na Universidade de Roma “La Sapienza”, em março do mesmo ano.

1 “We underline our support for a more democratic and just multi-polar world order based on the rule of international law, equality, mutual respect, cooperation, coordinated action and collective decision-making of all states. We reiterate our support for political and diplomatic efforts to peacefully resolve disputes in international relations.”

2 Cf. a “Declaração conjunta dos líderes de governo da terceira cúpula do BRICS”, Sanya, China, 14 e 15 de abril de 2011, ponto 2.; cf. *Codice dei summits asiatici (2000-2011)*, editado por C. Manzillo, dirigido por M. Panebianco, Salerno [a ser publicado].

3 “South Africa goes into BRICS remembering fully well that we are an integral part of the continent of Africa”; e, além disso, ele acredita que o ingresso da África do Sul no BRICS “would [...] help accelerate regional economic integration in our region”: cf. <www.southafrica.info/global/brics/brics080411.htm>.

4 Cf. o *Instituto de Relaciones Internacionales (IRI)* argentino que, de acordo com o comentário de N. Falomir Lockhart à entrada em vigor do Tratado da Unasul (11 de março de 2011), nos últimos tempos tem se preocupado em integrar a perspectiva contida nesse tratado com as iniciativas da *Cumbre de la Unidad de América Latina*, realizada no Brasil (2008) e depois no México (2010); ou a ênfase dada por parte de C. A. Pereyra Mele (também argentino) aos 20 anos de experiência do Mercosul e à formação de uma “consciência política de megabloco”.

5 Essa divergência refere-se principalmente à relação entre a busca de matérias-primas e o fornecimento de produtos manufaturados, de maior ou menor conteúdo tecnológico, e ao risco de desindustrialização decorrente das diferenças de preço de certos bens de consumo importados em relação àqueles produzidos em sistemas de produção que ainda

não se encontram em condições de substituir a produção de bens, pelo fato de se encontrarem tão prejudicados por outra produção de maior conteúdo tecnológico. Cf. O sintético livro de A. Goldstein, *BRIC. Brasile, Russia, India, Cina alla guida dell'economia globale*, Bologna, 2011.

6 A literatura jurídica sobre esse tema é incipiente: cf. P. Borba Casella, *BRIC: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. Uma perspectiva de cooperação Internacional*, São Paulo, 2011 (trad. ao fr., Paris, 2011).

7 Com efeito, o ponto em questão estabelece um programa para o uso crescente das moedas nacionais, ou de uma cesta de algumas delas, nas transações comerciais recíprocas, assim como o desejo de reformar o sistema de direitos especiais de saque, para ir além das quatro moedas que agora compõem o cesto de referência desses direitos. A relevância dessa declaração programática, que não pretendo subestimar, fica evidente em suas dimensões verdadeiramente importantes pela simples lembrança do impacto que teve a mudança da política monetária relativa à moeda de referência durante a crise da dívida latino-americana de 1982-1983 (mas quero lembrar ao leitor que também foi a carência de direito, ou melhor, de respeito pelo direito, a verdadeira causa do problema; sobre esse tema, *vide infra*). Apesar da grande importância do tema, o erro dos comentadores é vincular exclusivamente a ela a identificação de uma “virada histórica” nas relações internacionais; é a interpretação exclusivamente econômica e redutora que está, em última análise, errada.

8 Digo “reintegrado” porque no direito romano já existia um direito dirigido às relações entre as diversas comunidades políticas: o direito feodal. Porém isso não excluía as relações juridicamente reguladas entre pessoas de povos diversos, sem que estes revertissem ao uso do direito “interno”, tal como ocorre no direito internacional privado.

9 Quanto à pressão exercida pelo direito comum sobre o direito entre os estados, pense-se, por exemplo, nos tribunais internacionais aos quais também têm acesso os cidadãos dos diversos estados.

10 Cf. o art. 73 da Convenção de Haia de 1907 sobre a criação do Tribunal Arbitral (e sua diferença em relação ao art. 48 da Convenção de 1899, que fazia referência aos “princípios de direito internacional”); o art. 38, n. 3, do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 1920, em que a referência aos “princípios gerais de direito” remonta à autoridade de Lorde Phillimore (*The Permanent Court of International Justice*, 1920-1942, 195 e n. 56.). Na vastíssima doutrina a respeito do tema, cf. ainda, na italiana, as seguintes obras clássicas: M. SCERNI, *I principi generali di diritto riconosciuti dalle*

nazioni civili nella giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, Padova, 1932, p. 47; G. BALLADORE PALLIERI, *I “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” nell’art. 38 dello statuto della Corte permanente di giustizia internazionale dell’Aja*, Torino, 1931; ID., *Diritto internazionale pubblico*, 6^a ed., Milano, 1952, p. 82 ss.; M. MIELE, *Diritto internazionale*, 3^a ed., Padova, 1972, p. 34 ss.; G. BOSCO, *Lezioni di Diritto internazionale*, reimp. 2^a ed., Milano, 1987, p. 56 ss., 204 ss.; M. PEDRAZZI, *Debito estero e sistemi internazionali di protezione dei diritti umani*, in *Roma e America*, 14/2002, p. 181 ss.

11 Na mesma linha, Lívio 5, 27, 6. Cf., fundamentalmente, P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, p. 5 ss.; 41 ss.

12 Encontramos o princípio formulado e celebrado no conhecido reconhecimento da liberdade dos gregos pelo cônsul Tito Quinto Flamínio, após a sua vitória sobre os macedônios (Lívio 33,32,4-6; cf. também Plut., *Flam.* 10,4-7), afirmado no edito de Quinto Múcio Scévola para a província da Ásia (Cic. *ad Att.*, 6, 1, 15) e lembrado pelo César para a Gália (César, *De bello Gallico*, 1, 45); pelo Cícero em relação à Sicília (Cíc. *in Verr.* 2, 2, 32).

13 Cf. P. CATALANO, *Linee del Sistema sovranazionale Romano*, I, Torino, Italia, 1965.

14 Quanto às autonomias, é fundamental Gélio, *N.A.* 16, 13.

15 Cf. P. CATALANO, *Ius Romanum. Note sulla formazione di un concetto*, in *La nozione di ‘Romano’ tra cittadinanza e universalità. Da Roma alla Terza Roma*, II, Napoli, 1984, p. 533 ss.

16 Acerca da problemática *ius commune/suis legibus uti /ius civile proprium uniuscuiusque civitatis*, das potenciais contradições e das vias por meio das quais foram superadas, cf. S. SCHIPANI, *Suis legibus uti /avvalersi delle proprie leggi*, in *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, editado por S. Lanni, Napoli, 2011.

17 Pode-se mencionar a ênfase dada por Cícero à luta pela igualdade na definição que ele nos fornece acerca do objetivo do direito: *de Oratore* 1,42,188: “o objetivo do direito civil é este: a preservação da tendência à igualdade nas coisas e nas causas dos cidadãos, segundo as leis e os costumes”.

18 Parece apropriada a periodização que identifica uma fase de formação do sistema de direito romano, que vai desde a fundação de Roma até os códigos de Justiniano; outra

subsequente de coexistência e concorrência entre o direito romano e as instituições jurídicas medievais, e outra das grandes revoluções e codificações modernas. Como todas as periodizações, alguns dos seus aspectos são discutíveis, e, portanto, não deve ser adotada rigidamente.

19 DANTE, *Divina commedia. Paradiso*, VI, 23-25, colhe e reitera esse conceito.

20 Cf. S. SCHIPANI, *I codici di Giustiniano come modello di ricerca della consonantia nelle trasformazioni e riforme del diritto e della società, e i codici moderni* (trad. ao chinês), in *Atti dell'International Symposium on "Social transformation and Legal Reform"*. Beijing 2008, Beijing (a ser publicado) (= em italiano in *Studi in memoria di F. Castro*, Napoli, 2011).

21 Assim, como foi observado por JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*; in AA.VV., *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, a cura di L. Formichella-G. Terracina-E. Toti, Torino, 2005, p. 3.

22 Acerca do Brasil, cf. S. SCHIPANI, "Codice civile del Brasile", in *Enciclopedia Giuridica Treccani. Aggiornamento*, Roma (a ser publicado).

23 A vertente oriental da tradição dos códigos justinianeus (Basílicas etc.) encontrou-se com a vertente de Bolonha no século XVIII. Como é sabido, a Universidade de Moscou foi fundada em 1755 e a de São Petersburgo em 1802. Elas foram precedidas, em Moscou, pela Academia eslavo-greco-latina, que foi fundada no século XVII; em seguida, pela Academia eslavo-latina, expressão do esforço para unir as duas principais correntes da vida cultural do país, em que vinha prevalecendo, dentre esses contrastes, a orientação voltada para o Ocidente. O Código de 1832 (*Svod Zakonov*) renova a tradição de um direito escrito sobre os costumes relativos a instituições medievais. O que se forma, portanto, é uma ciência jurídica forte, derivada da tradição bolonhesa, e mais imediatamente tributária dos códigos francês e alemão (*infra*); mas também se leva em consideração a presença de direito canônico.

24 Sobre a China, cf. JIANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico* cit., p. 3 ss.; ID., *Il risorgere dello spirito del diritto romano in Cina*, *ibid.*, p. 49 ss.; MI JIAN, *Diritto cinese e diritto romano*, *ibid.*, p. 13 ss.; seguindo a linha traçada por seus colegas, S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, Enc. Treccani, Roma, 2009, p. 527 ss. O desenvolvimento histórico da Rússia e do Brasil é diferente.

Quero enfatizar um ponto que normalmente não recebe muita atenção: a codificação na China, cuja elaboração teve início ao despontar o século passado e já contava com um primeiro Projeto de Código Civil pronto às vésperas da revolução republicana (1911), num primeiro momento, apresentou-se como expressão da adoção de um instrumento de resistência diante das pretensões das potências ocidentais, cuja finalidade era limitar a soberania nacional no exercício da jurisdição (tratados desiguais, tribunais consulares, tribunais mistos), assim como ocorria no Japão, ou até em outras regiões, como foi o caso do Egito. O Código constituía uma espécie de barreira à intromissão, por trás da qual se podia dar início a uma livre assimilação seletiva do sistema, assimilação que se inseria nos processos mais amplos de transformação/revolução em andamento. Essa escolha foi confirmada em três momentos posteriores bastante diversos sob a perspectiva política: durante a República, com o Código Civil dos anos 1930; no início da República Popular da China, nos anos 1950, e no período que vai desde 1978 até os dias de hoje. Evidentemente, dita escolha corresponde a razões muito profundas que vêm amadurecendo e fornecerão novas contribuições de grande interesse.

25 Cf. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (trad. it., II, Milano, 1980, p. 229) identifica este país, com a Escócia (poder-se-ia incluir o estado da Louisiana), como exemplo de um ordenamento jurídico romanístico que recepcionou elementos externos ao sistema. No caso da África do Sul, isso ocorreu após a colonização britânica da Cidade do Cabo em 1806 e da República Bóer em 1902. Além disso, é fato que lá o direito romano pertencente à tradição do Uso Moderno das Pandectas, o qual foi introduzido pela Holanda e não desembocou numa codificação, ainda é utilizado de forma direta.

26 É verdade que na Europa Ocidental, a partir das últimas décadas do século XIX, tornou-se hegemônica uma perspectiva estatal-legalista que, ligando-se ao nacionalismo jurídico, teorizou o isolamento de cada Estado perante os demais, e a ausência de qualquer direito, entre os Estados e no seu interior, que não fosse aquele que cada Estado houvesse estabelecido para si mesmo (monopólio estatal da produção do direito). Mas todos nós temos em mente os trágicos efeitos do nacionalismo, bem como da desigualdade entre os homens que se tentou introduzir por meio da sua perversão extrema, o racismo.

27 De fato, não só o Estatuto da CIJ faz referência aos “princípios gerais de direito”, mas, conforme já observado, a maioria dos Códigos Civis têm adotado essa referência para preencher as lacunas na legislação e para orientar a sua interpretação de modo geral.

28 Certamente, integram o caráter do sistema, sendo consequência da busca pela igualdade, a elaboração e previsão de *fattispecie*, mais ou menos casuisticamente descritas,

em relação às quais ficam predeterminadas as consequências antes que ocorram os fatos concretos previstos por tais *fattispecie*.

29 Ressalta-se que o jurista não recorreu ao uso do termo “homem” no singular, nem de um termo coletivo, mas refere-se simplesmente à pluralidade dos homens concretos. No entanto, pode-se acrescentar a essa observação que em latim a palavra *civitas*/cidadania-cidade deriva de *civis*/cidadão, e não o contrário, como ocorre na língua grega.

30 Este título mereceria um aprofundamento renovado.

31 Não se pretende entrar aqui nas diversas classificações relativas à água, que às vezes é comum a todos, às vezes pública e por vezes privada. A temática ambiental vem sendo desenvolvida; além disso, as fontes são reinterpretadas também em relação ao envolvimento do povo, como pluralidade de cidadãos, na própria tutela (ações populares).

32 A respeito de algumas dessas coisas, e da sua respectiva regulamentação, foram dedicadas Seções deste Congresso, tal como a de ambiente e a de energia.

33 Esse princípio, afirmado em J. 1,8,2, foi abandonado pelos Códigos do século XIX, os quais se caracterizaram pelo seu forte individualismo. A “releitura” do sistema tradicional o fez ressurgir, fazendo-o alcançar, por vezes, hierarquia de norma constitucional, cuja discussão é sempre candente (cf. o relato interpretativo da sua formação na antiguidade nos fragmentos de Gai. 1,53 a Coll. 3,3,1-3, D. 1,6,2, tendo em conta que no período mais antigo houve a intervenção dos censores. O art. 41 da Constituição italiana está agora sendo questionado).

34 Também em relação a este ponto houve uma reinterpretação significativa na passagem do século XIX para o século seguinte, que se manifestou numa releitura dos critérios de responsabilidade, com base em uma perspectiva menos individualista; as problemáticas envolvidas parecem tornar-se cada vez mais relevantes em alguns casos.

35 Refiro-me à Carta de Sant’Agata dei Goti: Declaração sobre a Usura e a Dívida Externa, elaborada por uma comissão internacional de juristas da qual tive a honra de fazer parte. O texto, publicado em Sant’Agata dei Goti (Benevento, Itália) em 2002, foi reeditado com traduções ao francês, ao espanhol e ao português. Esse ponto também é abordado *infra*.

36 Cf. uma síntese em S. SCHIPANI, s. v. *Debito internazionale (dei Paesi in Via di*

Sviluppo), in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, a cura di A. Tarantino-E. Sgreccia, 4, Napoli, 2011.

37 Embora a ciência jurídica anterior à codificação tivesse afirmado que “todos os contratos são de boa-fé”, a codificação desse princípio sofre, no século XIX, não poucas limitações, em razão da prioridade absoluta atribuída à intenção das partes. Isso pode ser constatado a partir do próprio Código francês de 1804, que circunscreve dito princípio ao “cumprimento da prestação”, chegando alguns códigos a omitir qualquer referência a ele. No entanto, é certa a abertura dada pelo Código chileno de 1857 (*infra*), bem como aquela posteriormente explicitada no BGB e no Código italiano de 1942, fruto de uma releitura das fontes cujo percurso ainda não chegou ao seu fim (cf. *infra*).

38 Vários códigos europeus têm chegado ao ponto de eliminar esse instituto, o qual constitui, a bem da verdade, um instrumento jurídico destinado à proteção dos direitos essenciais do devedor, embora em relação a tais direitos o direito romano já tivesse atrelado, a fim de satisfazer o credor, as estruturas da obrigação e da responsabilidade ao patrimônio, mediante a previsão de um “benefício” para o devedor, com base no qual o magistrado podia estabelecer que o juiz não condenasse o réu ao pagamento de uma quantia que excedesse o que o devedor pudesse pagar sem ficar reduzido à miséria, e isso até que o devedor fosse capaz de fazer frente ao débito sem que o próprio adimplemento comportasse a violação das necessidades básicas mencionadas.

Certamente, pode-se enfatizar que os modernos sistemas de seguridade social asseguram, ou devem assegurar, segundo uma lógica diversa, o cumprimento dos deveres de solidariedade e de satisfação das necessidades básicas das pessoas. Talvez, no entanto, seja útil dispor de formas subsidiárias de solidariedade direta entre as pessoas. Para uma reinterpretação, cf. V. ABELENDA, *Beneficio de competencia: fuentes romanas, derecho intermedio y latinoamericano. Ejemplos y presupuestos de extensión en su proyección contemporánea*, Buenos Aires, 2010, p. 285 ss.

39 Relatório elaborado sobre o Encontro com os romanistas da Europa Oriental, Leipzig, 1977: S. SCHIPANI, *Diritto romano e diritto attuale. Appunti sulla situazione italiana*, in *Klio*, 61 (Leipzig), 1979, p. 143 ss.

40 S. SCHIPANI, *Los Principios de Unidroit en América, el derecho común y la asimetría estructural entre las partes en la contratación internacional entre Nord y Sur*, in *Los Principios de Unidroit ¿un derecho común de los contratos para las Américas? / The Unidroit Principles: A Common Law of Contracts for the Americas?*, Roma, 1996, p. 251 ss., e *ibid.* também a contribuição de D. Operti Badán e de A. Boggiano.

41 A falta/reticência nas informações esteve no centro de uma reflexão muito famosa de Cícero, *de Off.* 3,12,50 ss. A minha relação em Pequim, em: S. SCHIPANI, *I Principi di Unidroit e il diritto romano (alcune annotazioni su favor debitoris e asimmetrie del commercio internazionale)*, em *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1, Milano, 1998, p. 753 ss. = em chinês em S. SCHIPANI, *The International General Rule on Commercial Contract and Roman Law*, agora em *Scritti di diritto romano pubblicati in cinese*, Beijing, 2010, p. 207 ss.

42 Cf. o relatório por mim desenvolvido acerca do seminário organizado em São Paulo (Brasil), com o patrocínio do Parlamento Latino-Americano: S. SCHIPANI, *Debito indebito? Debito sostenibile? Investimenti volatili? Cesure e continuità? Bassi tassi di interesse, per chi? Integrazione indispensabile. 'Legge modello' per l'unificazione del diritto delle obbligazioni in America Latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*. 23/2007, p. 273 ss.

43 Cf. o resumo da pesquisa in P. Catalano-S. Schipani, *Promemoria sul debito internazionale*, in *Roma e America cit.*, 23/2007, p. 185 ss.

44 Na Itália, o art. 7 da Lei n. 206/2000 reforçou a mencionada necessidade de uma releitura e avaliação dos princípios, porém não houve continuidade em relação às ações necessárias em nível internacional.

45 Cf. o documento conclusivo do seminário realizado em São Paulo em 2007, cit. (*supra* nota 42), ponto 4.

46 Cf. os seminários realizados em Bogotá, em 1996, 1998 e 2001 (AA.VV., *El Contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, I, Bogotá, 1998; II, Bogotá, 2001); a *Declaración constitutiva del grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano* aprovada nas Jornadas Latino-Americanas de Rosario (Argentina) em 2008 (*Roma e America. Diritto romano comune*, 26, 2008); e depois as jornadas de Bogotá em 2009 (Grupo para la armonización del Derecho Privado Latinoamericano. *Obligaciones*, Bogotá, 2011), as de Roma em 2010 (*Roma e America*, 30, 2010, p. 77 ss.) e as de Lima em 2011 (AA.VV., *De las Obligaciones en general. Coloquio de iurprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo*, Lima, 2012).

47 Se quisermos sair do âmbito a que me referi nos exemplos acima, sem dúvida o primeiro ao qual se deve voltar a atenção é o que diz respeito à busca de uma via pacífica para a resolução de disputas internacionais, o que é, justamente, evidenciado nos documentos dos BRICS já citados (a última Declaração retoma o assunto no ponto 9). Já mencionei a

preferência profundamente enraizada pelo direito em vez das armas (item 13.2.4 *supra*), e um aprofundamento da ideia de Império é fundamental (a qual, evidentemente, não pode ser confundida com a de “imperialismo”). A segunda metade do século passado, diante da ameaça nuclear, trouxe, entre vaticínios e argumentos jurídicos, uma importante e discutida reinterpretação do conceito de “guerra justa”. Os primeiros anos deste milênio parecem indicar um retrocesso em relação à teoria e no que diz respeito à vontade de realizar qualquer esforço para evitar o uso da força nas relações internacionais no contexto da liberdade/independência igualitárias. A supramencionada declaração dos BRICS e a posição recentemente adotada no Conselho de Segurança da ONU pelos países do BRICS nele presentes confirmam que ditos países possuem uma profunda capacidade de enxergar os problemas relacionados à busca da paz e do respeito à dignidade dos povos. Tais países têm feito uma contribuição que constitui um exemplo da utilidade da sua perspectiva, e da inserção desta no diálogo voltado para o desenvolvimento dos princípios do sistema comum, conforme procurei destacar.

SOBRE OS AUTORES

SANDRO SCHIPANI

PROFESSOR DE DIREITO ROMANO NA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA". DR. H.C. DA FACULTAD DE DERECHO DELLA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. PROFESSOR HONORÁRIO DA CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW.

DANILO BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAUJO

PROFESSOR DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). DOTTORE DI RICERCA EM "SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO" PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II "TOR VERGATA".

LUIGI LABRUNA

PROFESSOR DE DIREITO ROMANO NA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II.

RICCARDO CARDILLI

PROFESSOR DE DIREITO ROMANO NA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II "TOR VERGATA".

SOBRE OS TRADUTORES

ANGELA CRISTINA VIERO

DOUTORANDA EM DIREITO PRIVADO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. MESTRE EM "SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO, UNIFICAZIONE DEL DIRITTO E DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE NELL'ESPERIENZA EUROPEA E LATINOAMERICANA A CONFRONTO" PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II "TOR VERGATA". ESPECIALISTA EM DIREITO CIVIL APLICADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. ESPECIALISTA EM PROCESSO E CONSTITUIÇÃO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL.

BERNARDO BISSOTO QUEIROZ DE MORAES

ESPECIALISTA EM DIREITO ROMANO PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA I "LA SAPIENZA". DOUTOR EM DIREITO CIVIL/ROMANO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. LIVRE-DOCENTE EM DIREITO ROMANO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. PROCURADOR FEDERAL. PROFESSOR DE DIREITO ROMANO E DIREITO CIVIL DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E DA FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ARMANDO ÁLVARES PENTEADO.

CAMILO ZUFELATO

MESTRE PELA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II "TOR VERGATA". DOUTOR EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. PROFESSOR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

DALVA CARMEN TONATO

PROFESSORA DE DIREITO ROMANO, HISTÓRIA DO DIREITO E INSTITUIÇÕES DE DIREITO DA UFRGS. DOUTORA EM "SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO" PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II "TOR VERGATA".

FLÁVIO AUGUSTO MARINHO VIDIGAL

MESTRE EM DIREITO PELA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA". ADVOGADO.

KELLY CRISTINA CANELA

PROFESSORA DE DIREITO PRIVADO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA

FILHO”, CAMPUS FRANCA, SÃO PAULO. MESTRE EM DIREITO PELA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL’UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II “TOR VERGATA”. DOUTORA EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

OSNY DA SILVA FILHO

BACHAREL E MESTRANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, COM PARTE DA GRADUAÇÃO CURSADA NAS UNIVERSIDADES DE ROMA I “LA SAPIENZA” E II “TOR VERGATA”. BOLSISTA DO LAW AND ECONOMICS PROGRAM DO BERKELEY CENTER FOR LAW, BUSINESS AND THE ECONOMY.

RENATA BUENO

DEPUTADA NO PARLAMENTO ITALIANO. EX-VEREADORA DE CURITIBA. ADVOGADA. ESPECIALISTA EM DIREITOS HUMANOS NA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA. MESTRE E DOUTORANDA EM “SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO” PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II “TOR VERGATA”.

SANDRA REGINA GARCIA OLIVAN BAYER

BACHAREL EM DIREITO E MESTRE EM DIREITO CIVIL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II “TOR VERGATA”. PROFESSORA UNIVERSITÁRIA. ADVOGADA COLABORATIVA E MEDIADORA DE CONFLITOS.

SERGIO TUTHILL STANICIA

BACHAREL EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, COM PERÍODO ACADÊMICO NA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II “TOR VERGATA”. DOUTORANDO EM DIREITO CIVIL NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

SOLANGE GUIDA

DOUTORANDA BOLSISTA EM SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO, UNIFICAZIONE DEL DIRITTO E DIRITTO DELL’INTEGRAZIONE PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II “TOR VERGATA”. MESTRE EM “SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO”, UNIFICAZIONE DEL DIRITTO E DIRITTO DELL’INTEGRAZIONE PELA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA II “TOR VERGATA”.

TOMÁS OLCESE

BACHAREL, MESTRE E DOUTORANDO EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

ISBN 978-85-64678-19-4



LIVRE *para*

LER PARTILHAR COPIAR PENSAR