

# CÓDIGO, DOCTRINA, JUÍZES NA ELABORAÇÃO DE ALBERTO DE SIMONE, CODIFICADOR ITALIANO<sup>1</sup>

## *CODE, DOCTRINE, JUDGES IN ALBERTO DE SIMONE PREPARATION, ITALIAN ENCODER*

Sandro Schipani<sup>2</sup>

1. Este ano, 2014, é o bímilênio da morte de Augusto, ocorrida em 14 d. C., e eu quero iniciar recordando que ele idealizou uma primeira formalização da convergência da função legislativa e da ciência jurídica, que pretendo mencionar sinteticamente na abertura desta reflexão. O jurista Pompônio sobre isto nos diz que “antes da era de Augusto, não era concedido por parte dos príncipes o direito de dar pareceres a título público, porém, aqueles que haviam confiança nos seus estudos, davam pareceres a quem os consultava [ ... ]. O divino Augusto, foi o primeiro, com a finalidade de que autoridade do direito tivesse uma maior consideração, a estabelecer que se desse pareceres pela autoridade dele próprio”.

Esta informação indica, evidentemente, uma possível formal sinergia, que não constituiu o início do valor dos pareceres dos juristas como fonte do direito nem o início de uma confusão entre as duas fontes de direito<sup>3</sup>. Augusto pôs o fundamento de uma sinergia entre as duas fontes que não limitava a autonomia mútua e a reflexão de Pompônio, um século e meio depois, confirma-a, e esta não confusão e possível sinergia é um dado estrutural do sistema.

A idade moderna 'das grandes revoluções e das codificações modernas', iniciada no final do séc. XV, recebeu dos séculos precedentes os códigos de Justiniano e dos seus juristas com ambas as dimensões, de lei e de direito científico, realizados pelos homens e para os homens. Os códigos justinianeus foram então 'leídos' não como repertórios arqueológicos que permaneceram sepultados por séculos, mas foram ampliados com muitas vicissitudes e 'leituras' que foram sendo desenvolvidas seja no quadro do Império, na Europa Oriental, partindo de Constantinopla e depois de Moscou, e na Europa Ocidental, seja ao redor das Universidades, iniciando em Bolonha e depois a várias universidades e da ciência jurídica que continua o seu papel que confia apenas à perícia e à respeitabilidade dos juristas.

---

<sup>1</sup>Tradução realizada por Kelly Cristina Canela, professora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

<sup>2</sup> Professor Ordinário de Instituições de Direito Romano na Università di Sassari, de 1971 a 1982, de Direito Romano na Università di Roma "Tor Vergata", de 1982 a 2007, e na Università di Roma "La Sapienza", de 2007 a 2010. Professor Dr. h.c. da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Professor visitante de numerosas Universidades da América Latina e da China.

<sup>3</sup>Cfr. Pompônio, que de um lado, atribui a juristas bem anteriores à idade de Augusto o papel de 'haver fundado o direito civil' (o que Pompônio escreve é confirmado pelos nossos conhecimento históricos, com base nos quais sabemos que quase todo o direito civil produzido depois das XII Tábuas foi produzido sem lei e, ainda mais, o direito das gentes, em parte em sinergia com o edito do pretor). De outro lado, indica que coube ao imperador Adriano haver estabelecido que tal direito de dar pareceres “não vinha requerido, mas costumava ser praticado e que ele era satisfeito se alguém, havendo confiança em si mesmo, o praticava” (D.1,2,2,49). Formas diversas de sinergia entre as duas fontes, por outro lado, Pompônio nos testemunha a reconhecê-las mesmo precedentemente ao recolher *in unum* as leis (D. 1,2,2,2), ao interpretá-las (D.1,2,2,5. 38) e a tornar a fundar também com elas o direito (D. 1,2,2,39), constituindo-o cientificamente (D. 1,2,2,41. 42), ao compor as ações (D. 1,2,2,6) etc. Cfr. S. Schipani, *I giuristi iuris conditores/fondatori del diritto*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e Unificazione del diritto in Europe e in America Latina*, 13/2002, 275 ss. (<www.romaeamerica.it>).

A idade moderna, depois do particularismo e dos encerramentos medievais, paralelamente à revoluções políticas, de independência, sociais, renova os códigos com a contribuição a estes de um número crescente de povos e de juristas para a igualdade da liberdade.

De particular interesse permanente na ciência jurídica do nosso sistema jurídico romanístico, mas com novos perfis a partir da metade do séc. XVIII, com o começo da recodificação, é o delineamento da relação entre códigos, doutrina e juízes.

Em relação a esta, na Europa Continental do final do séc. XIX, foram delineados importantes contrastes com a impositão de base do nosso sistema jurídico que enumera, entre as fontes de produção do direito, além da lei nas suas diversas formas, também a elaboração dos juristas com notório saber, o edito dos pretores e o costume<sup>4</sup>. O nacionalismo, que desde o final do séc. XIX permeou a ideologia de todas as classes dominantes europeias<sup>5</sup>, no âmbito jurídico traduziu-se de fato na hegemonia do estatal legalismo e da pretensão de monopólio da produção do direito por parte do Estado (“miope estadolatria”)<sup>6</sup>. Esta hegemonia, que é em via de superação na Europa Continental, tende também a se comunicar para outros locais<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup>Cfr. Gai. 1,2; J. 1,2,3; Papiniano em D. 1,1,7; Pompônio em D. 1,2,2,12.

<sup>5</sup>Destaco a referência ao 'nacionalismo' como aquela deformação da experiência da 'nação' que se configurou como ideologia da política de potência de numerosos estados europeus em conexão com a segunda revolução industrial e o ingresso das massas na vida econômica. Ele conduziu à plena identificação entre nação e Estado, com o fim de realizar uma solidariedade nacional que teria consentido de dominar as diversas classes sociais.

<sup>6</sup>Cfr. G. Del Vecchio, *Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto*, in *Riv. Fil. Dir.*, 32, 1960, 70 s. É verdade que a doutrina jurídica que sustenta tal monopólio é anterior e apresenta as suas primeiras raízes a partir do Renascimento. Assim, por exemplo, na Itália, Giambattista De Luca (1614-1683), um dos maiores juristas do séc. XVII italiano, em *Il dottor volgare*, IV, vinha elaborando-a constatando a consequente particularização do direito comum: “*Le medesime leggi dei romani, le quali diciamo comuni, in effetti si devono dire leggi particolari di qualsivoglia principato indipendente, atteso che la loro necessaria osservanza non nasce da una sola potestà del legislatore, il quale sia a tutti comune, conforme era in tempo dell'antico romano impero, ma nasce dalla potestà diversa d'ogni principe il quale [note-se!] le ha volute ricevere e si contenta che s'osservino nel suo principato, con le moderazioni che gli piacciono*”/“As mesmas leis dos romanos, as quais dizemos comuns, em efeito, devem ser ditas leis particulares de qualquer principado independente, posto que a necessária observância destas não nasce de um só poder do legislador, o qual seja a todos comum, conforme era no tempo do antigo império romano, mas nasce do poder diverso de cada príncipe o qual [note-se!] as quis receber e contenta-se que sejam observadas no seu principado, com as moderações que lhe agrada”. Mas outra é a elaboração teórica aqui apresentada, outra a sua hegemonia que se realiza graças, como dito, ao conúbio com o nacionalismo.

<sup>7</sup>Não é evidentemente possível aqui assinalar as permanentes dificuldades que, mesmo prescindindo do 'nacionalismo', são conexas à identificação entre estado e nação, isto é, à criação dos 'estados nacionais' frequentemente em contextos de pluralismo que deveriam cercar outras ordens político institucionais. Ao invés disso, gostaria de assinalar rapidamente que é imprópria a identificação do suposto monopólio por parte do estado (nação) da produção do direito com o 'estado de direito' qual estado no qual os poderes públicos constituídos devem operar segundo o direito. No direito romano da idade da formação do sistema, não obstante a abusada referência à disposição segundo a qual o *princeps* es *legibus solutus*, isto é, separado da observação de algumas determinadas leis (cfr. D. 1,3,31 referindo-se originariamente à *lex Iulia et Papia*), o princípio segundo o qual o poder deve ser exercitado em respeito ao direito, há raízes profundas: o encontramos nas palavras de Plínio *princeps super leges, sed leges super principem* (Plínio, *Panegyricus* 65,1), com os seus reflexos também nos textos de juristas (de Paulo D. 32,23 [es conveniente à tão elevada majestade do imperador observar aquelas leis das quais ele mesmo se consideraria livre] = *Pauli Sent.*, 5,12,9a; 4,5,3) e nas constituições imperiais de Sétimo Severo e Antônio Caracala, citados em I. 2,17,8; de Alessandro Severo del 232 em C. 6,23,3. Este parece encontrar a sua melhor formulação na afirmação da constituição de Teodósio de 429 segundo a qual o fundamento pelo qual se deva *submittere legibus principatum* / 'submeter o príncipe à lei' reside no princípio segundo o qual *de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas* / 'da autoridade do direito depende a autoridade nossa [de imperador]' (C. 1,14,4) (para o problema afrontado nesta constituição, cfr. para todos F. Gallo, *Sul potere normativo*

A forma código de ordenar um corpo de normas jurídicas é, porém, estruturalmente portadora de uma perspectiva resistente ao estatal legalismo enquanto nasce da confluência de duas fontes: lei e elaboração dos juristas com autoridade<sup>8</sup>. Ela conserva a sua vitalidade e, graças à força do seu núcleo estruturante, conserva outrossim uma abertura que se insere construtivamente no *suis legibus uti* / 'fazer uso de próprias leis' e no *aequare libertatem* / 'tornar igual na liberdade' os homens, os povos entre si em um direito comum universalmente à disposição de todos<sup>9</sup>.

Talvez hoje, com a superação da fase do estatal legalismo monopolístico da produção do direito, é interessante reler contribuições anteriores a este, que acompanharam o momento no qual a recodificação modera foi inicialmente afirmada, não para a repropor, mas para ampliar os termos da nossa reflexão crítica. Neste escopo, reputo interessante algumas observações amadurecidas em torno do Projeto de 1802-1803 de De Simoni, do Código Civil da República Italiana, república para a Itália do Norte 'irmã' daquela francesa.

2 A Revolução Francesa colocou no centro dos seus objetivos político jurídicos a codificação.

Os primeiros três projetos (Projetos Cambacérès de 1793, 1794, 1796) foram

---

*imperiale*, in *SDHI*, 48, 1982, 413 ss.; *Per il riesame di una tesi formulata < solutio legibus >*, in *Sodalitas. Scritti Guarino*, 2, Napoli, 1984, 651 ss., agora em *Id.*, *Opuscula selecta*, Padova, 1999, particularmente p. 310 s; 343 ss.). Refletir sobre esta indicação e manter separada a ideia do monopólio da produção do direito por parte do estado, do princípio segundo o qual se deve 'submeter o príncipe à lei' é importante, seja porque este segundo pode haver real consistência apenas se não se realiza o monopólio, seja porque o monopólio da lei frequentemente impede de reconhecer as diversas articuladas dimensões do direito mesmo e isto corrompe o ordenamento que apenas sobre esta pretende se fundar.

<sup>8</sup>A difusa releitura da vicissitude histórica, segundo a qual já Justiniano teria realizado o monopólio da produção do direito por parte do legislador, é fruto de uma deformação induzida pela perspectiva estatal legalista e contrasta com muitos dados das fontes a começar por quando vem declarado na própria Const. Tanta 17 que afirma serem os juristas *huius operis conditores*. O verbo *condere* todos o conhecemos desde a fórmula *ab urbe condita* (também Varrão demonstra ter usado *condere* para a fundação da *urbis*: D. 50,16,239,6). Gaio, referindo-se à atividade dos juristas, a designa como *iura condere* (Gai. 1,7; 4,30), escolhendo, assim, um termo de ressonância fortíssima. Pompônio, indicando o papel adquirido pelo juristas Públio Mucio, Bruto e Manílio, diz que este “fundaram” o direito civil (D. 1,2,2,38) preferindo o verbo *fundare*. Os juristas justinianeus qualificam como *conditor iuris*, seja Juliano, e não apenas 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 etc); e também o imperador Justiniano é definido *conditor* do direito (C. 1,14,12,5). O *princeps* produz o direito graças à *potestas* do povo que lhe conferiu a competência (D. 1,4,1), enquanto para os juristas se destaca que, graças às suas *peritia, prudentia, fiducia studiorum*, adquirirem *auctoritas*, que exatamente funda o direito por eles produzido (D. 1,2,2,5,49). O uso do mesmo termo *conditor* para o imperador e para os juristas instaura um paralelismo, e demonstra como, em relação a “esta obra”, a este código, seja amadurecida e seja explicitada a ideia de realizar a convergência entre estes *iuris conditores*, que continuam a ser duas colunas condutoras do sistema das fontes do direito. Não se pode excluir, por outro lado, que em Justiniano e em seus juristas fossem presentes diversas concepções e que esta ideia seja amadurecida ou tenha prevalecido sucessivamente à aprovação do primeiro *Codex Iustinianus*, quando foi decidida a redação dos Digestos; a designação de todas as três obras *Codex, Digesta* e *Institutiones* como 'códigos' indica, sem dúvida, que neste são reconhecidos caracteres comuns. Cfr. S. Schipani, *Unificação do direito (Direito romano – codificação)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 75, [1982], 463 ss; *Id.*, *La codificazione del diritto romano comune*, rist. 2 ed. con brevi note aggiuntive, Torino, 2011, 16 ss; “*Huius operis conditores*”, in *Le sfide del Diritto. Scritti in onore card. A. Vallini*, a cura di G. Dalla Torre-C. Mirabelli, Roma, 2009, 395 ss.

<sup>9</sup>Cfr. S. Schipani, *El principio del suis legibus uti o del valerse de las propias leyes*, in *Roma e America*, 31-32/2011 [ma 2012], 139 ss. (<[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)>); *Id.*, *Los Códigos de Justiniano como modelos de búsqueda de la consonancia en las transformaciones y reformas del derecho y de la sociedad y los códigos modernos*, in *Revista Chilena de Historia del Derecho – RChHD*, 22-I, 2010 – *Estudios en honor de Bernardino Bravo Lira*, 137 ss.

elaboradas em um clima ideológico hostil à obra dos juristas e dirigido a realizar o objetivo de acesso ao conhecimento da lei por parte de todos os cidadãos, que no código deveriam encontrar o guia para o exercício dos seus direitos, excluindo o grupo profissional dos juristas<sup>10</sup>. Os juizes, por outro lado, deveriam ser apenas 'a boca que diz as palavras da lei'. Mas estes projetos não tiveram sucesso, pois percebeu-se que estes textos não teriam servido de auxílio para guiar a solução das controvérsias que surgiriam.

Em 1800, foi constituída a comissão presidida por Portalis, que recolheu o resultado do trabalho de 'releitura crítica' das fontes romanas realizado por Pothier<sup>11</sup>, a contribuição dos autores de obras institucionais<sup>12</sup>, o cancelamento dos resíduos das instituições medievais realizado pelas leis da Revolução e elaborou um Projeto que depois, revisto e aprovado em 36 leis entre 1803 e 1804, veio reunido e aprovado como Código em 1804 e foi depois acompanhado por outros códigos que vieram a constituir um verdadeiro 'sistema de códigos'.

Estes códigos, graças às suas raízes no sistema do direito romano e à qualidade deles, foram amplamente recebidos na Itália, aonde tiveram também um rastro da primeira fase, em um Projeto do francês P. Daunou (1761-1840)<sup>13</sup>, enviado pela França na República Romana de 1798-1799. Não quero falar sobre isto, mas sobre uma experiência italiana amadurecida independentemente.

3. Na Itália do Norte, sob o impulso expansivo da Revolução Francesa e de Napoleão, em 1795, foram constituídas a República Cispadana e a República Transpadana; sucessivamente, em 1797, na República Cisalpina, que em 1802 transformou-se em República Italiana, com o Presidente Napoleão até 1805, e, depois, transformou-se em Reino da Itália até 1814<sup>14</sup>.

Na República Cisalpina iniciou-se um debate sobre a codificação e depois, em 1802, o Ministro da Justiça da apenas constituída República Italiana conferiu o encargo a De Simoni para a redação de um projeto de código civil<sup>15</sup>.

Alberto de Simoni<sup>16</sup> havia estudado direito na Universidade em Innsbruck na Áustria e depois havia iniciado a desenvolver a profissão como advogado em uma pequena cidade da atual Lombardia, enquanto paralelamente estudava autores do Uso

---

<sup>10</sup>O desejo de que as leis sejam legíveis e compreensíveis por parte dos cidadãos é enraizado: a lei das XII Tábuas era afixada no fórum, mas Pompônio logo observa que esta publicidade não exauria, mas sim vinha a chamar a obra dos juristas (D. 1,2,2,5). Mesmo muito recentemente, o código civil da DDR foi elaborado com particular atenção à linguagem comum, mas foi bem observado que por detrás deste existiam dois blocos de elaboração relevantes: a cultura pandectística e a interpretação do aparato burocrático do partido comunista que deles alimentavam a compreensão.

<sup>11</sup>Refiro-me em primeiro lugar ao Título D.50,17 das *Pandectae Iustinianee in novum ordinem digestae* que recolheu muito mais regras daquelas colhidas em D. 50,17, descontextualizando-as do tecido de exemplos entre o qual eram inseridas e recontextualizando-as segundo o método mais abstrato constituído pela ordem sistemática das Instituições de Justiniano, ulteriormente desenvolvido, dando vida a quase um pré-projeto de código.

<sup>12</sup>S. Schipani, *La nascita del modello di codice*, in *Roma e America*, 27/2009, 35 ss. (<[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)>).

<sup>13</sup>Este Projeto é na linha daquele Cambacérès de 1796; sobre este cfr. *Projet du Code civil de la Republique romaine (1798)* editado com uma introdução de Filippo Ranieri, Francoforte/M., 1976.

<sup>14</sup>A vicissitude é mais complexa, mas aqui não interessam os detalhes desta.

<sup>15</sup>Cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*, Milão, 1971, 231 ss. Cfr. também, p. 143 ss., o aprofundado exame das “propostas e das iniciativas para a codificação na Itália setentrional pelo ingresso das forças armadas franceses [1796] aos comícios nacionais de Lyon [1801-1802]”, e, p. 219 ss., dos primeiros programas e projetos da República italiana.

<sup>16</sup>Sobre o perfil deste jurista, cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*, Milão, 1971, 53 ss.

Moderno das Pandectas e da Escola do Direito Natural como Pufendorff<sup>17</sup>, Cocceius<sup>18</sup>, Heineccius<sup>19</sup>, e da permanente tradição do *mos italicus*. Era nutrido por uma formação italiana e europeia<sup>20</sup>. Sucessivamente, precisou se transferir por motivos políticos a Milão, aonde sua competência foi apreciada. Ele redigiu o Projeto de Código Civil que lhe foi confiado, precedido por um Discurso Preliminar de apresentação das ideias fundamentais ao mesmo. O Projeto foi submetido à leitura por um jurista da Toscana, o Signorini, que fez uma relação sobre isso<sup>21</sup>. Seguiu uma segunda relação do projeto. Mas, em 1805, a República Italiana transformou-se em Reino com Napoleão como rei; em 1804, na França foi aprovado o Código Napoleão e este foi adotado no Reino da Itália em 1806 e, por este motivo político, o Projeto de De Simoni foi posto de lado.

O Projeto de De Simoni é portanto o único projeto de código civil de concepção e elaboração a obra de juristas italianos, antes que o Código Napoleão viesse à luz, e, de consequência, alheio à influência deste último<sup>22</sup>.

Agora, interessa-me destacar dois pontos das reflexões que giraram em torno deste projeto que mostram a elaboração dos juristas italianos daquela época que depois adotou os códigos e que trouxe alimento da permanente herança do *mos italicus*, do *usus modernus*, convergindo sobre pontos em exame com o delineamento implícito no Código Napoleão e nos outros códigos da época, mas que depois vem, apenas no curso do séc. XIX, como supracitado, na Europa alterada. Fá-lo com referência a alguns textos<sup>23</sup>.

4. Em uma Moção da Assembleia Legislativa da República Cisalpina de 1798 podemos ler: “Mais de quatrocentos estatutos diversos existem em Cisalpina, alguns dois quais chegam até mesmo à contradição. Será oportuna esta diversidade? Será oportuno que a cada estação de mudança de cavalos, por assim dizer, se altere a jurisprudência? Não se poderia provisoriamente aplicar o direito romano?”<sup>24</sup>.

Destas poucas linhas, deve-se notar: 1) que se trata de uma moção aprovada por

---

<sup>17</sup>Samuel Pufendorff (1632-1694) do qual se pode recordar o *De iure naturae et gentium libri octo*.

<sup>18</sup>Samuel Cocceius (1679-1755) é famoso sobretudo por ter sido o autor do primeiro projeto incompleto de código prussiano (*Corpus Iuris Federicianum* de 1749-1751); projeto que foi rejeitado por Federico II que se opunha ao fato de que fosse excessivamente baseado no direito romano.

<sup>19</sup>Theophilus Heineccius (1681-1741) foi famoso sobretudo por suas obras didáticas: os seus *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* foram também traduzidas e tiveram 149 edições, além de servir de base para muitas outras obras símiles de outros autores.

<sup>20</sup>As leituras de De Simoni são, obviamente, muito mais extensas daquelas acima mencionadas e, no complexo panorama e nas mudanças de reflexão sobre as leituras por ele realizadas, merece citar seja o apreçamento no confronto de “*certi scrittori, Bartolo, Baldo, Giasone de Castro e gli altri antichi usciti dalla scuola di questi dottori*”/“certos escritores, Bartolo, Baldo, Giasone de Castro e outros antigos saídos da escola destes doutores”, seja aquele em relação aos autores de manuais sistemáticos e, em primeiro, lugar daqueles institucionais (cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit., 122 ss.; 75 ss.). Estas abertura devem ser consideradas para enquadrar a sua capacidade de manter distância das impostações antijustinianeias e das críticas, outrossim típicas de certo iluminismo, da legitimidade da interpretação que fosse além a letra da lei enquanto com essa *iudex transiret in legislatorem, atque omnia ex arbitrio penderet*/ 'o juiz passaria o papel de legislador, e tudo dependeria do arbítrio', segundo o famoso aforisma de F. Bacone (*De dignitate et argumentis scientiarum*, VIII, 3, af. 44, in *Opera Omnia*, Francofurti as Moenum, 1665).

<sup>21</sup>Sobre Pompeo Signorini, jurista toscano, cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit., 239 ss.

<sup>22</sup>Cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit.

<sup>23</sup>Ao fazer estas citações, modernizo a forma expressiva originária para torná-la imediatamente mais acessível e de fácil tradução.

<sup>24</sup>“*Più di quattrocento statuti diversi esistono in Cisalpina, alcuni dei quali arrivano perfino alla contraddizione. Sarà essa opportuna questa diversità? Sarà opportuno che ad ogni stazione di cambio dei cavalli, per così dire, si cambi giurisprudenza? Non si potrebbe provvisoriamente mettere in osservanza il diritto romano?*”. Cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit., 195.

um órgão colegial e é, portanto, expressão não da opinião de um singular estudioso, mas de um certo difuso consenso; 2) que se destaca o que se entende por 'particularismo jurídico' presente no direito comum em consequência da lógica das instituições medievais: cada cidade, cada território de antigo feudo tinha próprias particulares normas, próprios privilégios e ônus; isto resultava em contraste com as exigências que vinham crescendo no séc. XVIII, a favor de uma certa uniformidade/ unificação jurídica que facilitasse a paridade de tratamento jurídico das pessoas, a circulação destas, a racionalização da administração pública, o comércio etc; 3) que se deseja o cancelamento de todas estas normas particulares e, em lugar destas, e no aguardo de um código, sugeria-se o recurso ao comum direito romano que vinha evidentemente considerado praticável segundo um uso moderno e em grau de desenvolver uma função unificante esperada.

No discurso de De Simoni de apresentação do seu Projeto, podemos ler: “Se retiramos do juiz cada arbítrio e da jurisprudência o papel de iluminar e de instruir os tribunais e os magistrados na interpretação doutrinária e aplicação das leis, deveremos muito frequentemente recorrer ao oráculo do legislador, que impedido e assediado pelos contínuos interesses particulares, deixaria de ser legislador e se veria renovar na República Italiana a inconstante e arbitraria legislação dos rescritos”<sup>25</sup>.

Destas linhas, cabe notar: 1) o Projeto de Código é avaliado tendo presente que o código deve necessariamente ter relação com: a) um papel arbitral daqueles que o aplicam a um caso concreto; b) uma atividade da 'jurisprudência', isto é, segundo a terminologia romana e da época de De Simoni, a doutrina ou ciência jurídica, que guie e oriente o exercício de tal papel arbitral, o avalie e o discuta criticamente para garantir dialeticamente a correta aplicação das normas; 2) além disso, cabe destacar que não se houvesse estas duas atividades, o código deveria prever todos os casos possíveis<sup>26</sup> e em ausência da previsão no mesmo seria preciso recorrer continuamente ao legislador, e as leis arriscariam de reduzir o seu caráter de previsões gerais e abstratas, prévias em relação à situação regulada.

Sempre no Discurso de De Simone, da mesma forma lemos: “Não se deve porém aprovar e seguir a opinião sustentada por alguns práticos do direito, mas contestada pelos melhores juristas, de que os códigos e as leis regionais e municipais devam ter uma interpretação estrita subordinada sempre aos ditames e às máximas do direito comum... O direito romano deve vir considerado como um direito subsidiário e deve dar a mão àquele código que um Estado atribuiu a si como norma principal do seus cidadãos, de modo que as regras que se deduzem da jurisprudência romana servem para bem interpretar e aplicar as leis do código nacional e municipal e para suprir o mesmo”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> “Se togliamo al giudice ogni arbitrio e alla giurisprudenza il compito di illuminare e di istruire i tribunale e i magistrati nella dottrinale interpretazione e applicazione delle leggi, converrà troppo spesso ricorrere all’oracolo del legislatore, che imbarazzato e assediato da continui interesse particolari, cesserebbe di essere legislatore e si verrebbe a rinnovare nella Repubblica italiana la incostante e arbitraria legislazione dei rescritti”. Cfr. A. De Simoni, *Discorso preliminare al progetto di Codice Civile per la Repubblica Italiana*, par. 19, in P. Peruzzi, *Progetto e vicende cit.*, 262.

<sup>26</sup> Pode-se recordar que, em outro escrito, De Simoni, sobre o ponto da impossibilidade para o legislador de prever cada singular caso possível, havia citado o famoso D. 1,3,10 (cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende cit.*, 79 n. 96).

<sup>27</sup> “Non si deve però approvare e seguire l’opinione sostenuta da alcuni pratici del diritto, ma contestata dai migliori giuristi, che i codici e le leggi regionali, e municipali debbano avere interpretazione stretta subordinata sempre ai dettami e alle massime del diritto comune... Il diritto romano va considerato come un diritto sussidiario e deve dare la mano a quel codice che uno stato si sia dato come norma principale dei suoi cittadini cosicché le regole che si desumono dalla giurisprudenza romana servono per ben interpretare e applicare le leggi del codice nazionale e municipale e per supplire al medesimo”. Cfr. A.

Destas linhas linhas, se deve notar: 1) nos confrontos do código em elaboração, eram presentes duas atitudes dos juristas: uma primeira atitude, preponderante entre os 'práticos' do direito, que tendia a conservar o uso dos tribunais, as praxes interpretativas consolidadas por estes e ligadas àquele direito comum no qual, em oposição ao direito romano, as instituições jurídicas medievais haviam desenvolvido o particularismo jurídico acima recordado; esta, com este escopo, quer aplicar também ao código o tradicional princípio do ordenamento jurídico medieval, segundo o qual “os estatutos, as leis das comunidades políticas particulares devem vir interpretados em modo estrito”; a segunda atitude àquela se contrapõe. Tal 'princípio de interpretação estrita', de fato, havia facilitado a presença simultânea e a prevalência do direito romano em relação aos estatuto cidadãos e às normas particulares no ordenamento jurídico medieval; mas agora se quer prevalecer os códigos, que impõem um direito uniforme; 2) constrói-se uma linha sutil de destaque do direito romano pelo modo em que este era usado quando era imerso no ordenamento jurídico medieval quanto ao modo em que, agora, cancelados os resíduos do ordenamento medieval mesmo e do seu particularismo, este, isto é o direito romano, é o sistema do qual os códigos são releitura e que à luz deste são interpretados porque este os sustenta e os integra. Não se objetiva produzir uma cesura em relação ao sistema, mas expandi-lo na igualdade e uniformidade do direito a usar que o chamamento aos cidadãos comporta e aos quais eram obstáculos as instituições medievais e os resíduos deste que fossem ainda presentes ou repropostos<sup>28</sup>.

Entre as observações de Signorini, me parece interessante retomar uma: “Não me parece que seja relevante a crítica segundo a qual o novo Código não regula detalhadamente todos os atos e tudo quanto é regulado nos diversos estatutos locais; esta dificuldade é superada pela ideia, tanto nova quanto justa e útil, de adotar a saber a compilação justinianeua como lei supletiva e subsidiária ao código mesmo. A jurisprudência romana é um tesouro do qual, quando se apresentarem casos nos quais a lei nacional se cale ou seja equívoco o sentido desta, o juiz pode extrair a regra para suprir o defeito ou a obscuridade da lei mesma...”<sup>29</sup>.

Estas palavras confirmam o quanto vimos até agora: o código não pode e não deve regular tudo; ele permanece imerso no sistema do qual constitui uma leitura seletiva e do qual vem sustentado mesmo através da orientação da interpretação e da integração deste.

5. Num momento anterior a estas palavras, destas posições, e em contraste com elas, vê-se em filigrana a presença influente do ALR prussiano, apenas aprovado em 1794 com os seus parágrafos 47 e 49 da Introdução<sup>30</sup> e do desenho do ordenamento

---

De Simoni, *Discorso preliminare* cit., par. 25, in P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit., 263 s.

<sup>28</sup>A menção aos “cidadãos” encontra sua recente fonte certamente na revolução francesa e esta, por outro lado, a tal fim era alimentada pelo direito romano. Não se deve esquecer, porém, na Itália, o papel dos municípios e em geral na Europa, aquele da cidade, no qual se repropunha aquilo dos *municipia* do 'império municipal romano'.

<sup>29</sup>“Non mi sembra che sia rilevante la critica secondo cui il nuovo Codice non regole dettagliatamente tutti gli atti e tutto quanto è regolato nei diversi statuti locali; questa difficoltà è superata dall'idea, tanto nuova quanto giusta e utile, di adottare cioè la compilazione giustiniana come legge suppletoria e sussidiaria del codice medesimo. La giurisprudenza romana è un tesoro da cui, quanto si presentino dei casi nei quali taccia le legge nazionale o sia equivoco il senso di essa, il giudice può ricavare le regole per supplire al difetto, o alla oscurità della legge medesima...”. Cfr. P. Signorini, [*Discorso preliminare alle riflessioni sulla prima redazione del progetto di Codice Civile della Repubblica Italiana*], cfr. P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit. 270.

<sup>30</sup>O par. 47 afirma: “Se il giudice trova dubbioso il senso proprio della legge, deve indicare, senza riferire le parti in causa, i suoi dubbi alla commissione legislativa, e seguire il giudizio di questa” / “Se o juiz reputa duvidoso o sentido próprio da lei, deve indicar, sem referir as partes em causa, as suas dúvidas à

jurídico de Federico II que o havia encaminhado e de toda uma cultura jurídica que queria admitir apenas a interpretação segundo a letra da lei. São, de fato, evidentemente notórios e contraditórios deste Projeto de De Simoni a obrigação de referência ao legislador em caso de dúvida, a negação de qualquer lacuna do código, a pretensão de controle do legislador sobre a interpretação da lei a aplicar e, em substância, o monopólio de cada espaço de determinação do direito que caracterizam o ALR, do qual texto e dos princípios inclusos no qual texto vinha considerado regulada qualquer controvérsia em todas as suas variedades e articulações<sup>31/32</sup>.

Por outro lado, a perspectiva da hétero integração do texto do Código através do sistema do direito romano, rechaçada pelo ALR, era ao invés disso presente no Código da vizinha Baviera de 1756<sup>33</sup>, o primeiro código que foi designado como 'codice civile'. O *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de fato, não previa nem a existência de lacunas, nem a 'referência ao legislador' enquanto para este código, nascido do Uso Moderno das Pandectas, era obvio que as lacunas mesmas seriam preenchidas por outros corpos de normas e, principalmente, pelo direito romano. Este, Parte I, cap. 2, par. 9 dispunha expressamente que, “O Direito Romano, que na verdade foi dado originariamente apenas aos romanos, mas depois foi introduzido também em outros Países e particularmente nos alemães e naqueles daqui, deve ser usado de modo conveniente e possível nas coisas que em qualquer coisa não sejam bastante determinadas no direito pátrio”<sup>34</sup>. O *Codex* não foi, assim, compreendido como fonte excludente e derogante em bloco de outras fontes, mas como um imerso no sistema do qual vinha hétero integrado. A *Patent* de promulgação faz referência ao recurso pela interpretação, para além dos casos em que a lei seja clara, aos “princípios gerais do

---

comissão legislativa, e seguir o juízo desta”. O par. 49 afirma: “*Se il giudice non trova alcuna legge, che possa servire per la decisione del caso litigioso, deve decidere, in base al suo migliore esame, secondo i principi generali accolti nel codice, e secondo le disposizioni esistenti per casi analoghi*” / “Se o juiz não encontra nenhuma lei, que possa servir para a decisão do caso litigioso, deve decidir, com base no seu melhor exame, segundo os princípios gerais presentes no código, e segundo as disposições existente para casos análogos”.

<sup>31</sup>Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificação del diritto*, Bolonha, 486 ss.; S. Schipani, *El Código civil español como puente entre el sistema latinoamericano y los códigos europeos: apuntes para una investigación sobre la referencia a los “principios generales del derecho”*, in *Rev. de Derecho Privado*, 1997, 427 ss.; Id, *La codificación del diritto romano comune*, rist. 2 ed. con *brevi Note aggiuntive*, Torino, 2011, 122 s. (tr. port. do capítulo cit. in *Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-Americano*, a cura di D. de Araujo-S. Schipani, São Paulo, em curso de impressão); A. Guzmán-Brito, *Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes*, Madrid, 2011, 318 ss.

<sup>32</sup>Na mesma linha do ALR, com uma leve maior elasticidade, colocava-se o projeto austríaco para o qual a imperatriz Maria Teresa da Áustria havia constituído uma comissão (Projeto de Código Teresino de 1766). Cfr. os par. 5,81-5,85 e 5,82, e a referência à 'equidade natural' apenas se chamada expressamente pelo legislador, ao par. 5,87, sobre o qual cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo*, cit., 253 s.; A. Guzmán-Brito, *Codificación de derecho civil* cit., 294 ss.

<sup>33</sup>Reputo necessário mencionar também este código porque ele representa uma impositação que resulta mais compartilhada de quanto sustenta a historiografia jurídica majoritária por influência do estatal legalismo que se tornou hegemônico posteriormente. Este código, além disso, está entre aqueles levados em consideração por M. A. Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840, e, portanto, circulou com este.

<sup>34</sup>“*Das Römische Recht, welches zwar ursprünglich nur denen Römern gegeben, hernach aber auch in anderen und sonderbar in Teutsch- und hiesigen Landen eingeführt worden, soll in Sachen, welche etwan durch einheimisches Recht nicht genug bestimmt seynd, auf schicklich- und thunliche Weis zur Hülf gebraucht werden*”. O citado Saint-Joseph refere, assim, em síntese, os par. 9, 10, 11 de tais códigos: “*Les lois romain et féodales seront appliquées in subsidium. Les lois du saint empire recevront leur exécution tant qu’elles ne seront pas contraires aux lois et statuts du pays*”/ 'As lei romanas e feudais serão aplicadas *in subsidium*. As leis do Sacro Império receberão aplicação caso não sejam contrárias às leis e regulamentos do país'.

direito comum, escrito, natural ou, de outro modo, antigos”<sup>35</sup>.

De Simoni, portanto, segue uma própria linha: de uma lado, supera a concepção segundo a qual o código assume apenas o papel de direito comum ao qual se recorre em ausência de outra fonte normativa particular, isto é, a subsidiariedade do mesmo; além disso, rechaça a concepção segundo a qual este seria enquadrado na lógica dos estatutos a serem interpretados estritamente; por outro lado, coloca de parte a suposição iluminista da completude do código e da exclusão da fonte do direito constituída pelos juristas; ele assinala o risco de inflação de intervenções do legislador ou, pior, de intervenções que “dão ao favor privado o caráter de lei” se o legislador mesmo devesse prover em modo casuístico a qualquer situação particular presente ou que será apresentada. Podemos constatar que antecipa e converge com a elaboração que Portalis exprimirá em 1804 no seu Discurso preliminar ao Código Napoleônico de 1804 (as notórias palavras: “*C’est un sage prévoyance de penser qu’on ne peut tout prévoir...*”/ É uma visão sábia pensar que não pode prever tudo...) e que foi traduzida não no *référé*, mas no art. 4º do Código Civil francês<sup>36</sup>. O mesmo podemos dizer em relação ao ABGB/1811, par. 7º<sup>37</sup>.

Mas aqui intervém a necessidade do arbítrio do juiz e mais em geral de cada operador do direito que se encontre, como é natural na sua profissão, a afrontar casos concretos pelos quais é necessária a atividade de pesquisa das melhores ordens de interesses e das mais claras e transparentes regulamentações destes que prevejam as controvérsias.

O termo 'arbítrio' em italiano do final do séc. XVIII é um cliché da terminologia do direito romano em latim que, simplificando, podemos dizer que pode fazer referência seja ao *arbitrium boni viri*/ 'arbitragem do homem honesto', que é conforme a regras ético jurídicas objetivas, seja ao 'mero arbítrio'<sup>38</sup>. Sem poder tentar precisar o seu

---

<sup>35</sup>“aus den gemein-geschrieben-natürlich-und anderns ehemahligen Rechts-Principia”. No Comentário que von Kreittmayr (vol. 5, 1758) escreveu ao código, é particularmente interessante a repetição da referência aos *principia*, termo conceito o qual papel vem crescendo (sobre este termo conceito, cfr. S. Schipani, *Principia iuris*. Potissima pars principium est. *Principi generali del diritto*, in *La codificazione cit.*, 83 ss.; trad. port. em *Sistema Jurídico Romanístico cit.*), e a distinção deste em *domestica et particularia* e *communia*; os primeiros são compostos pela constituição do estado, pelas características do povo; pelas fontes das leis e pelo direito antigo do qual aquelas tiraram algum substrato, mas também das circunstâncias na qual a lei tenha sido aprovada, pela história da lei; se com estes não se obtém uma compreensão idônea, deve-se fazer recurso aos segundos, designados também *rationes omnibus gentibus communes*, e aqui vem chamada a afirmação das J. 1,1,4 segundo o qual o direito privado *collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*/ pois se formou dos preceitos naturais, daqueles das gentes e dos civis.

<sup>36</sup>Recordo que não se deve antecipar ao momento da elaboração e da entrada em vigor do *Code Napoléon* a interpretação deste que já era mesmo presente em algum jurista, mas que se tornou predominante apenas ao final do séc. XIX em razão do estatal legalismo. A permanente viva integração do código civil francês no direito romano no momento da sua aprovação e nos decênios seguintes é atestada nas obras dos juristas a partir dos primeiros comentários ao próprio código com base no direito romano (cfr. v.g., Desquignon, *L’esprit des Institutes de l’Empereur Justinien comparé avec les principes du Code Napoléon*, 2 vol., Paris, 1807; Dupin, *Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*; J. G. Heineccii, 2 vol., Paris, 1810, a qual redação a apresenta destacando ter tratado o direito romano e o Código Napoleônico; Delvincourt, *Iuris Romani elementa secundum ordinem Institutionum Iustiniani cum notis ad textus explicationes eiusque cum iure Gallico collationem*, Paris 1814 etc.) e é atestada outrossim no plano de estudos da reforma da faculdade de direito introduzida com a lei 22 ano XII e conexo decreto do mesmo ano 1804; sobre o ponto, cfr. S. Schipani. *La codificazione cit.* 120 ss e nota 7; 227 ss.

<sup>37</sup>Sobre o ponto, S. Schipani. *La codificazione cit.*, 123 ss; A. Guzmán-Brito, *Codificación de derecho civil cit.*, 348 ss.

<sup>38</sup>Cfr. Heuman-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s. v. *arbitrium*; F. Gallo, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in Onore di G. Grosso*, 3, Torino,

significado na referência de Bacone precedentemente citada e que circulava, quanto à afirmação de De Simoni, é interessante ver melhor a natureza problemática deste no contexto da cultura da época e do Discurso preliminar em exame. De fato, ele observa ulteriormente: “O arbítrio de que se trata, assim designado impropriamente por defeito da língua que não sabe encontrar um vocábulo que possa explicar precisamente e pontualmente aquilo que se deve entender por 'arbítrio do juiz, e do magistrado' que, com seu justo e legítimo senso, poderia ser definido como um Poder equitativo de julgar, nos casos não expressos da lei, conforme a lei mesma, ao seu espírito e ao seu escopo. Este é aquele arbítrio que constituía na República Romana o direito honorário dos Pretores”<sup>39</sup>.

Ele posteriormente ainda amplia quanto já foi recordado a propósito do papel da doutrina e dos limites ao poder dos juízes: “A Jurisprudência deverá sempre formar uma ciência que possa tornar oportunamente um Seminário da Magistratura [...] A jurisprudência é aquela que deve regular o arbítrio do juiz e do magistrado para poder com os princípios e os ditames da prudência civil penetrar o espírito e a razão final da lei no objeto e fim do legislador e na sua analogia [...] A jurisprudência civil não pode ser separada e apreendida de forma melhor, que através das Leis Romanas, as quais são tão apreciadas e respeitadas por toda noção culta e de aceitação universal dos Povos que foram adotadas como subsídio das próprias leis nacionais. [...] Este Corpo [do direito romano] em verdade contem leis das quais, por um constante comum sentimento de todos os mais sábios doutores, não se pode imitar suficientemente a equidade, a justiça e o juízo, e que são as melhores que mais seguramente poderão ser seguidas e adotadas em qualquer gênero de governo como norma certa em subsídio às leis nacionais, e municipais [...] Pode-se temer justamente que os juízes e os magistrados, com a finalidade de estender os limites da jurisdição e das atividades deles, procurem, em via indireta, usurpar em qualquer maneira o poder e a faculdade legislativa [...] Mas as matérias civis possuem uma extensão infinita [...] sendo portanto impossível regular tantos infinitos objetos civis com leis precisas, é necessária a jurisprudência e o magistrado deve ser versado e instruído nesta não superficialmente [...] ao seu arbítrio não pode bastar certamente o simples e ordinário bom senso [...] deverá ser instruído pelos principais e mais acreditados mestres da jurisprudência”<sup>40</sup>.

---

1970, 477 ss.

<sup>39</sup>“*L'arbitrio di cui si tratta, così designato impropriamente per difetto della lingua che non sa trovare un vocabolo che possa spiegare precisamente e puntualmente ciò che si deve intendere per 'arbitrio del giudice, e del magistrato' che, col suo giusto e legittimo senso, potrebbe essere definito come una Potestà equitativa di giudicare, nei casi non espressi dalla legge, conformemente alla legge stessa, al suo spirito e al suo scopo. Questo è quell'arbitrio che costituiva nella Repubblica Romana il diritto onorario dei Pretori*”. Cfr. A. De Simoni, *Discorso preliminare* cit., par. 21, in P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit., 262.

<sup>40</sup>“*La Giurisprudenza dovrà sempre formare una scienza che possa divenire opportunamente un Seminario della Magistratura [...] La giurisprudenza è quella che deve regolare l'arbitrio del giudice e del magistrato per poter con i principi e i dettami della civile prudenza penetrare lo spirito e la ragione finale della legge nell'oggetto e fine del legislatore, e nella sua analogia [...] La civile giurisprudenza non può essere separata e appresa meglio, che dalle Leggi Romane, le quali sono così apprezzate e rispettate da ogni colta nazione e dell'accettazione universale dei Popoli che furono adottate in sussidio delle proprie leggi nazionali. [...] Questo Corpo [del diritto romano] per verità contiene leggi delle quali, per costante comune sentimento di tutti i più saggi dottori, non si può abbastanza imitare l'equità, la giustizia e il giudizio, e che sono le migliori che più sicuramente si potranno seguire e adottare in ogni genere di governo come norma in sussidio delle leggi nazionali, e municipali [...] Si può temere giustamente che i giudice e i magistrati al fine di estendere i limiti della loro giurisdizione e attività procurino in via indiretta in qualche maniera il potere e la facoltà legislativa [...] Ma le materie civili hanno una estensione infinita [...] essendo quindi impossibile regolare tanti oggetti civili con leggi precise, è necessaria la giurisprudenza e il magistrato deve essere versato e istruito in essa non superficialmente [...] al suo arbitrio non può bastare certamente il semplice e ordinario buon senso [...]*”

Notamos nestas palavras uma certa oscilação entre a referência ao direito honorário dos pretores e aquele, que se repete, ao papel guia da ciência jurídica, e, diria, ulteriormente e com a mesma consciência justiniana, ao papel fundamental da formação jurídica.

A referência ao pretor é, porém, talvez consciente da grande diferença existente entre um moderno magistrado juiz e aquele magistrado romano, magistrado eleito e não juiz, titular de um *imperium* do qual exercita a específica função da *iuris dictio*/enunciação do direito, da regra a aplicar ao caso controvertido, mas que não o decide, sendo a sentença remetida ao juiz. Enquanto se poderia também sustentar que atrás das palavras de De Simoni possa estar presente o eco do *adiuvare* e do *supplere* de Papiniano em relação à função do direito honorário, parece evidente a dificuldade que ele teria em relação ao *corrigere* que o mesmo Papiniano ulteriormente evidencia (D.1,1,7,1); de fato, o nosso prefere se apelar à equidade segundo o espírito da lei. E prefere também aprofundar mais uma indicação de complementariedade entre juiz e doutrina, a qual última, nutrindo-se da rica tradição na qual prevalece a obra de Justiniano e dos seus juristas, desenvolve a função indicada fazendo uso dos 'princípios' a serem enucleados criticamente, e com os quais deve guiar o juiz e do mesmo modo formá-lo. Não diria que esta dialética doutrina operadores do direito, que inicia com a mesma formação dos operadores e se desenvolve depois durante as suas atividades um modo constante, leve, no pensamento de De Simoni, os próprio operadores a ser como incorporados pela doutrina, mesmo se esta poderia ser uma via a aprofundar. Fundante é o papel da doutrina nos confrontos de funcionários que exercem um poder.

Aqui emerge o papel dialético de quem não é imerso na pesquisa da solução concreta, no conflito concreto de interesses em ato, nas pressões mais diversas que cada situação comporta sobre quem deve decidir, sobretudo se situação alcançou o momento de controvérsia judiciária.

Diverso é o papel de quem decide, diverso aquele de quem forma e depois orienta, direciona, avalia e faz presente a razão de uma reflexão crítica que leva em consideração coerências mais amplas, gerais e estimula a melhorar em nome da razão, da racional pesquisa daquilo que é bom e mais igual. Como observa o jurista romano Pompônio, o direito não é forte sem a obra dos juristas que quotidianamente o melhoram. A este papel parece convocar o jurista também De Simoni.

6. A produção científica no confronto das sentenças, a discussão das análises, o comentário, a aprovação o a crítica destas são um momento essencial da vida do sistema. A discussão crítica se estende e deveria utilmente se estender mais aos textos das atividades não litigiosas, aos formulários dos contratos, à predisposição das cláusulas, aos atos etc.

Perder o equilíbrio que De Simoni indica para esta relação entre código/operadores do direito/doutrina jurídica; o ceder por parte da doutrina a uma presumida supremacia do poder dos juízes, deixa os juízes sem o confronto quotidiano com uma voz racional e crítica atenta à coerências e à igualdade que estes levam a diante; exalta a efetividade, mas outrossim mina a base enraizada no estar em função à realização do direito.

O método da coleta de máximas é perigoso; risca de envelhecer as decisões e eliminar a possibilidade de renovar a discussão e fazê-la proceder em direção a melhores resultados.

Na produção do direito, para o quotidiano melhoramento deste, a eventual

---

*dovrà essere istruito dei principali e più accreditati maestri della giurisprudenza*". Cfr. A. De Simoni, *Discorso preliminare* cit., par. 18, 20, 22, 24, 27, 30, in P. Peruzzi, *Progetto e vicende* cit., 262 ss.

divergência entre as sentenças, assim como a indispensável discussão da doutrina, criam certamente uma relativa desorientação, mas, com o tempo, são um momento fundamental para amadurecer o consenso e a certeza sobre soluções melhores que emergem da tradição/experiência que amadurece com uma pesquisa, que não se desenvolve em um laboratório, mas na vida, a qual mostra, no aprofundamento e na prudente prova, todas as implicações da variedade de perfis dos quais levar em consideração no delicado equilíbrio entre singularidade e igualdade<sup>41</sup>. Isto se amplia em relação ao uso que o legislador inevitavelmente fizer de conceitos e cláusulas gerais<sup>42</sup>.

7. O gramático antigo Marcus Cornelius Fronto, dirigindo-se ao Imperador, observava que é próprio do imperador como legislador exercitar, sendo legislador, o poder de regular categorias de casos enquanto o fato decide cada vez um caso apenas<sup>43</sup>. O juiz, o operador do direito das suas diversas atividades, não pode aspirar a ser mais forte do fato. E é próprio da ciência jurídica, que não exercita poder, e não decide nenhum caso, mas é fonte também esta de direito segundo a modalidade da ciência e respeitabilidade, propor rumos e soluções relativas a uma pluralidade de casos integrando, em base à própria *peritia*, o papel do legislador e aquele do operador.

8. Quase como uma anotação, creio poder acrescentar que o equilíbrio que De Simoni indicou pressupõe o reconhecimento da presença de um “momento jurisprudencial específico do direito legislativo”, que necessariamente se sobrepõe à lei e a integra e, em confronto dos códigos, é já largamente incorporado neste, dada a natureza destes de serem o fruto da convergência do papel do legislador e da ciência jurídica<sup>44</sup>. Ele é enraizado em um sistema de pluralidade de fontes de produção do direito que envolve também a tomada do ato de existência de eventuais áreas do “direito jurisprudencial” que não se baseia na lei mas que preenche as lacunas; áreas, isto é, a regular aquelas em que não há uma lei e que não são confiadas a um sentido subjetivo de equidade, mas à objetividade do sistema, à pesquisa e desenvolvimento dos conceitos, princípios e regras “melhores e mais justas” neste acumulado, selecionado, acrescentado por séculos, sempre sendo atualizado. A ciência jurídica, além disso, faz “estar ligado junto” todo o direito (D. 1,2,2,13), seja aquilo que é estabelecido pela lei ou pelos costumes, seja aquele momento jurisprudencial que sobre estes se desenvolve, ou aquele direito jurisprudencial que traz a sua origem apenas das obras dos juristas: há, de fato, um “momento jurisprudencial”, científico, que envolve tudo, construindo as coerências gerais, estendendo aquilo que é “bom” através das coerências da igualdade e

---

<sup>41</sup> Essencial é a noção de tradição/experiência indicada por G. Grosso, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, 1976, 22 ss; 35 ss (= Id, *Scritti storico giuridici*. I. *Storia. Diritto. Società*, Torino, 2000, 137 ss; 269 ss.). Cfr. Também a perspectiva que está na base do edito em D. 2,2: Que a todos se aplique o mesmo direito que ele tenha proposto em relação a um outro.)

<sup>42</sup> No Brasil, o Código Civil de 2002 ampliou o uso das denominadas “cláusulas gerais” e desenvolveu-se, outrossim, uma normativa relativa ao uso das “súmulas” com um vivaz debate de mérito, a qual rica literatura publicada no Brasil permito-me acrescentar a indicação das contribuições de F. Dos Santos Amaral Neto e de N. Posenato in *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*, a cura di S. Lanni, Napoli, 2014. O argumento merece uma vasto confronto no nosso sistema comum. Interessante é também, no quadro de um tal confronto, levar em consideração a experiência da China, cujo Tribunal Supremo tem, por outro lado, competência para elaborar regulamentos integrativos das leis, para a redação dos quais uma especial Comissão serve-se certamente da experiência das decisões do próprio Tribunal, mas, ao mesmo tempo, as seleciona e reelabora no forma de regulamento prévio geral e abstrato.

<sup>43</sup> Epistoleiro de Fronto e Marcus Aurelius, I, 6 ed. Naber, 14.

<sup>44</sup> Sobre esta convergência, cfr. S. Schipani, *La codificazione cit., passim* e particularmente 16 ss.; Id., *Huius operis conditores cit.*

transformando o todo em um “sistema” e podemos falar de um “momento jurisprudencial geral” produzido por uma “interpretação sistemática em sentido pleno” que vai além da pluralidade de complexas normas e de ordenamentos, pluralidade que não é cancelada, mas orientada.<sup>45</sup>

Este papel da doutrina, da *juris prudentia*, quando esta não é autolimitante e se aprisiona dentro de construções que fecham os seus horizontes ao simples “dizer as palavras da lei” ou também à simples interpretação do ordenamento constituído por leis do Estado, conserva-se fonte que pode colher os diversos mais articulados perfis jurídicos da vida de um povo, dos povos; perfis que não são negados pela papel da lei como primeira fonte do direito, mas o são pela atribuição exclusivamente a esta do papel de fonte do direito.

No nosso sistema jurídico, por motivo da auto-limitação supradita, os princípios gerais do direito foram reduzidos por alguns aos “princípios gerais das leis do Estado”, e pode-se quase dizer que há vastas áreas de um “direito submerso”, menosprezado, a começar pelo reconhecimento da própria existência do sistema como tal<sup>46</sup>, assim como, na América, a começar pelas instituições de origem pré-colombiana<sup>47</sup>, ou da realidade jurídica emergente nas periferias das grandes cidades ou nas áreas rurais<sup>48</sup>, ou como, em nível supranacional, a começar pelos princípios dos contratos, como a boa-fé<sup>49</sup>, ou das obrigações<sup>50</sup>, etc.

---

<sup>45</sup> Individua a existência geral de um “momento jurisprudencial do direito” L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975; individua um “formante doutrinal do direito” R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; R. SACCO, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39/1, 1 ss.; 39/2, 343 ss. . Aqui não posso me deter sobre a diferença entre o que disse sinteticamente acima, e o que é apresentado por este autores, com os quais em parte compartilho a ideia. Cfr. S. Schipani, *Sistema jurídico latinoamericano e códigos civis*, in *Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-americano*, cit., em impressão.

<sup>46</sup> Cfr. a mesma perspectiva de R. David, que mesmo reconhecendo a pluralidade das fontes de produção do direito no nosso sistema, não reconhece este como tal, mas prefere falar de “família” romano germânica. Bem mais coerente a elaboração de C. Beviláqua: cfr. S. Schipani, *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – <italiano> in America Latina: il riconoscimento del sistema*, in *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell’Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena 2012*, a cura di S. Lanni-P. Sirena, Napoli, 2013, 339 ss.; D. 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; e (II). La contribución de la Ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, in *Roma e America*, 21/2006, 5 ss.; 24/2007, 33 ss. (<[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)>). Bem mais coerente a elaboração dos “princípios gerais do direito” na América Latina: cfr., por exemplo, as Conclusiones Comisión IX “Derecho Romano. Principios generales del Derecho. Sistema latinoamericano” das XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987.

<sup>47</sup> Cfr. S. Schipani, *Suis legibus uti / fazer uso das propias leis* e Id., *Sistema jurídico latinoamericano* cit., entrambi in *Sistema Jurídico Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-americano* cit.; *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, a cura di S. Lanni, Napoli, 2011 (importante é a emersão em nível de reconhecimento legislativo, por exemplo, no Código Civil brasileiro de 2002, art. 4º par).

<sup>48</sup> Cfr, por exemplo, emersão em nível de reconhecimento legislativo dos princípios como aqueles fixados no Código Civil Brasileiro de 2002, art. 1238 (já na Constituição Brasileira de 1934, art. 125) e art. 1258, sobre o qual A. Calderale, *Possesso e proprietà nel nuovo codice civile brasiliano*, in *Dez anos* cit., 215 ss.

<sup>49</sup> É de grande interesse destacar a geral vigência do princípio da boa-fé que, por exemplo, no Brasil também era reconhecido antes que o atual Código Civil de 2002 o registrasse no art. 422.

<sup>50</sup> Cfr. as muitas contribuições sobre “princípios gerais do direito” deveriam ter sido aplicadas ao débito internacional da América Latina [fr. P. Catalano-S. Schipani, *Promemoria sul debito internazionale*, in *Roma e America*, 23/2007, 185 ss. (<[www.romaeamerica.it](http://www.romaeamerica.it)>)] , e a complementar perspectiva de harmonização/unificação do direito das obrigações na América Latina (cfr. S. Schipani, *Reler os Digesta de Justiniano – contribuições para um Código latinoamericano das obrigações*, in *Sistema Jurídico*

Ao papel supracitado da doutrina nos convoca o jurista Ulpiano, escrevendo que o jurista é “sacerdote” do direito, colocando, assim, a natureza da sua atividade claramente muito além da simples declaração da vontade do legislador e reconduzindo-a no âmbito do direito público.<sup>51</sup>

---

*Romanístico e Subsistema Jurídico Latino-americano*, cit.).

<sup>51</sup> D. 1,1,1,1 e 2. Pontual sintético aceno neste sentido em C. Pecorella, *Osservazioni sui “romanisti” e la “codificazione”*, in *Studi Sassaresi*, 5, 1977-78 = *Diritto romano, codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano*, a cura di S. Schipani, Milano, 1981, 568.