



Sistema e 'Allgemeiner Teil': Considerações críticas sobre o perigo da abstração^(*)

System and 'Allgemeiner Teil': Critical takes on abstraction's dangers

Riccardo Cardilli^(**)

REFERÊNCIA

CARDILLI, Riccardo. Sistema e 'Allgemeiner Teil': Considerações críticas sobre o perigo da abstração. Tradução de Micael Leão Michaelsen e Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 53, p. 50-71, dez. 2023. DOI: 10.22456/0104-6594.137764.

RESUMO

O sistema tripartite nas obras da jurisprudência romana clássica, recebido na codificação de Justiniano, é uma forma de organização conceitual da complexa realidade das relações sociais, segundo uma metodologia realista, ancorada na concretude; na compilação justinianeia – que opera a cristalização, por força do poder imperial, das obras da doutrina jurídica romana. Este elemento substancial da juridicidade é também presente no título de abertura do Digesto, que está fundado no nexo entre direito e justiça, no horizonte filosófico das virtudes humanas. Esta tripartição foi objeto de rupturas na história do direito ocidental, sobretudo através do pensamento subjetivista e excessivamente abstratista, levando às figuras de sujeito de direito, objeto de direito, e ato jurídico, que não podem ser vistas como meras continuidades das romanas de pessoas, coisas e ações. Os riscos da abstração e generalização, seja quanto à simplificação planificadora, seja quanto à desatenção às configurações concretas, também se relacionam com os perigos de um direito descolado da realidade. O jurista pode se beneficiar do saber jurídico da tradição romanística, que, antes do abstratismo normativista, era uma marca de uma ciência jurídica aberta à universalidade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito romano e sistematização. Parte geral e abstração. Tripartição gaiana e concretude. Digesto (Imperador Justiniano). Pandectística.

^(*) Versão original do texto, em língua espanhola, utilizada para a presente tradução: CARDILLI, Riccardo. Sistema y 'Allgemeiner Teil': Consideraciones críticas sobre el peligro de abstracción. In: ADAME GODDARD, Jorge; HEREDIA VÁZQUEZ, Horacio (orgs.). *Estudios latinoamericanos de derecho romano*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México), 2017. p. 213-231. *Ebook*. Disponível em: < <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4669-estudios-latinoamericanos-de-derecho-romano> >. [Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM]. Tradução de Micael Leão Michaelsen (mestrando em Direito, PPGDir-UFRGS). Revisão de Alfredo de J. Flores (Professor Permanente PPGDir-UFRGS). Agradece-se o apoio de Frederico Paganin Gonçalves (graduando em Direito, FD-UFRGS), pelo trabalho na editoração. Os tradutores agradecem a autorização dada pelo Prof. Dr. Riccardo Cardilli para a tradução desta versão em espanhol, já publicada (não houve acesso a uma possível versão italiana do texto, ainda não publicada). Agradece-se ademais à Universidad Nacional de México, particularmente na pessoa da estimada Mtra. Wendy Rocha, coordenadora do *Departamento de Publicaciones* do *Instituto de Investigaciones Jurídicas* da UNAM, pela autorização da presente tradução.

^(**) Riccardo Cardilli é Professor Ordinário na *Univeristà degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, de Direito Romano e Direito da Antiguidade. Pesquisador de Direito Romano e Fundamentos do Direito Europeu, Sistema Jurídico romanístico, Direito Chinês e Direito Latino-americano; é autor de vários artigos e livros dentro da temática da Romanística, como é possível constatar com informações mais detalhadas que estão disponíveis na seguinte página web: < https://didatticaweb.uniroma2.it/docenti/curriculum_vitae/3749-Riccardo-Cardilli/0 >. Livros publicados recentemente: “*Obbligazione e diseguaglianza*: Per una lettura critica dell'obbligazione in Friedrich Karl von Savigny” (Bologna: Il Mulino, 2021. 120 p.) e “*Fondamento romano dei diritti odierni*” (Torino: Giappichelli, 2021. 640p.).





ABSTRACT:

The tripartite system in classical roman jurisprudence, absorbed in Justinian's codification, is a organizational form of conceptual ordering, through a realistic, concrete-grounded methodology, the complex reality of social relations; in Justinian's compilation, that operates the crystallization, by imperial force, of the classical works from roman jurisprudence, such substantial element of juridicity is also present in the opening title of the Digest, which is based on the bond between law and justice, in the philosophical horizon of human virtues. This tripartite division has went under ruptures in western legal history, mainly through subjetivistic and excessively abstract thinking, leading to figures as subject of law, legal object, and juridical act, that may not be seen as sheer continuations of roman concepts of people, things and actions. The risks of abstraction and generalization, may it be concerning levelling simplification, may it be missing concrete configurations, are also related to the risks of a reality-disconnected law. The jurist can benefit himself of legal knowledge of the Roman tradition, that, before abstractivist normativism, was a trait of a Jurisprudence open to universality.

KEYWORDS

Roman Law and systematization. General part and abstraction. Gaian tripartite division and concreteness. Digest (Justinian). Pandectism.

SUMÁRIO: 1. O sistema das 'três partes' nas obras da jurisprudência clássica. 2. Sistema e codificação de Justiniano. 3. O sistema jusnaturalista e sua ruptura com a tradição romana. 4. O sistema pandectístico. 5. O perigo da abstração. 6. O perigo da generalização. 7. Considerações conclusivas.

1 O sistema das 'três partes' nas obras da jurisprudência clássica

O modelo das três partes – pessoas, coisas e ações – é o poderoso resultado de uma interpretação inovadora dos juristas romanos da idade clássica (que, como Alejandro Guzmán ressaltou, com autoridade, carregou influência do modelo retórico bem proposto nos *Topica* de Cícero)¹, relativamente àquelas diversas sistematizações mais antigas, que organizavam o *ius* em ordens sistemáticas diferentes – como aquela antiga, das XII Tábuas (451-450 a.C), de impossível reconstrução detalhada para nós, mas que, certamente, continha nas primeiras tábuas o tratamento do *agere* (*in ius vocatio, manus iniectio*); aquela do Edito do pretor, construída de modo estratificado desde o século II a.C, sobre a qual os juristas romanos operaram uma racionalização até a definitiva codificação do Edito realizada pelo jurista Juliano sob o império de Adriano.

¹ Cf.: GUZMÁN BRITO, Alejandro. El carácter dialéctico del sistema de las Institutiones de Gayo. In: CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio (ed). *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*. Santiago: Librotecnia, 2007. p. 427-458; GUZMÁN BRITO, Alejandro. La tripartición del 'omne ius' en 'personae, res, actiones' y la doctrina retórica de las 'circumstantiae'. In: *Fides Humanitas Ius: Studi in onore di L. Labruna*. v. IV. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007. p. 2429-2448.





O modelo sistemático pessoas-coisas-ações é próprio do gênero literário jurídico de *ius civile* (e que também passa a incluir, gradativamente, o *ius gentium*), amadurecendo numa lenta reflexão sistemática a partir dos 18 livros de direito civil de Quintus Mucius Scaevola (II e I a.C) e dos 3 livros de direito civil de Masurius Sabinus, sob o império de Tibério, obras que ainda refletem uma sistemática não-conforme ao modelo das três partes, ao menos na ordem que nós conhecemos e que, nas Institutas de Gaio, encontra-se plenamente maturada.

Trata-se, portanto, de um modelo sistemático de origem jurisprudencial que se propõe a organizar o saber jurídico em uma forma sintética, centrando os diversos institutos presentes no Direito Romano em torno de três conceitos fundamentais, estritamente relacionados: a pessoa humana, as coisas (corpóreas e incorpóreas) e as ações. A perspectiva romana, é importante que se ressalte desde já, é fortemente concreta, não sendo fruto de abstrações, mas antes tendendo a construir conceitos muito enraizados na realidade, sem tornar ‘abstrato’ o discurso jurídico, como geralmente faz o saber jurídico moderno, mas orientando-se a recolher o fundamento real da categoria jurídica.

Isso é muito evidente na limitação do conceito de pessoa ao ser humano em seus diversos *status* (no âmbito da sociedade de todos os homens, distinguindo-se entre livres e escravos; no âmbito da sociedade dos cidadãos, distinguindo-se entre cidadãos romanos e estrangeiros; no âmbito da sociedade familiar, distinguindo-se entre *pater familias*, filhos e filhas, esposa, outras pessoas sujeitas ao poder do pai, escravos). Trata-se de um direito das pessoas que não é caracterizado por uma leitura individualista do sujeito ante o direito, onde a dicotomia moderna da capacidade individual frente ao direito se diferencia em capacidade jurídica e capacidade de exercício. Existem aqui, ao contrário, estatutos jurídicos diferenciados das pessoas humanas, dentro dos quais o princípio da igualdade rege. Uma igualdade nos *status* desiguais e não um igualitarismo do indivíduo frente ao direito².

Também no âmbito das coisas, a palavra latina *res*, que tem um amplo espectro semântico, serve para representar a organização da realidade não-humana (vivente ou inanimada) em torno da pessoa humana, em correspondência à possibilidade – ou então à impossibilidade – de apropriação e uso por parte do homem singular ou de uma coletividade de

² Cf.: CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*. t. I. Torino: Giappichelli, 1990. p. 163 et seq., 195 et seq.; TAFARO, Sebastiano. *Ius hominum causa constitutum: Un diritto a misura d'uomo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.





homens: daí a distinção fundamental das *res* entre *humanae* e *divinae*, ou em *publicae* e *privatae*, e atualíssima construção conceitual das *res* que, por natureza, são *communes omnium*³.

A atração de uma série de *iura* para a categoria das *res*, mediada pela dicotomia entre coisas tangíveis (*corporales*) e intangíveis (*incorporales*), não está, no demais, caracterizada por uma ficção na reflexão jurídica dos conceitos elaborados pelo pensamento dos juristas, mas antes reflete uma sua percepção na chave da ‘realidade’, como emanção concreta da relação entre pessoa e coisa mediada pelo direito⁴.

Exemplo fundamental desta percepção de estruturas jurídicas na chave da realidade – estruturas que, para nós, podem ser caracterizadas como conceitos jurídicos sem base material – é a diferença entre a construção moderna da ‘propriedade individual’ como poder individual⁵, absoluto e abstrato sobre uma coisa, e a concepção romana do *meum esse ex iure Quiritium*, que exprime uma pertença concreta da coisa por parte da pessoa humana, que é reconhecida como funcional aos interesses da comunidade de cidadãos⁶; outro exemplo é a diferença entre o conceito moderno de obrigação como vínculo ideal de submissão entre dois indivíduos com o fim de obter uma prestação de natureza exclusivamente patrimonial, e a estrutura romana do *oportere* entre dois *patres familias*, que é uma estrutura ontológica de igualdade projetada no tempo para o cumprimento devido de uma prestação de um pessoa humana relativamente a outra⁷.

2 Sistema e codificação de Justiniano

A codificação do Direito Romano realizada na época do Imperador Justiniano, de 529 a 534 d.C., em Constantinopla, Nova Roma, herda o modelo de conteúdo de divisão das três partes em sua totalidade, tal como foi construído pela jurisprudência romana clássica, anexando a esta divisão de conteúdo uma divisão formal das três obras de codificação (Código, Institutas

³ SINI, Francesco. Persone e cose: ‘res communes omnium’. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica. *Diritto@Storia*, n. 7, 2008.

⁴ Sobre o tema, cf.: FALCONE, Giuseppe. Osservazioni su Gai. 2.14 e le ‘res incorporales’. *Annali Seminari Giuridico dell’Università di Palermo*, Palermo, n. 55, p. 125-170, 2012.

⁵ GROSSI, Paolo. La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico. In: GROSSI, P. *La proprietà e le proprietà*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 205 et seq., 270 et seq. (em particular).

⁶ CATALANO, Pierangelo. *Populus Romanus Quirites*. Torino: Giappichelli, 1974. p. 120 et seq., 152 et seq.; CATALANO, Pierangelo. Droit naturel, ‘ius Quiritium’: observations sur l’anti-individualisme de la conception romaine de la propriété. In: SCHIPANI, Sandro; TERRACINA, Giuseppe (ed.). *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese – Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali*. Atti del Convegno Internazionale di Studi [Roma, 29-30/11/2007, 01/12/2007]. Roma: Tiellemmedia, 2009. p. 121-136.

⁷ CARDILLI, Riccardo. Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil. *Revista de derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n. 15, p. 41-57, 2008.





e Digesto) em 7 partes, as quais serão logo herdadas na codificação de Afonso X, Rei de Castela, conhecido como “o Sábio”, em 1265, nas *Siete Partidas*.

O fato não deve surpreender – se bem que os textos de Justiniano fossem expressões formais da *potestas* do imperador, a sua concreta realização é o fruto do trabalho dos juristas da época, os quais haviam voltado a dominar – há, pelo menos, uma geração – a grande cultura jurídica que foi transmitida pelas obras clássicas da jurisprudência romana (daí o denominado classicismo justinianeu)⁸.

Não obstante, analisando-se mais detidamente as compilações de Justiniano (Digesto, Institutas e Código), percebe-se uma novidade em relação ao modelo das Institutas de Gaio. Antepõe-se à toda codificação, como fundamento dos princípios jurídicos, uma ‘parte’ dedicada à relação entre direito e justiça.

Nesta ‘parte’, o direito é definido (e não a ciência jurídica) como *ars boni et aequi* (sobre o tema, é fundamental um livro de Filippo Gallo, com o título significativo: “Celso e Kelsen: Pela refundação da ciência jurídica”)^{9(a)}, como ‘arte’, e não ‘norma’ (concepção dinâmica do direito contra a moderna concepção estática), que deve tender a realizar os objetivos do ‘bom’ (concepção de racionalidade do direito, com conteúdos positivos de valor, e não concepções formais de direito sem valoração, como na concepção normativa moderna) e do ‘igual’ (igualdade como pedra angular do jurídico, calcada na realidade social em que opera, e não um critério formal de igualitarismo dos indivíduos frente ao direito.)

Nesta ‘parte’, define-se a justiça como virtude subjetiva do ser humano (e tenha-se aqui especial atenção: não somente do jurista), dirigida a atribuir a cada um seu direito – virtude humana que os juristas devem cultivar (*iustitiam colimus*, diz Ulpiano) com a finalidade de melhorar, dia após dia, o direito existente em um determinado momento histórico (*cottidie in melius produci*, diz Pompônio)¹⁰.

As partições do *ius Romanum* são definidas nesta parte, como o *ius civile*, o qual constitui o direito fundamental (público, privado, penal) da comunidade de cidadãos; o *ius gentium*, como direito romano com vocação universal, aberto a todos seres humanos e dotado de uma jurisdição romana de caráter igualmente universal (*iurisdictio peregrina*); o *ius*

⁸ SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune*. Torino: Giappichelli, 2011. p. 13 et seq.

⁹ Agora, traduzido ao espanhol pelo Dr. Manuel Grasso e publicado em coleção dirigida por mim junto ao colega David Esborraz pela Eudeba de Buenos Aires

^(a) *Nota de tradução*: o texto mencionado tem a seguinte referência – GALLO, Filippo. *Celso y Kelsen: Para la refundación de la ciencia jurídica*. Buenos Aires: EUDEBA, 2017.

¹⁰ GALLO, Filippo. Una critica del nichilismo giuridico. *Atti Classe Scienze Morali – Accademia delle Scienze di Torino*, n. 139-140, p. 03 et seq., 2005-2006 [cf., em particular, p. 34-35, sobre a *iustitia*].





honorarium, como direito introduzido pelos magistrados romanos eleitos anualmente pelo povo romano, com o objetivo de melhorar, suprir e corrigir o *ius civile*; e o *ius naturale*, como aquele direito comum a homens e animais, fundado na natureza, e, com base no qual, todos os homens nascem livres e são iguais – como entendem os juristas romanos, mesmo quando atuam numa sociedade que reconhece a desigualdade entre os seres humanos. Confirma-se, nesta parte, como fundamental o princípio da criação de direito, em variadas formas, na vontade do povo (*voluntas populi*).

Finalmente, é necessário fazer referência, com a finalidade de plena conscientização sobre a escolha do valor intrínseco ao modelo tripartite, àquilo que os codificadores justinianeus afirmam no título D.1,5 *De statu hominum* (sobre o estado jurídico dos seres humanos), através de uma doutrina do jurista Hermogenianus [da época de Diocleciano]: *omne ius hominum causa constitutum est* (“todo direito foi constituído por causa dos homens”). A consequência sistemática de uma afirmação principiológica de tal magnitude é que os códigos devem iniciar pelo direito das pessoas.

3 O sistema jusnaturalista e sua ruptura com a tradição romana

A partição herdada da jurisprudência romana clássica, e que conflui nas compilações de Justiniano (*personae, res, actiones*), manteve-se como divisão de conteúdo da tradição jurídica medieval. Para a escola dos Glosadores, o vínculo ao conteúdo autoritativo dos textos justinianeus – que lhes determina seguir sua sistematização – assume a forma concreta de uma *interpretatio* elaborada sob a forma de glosa no próprio texto autoritativo. Os Comentadores, inclusive, os quais por su vez, em seus grandes *Comentarii*, fazem sua *interpretatio* separada materialmente do texto autoritativo, na realidade, englobam o sistema legal no Comentário, sem modificar substancialmente o modelo da tripartição¹¹. A primeira grande ruptura com a tradição romana se deve ao jusnaturalismo do século XVII, através de uma profunda transformação da perspectiva e dos significados jurídicos das categorias ordenadoras de *persona* e de *res*. Como Roberto Fiori afirma:

A introdução da oposição ‘sujeito-objeto’ no vocabulário conceitual dos juristas é devida a Leibniz. Em *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667), ele critica a sistemática justinianeia de *personae, res, actiones*, argumentando que, em primeiro lugar, a categoria das *actiones* é supérflua, fazendo esta referência sempre às *personae* ou *res*; e, em segundo lugar, que similar *methodus* não se daria “*ex juris, sed facti visceribus*”: *personae enim et res sunt facti, potestas et obligatio etc. sunt*

¹¹ ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 51 et seq.





juris termini”. Em lugar de *personae* e *res*, Leibniz propunha que se adote as noções mais ‘lógicas’ de sujeito e objeto. Também, neste caso, naturalmente não se trata de uma mera substituição de termos. As noções romanas de (*homo*-) *persona* e *res* não eram simplesmente o critério ordenador primário das Institutas de Gaio e Justiniano, mas tinham uma história antiquíssima, que data, com alta probabilidade, da jurisprudência sacerdotal. E eram, também, expressões daquela perspectiva objetivista..., por virtude da qual também a realidade física é percebida como juridicamente ordenada¹².

No século XVII, de fato, o comportamento filosófico relativo ao pensamento subjetivo havia mudado profundamente. Se as culturas antiga e medieval acabaram assumindo posições de ceticismo substancial – quanto a um subjetivismo intenso, como limite para o conhecimento da verdade – o quadro resulta invertido ali onde, com o *cogito ergo sum* cartesiano, a consciência subjetiva do pensamento manifesta-se como o único ponto estável de partida para todo conhecimento (...) com Hobbes e Leibniz se afirmará, pela primeira vez, uma acepção destinada a designar o sujeito da atividade consciente: inicialmente, segundo as regras da lógica clássica, qualificando as percepções como atributo do ‘sujeito’ corporal, para o qual lhe seriam inerentes; mas logo passando rapidamente a inverter a perspectiva precedente e a designar o *subiectum* como entidade a qual se faz referência à consciência e ao pensamento, correlativamente a um uso de *obiectum* para indicar seu oposto, a realidade circundante¹³. (...) Assim, estão postas algumas das premissas mais importantes para os posteriores desenvolvimentos ideológicos e normativos do direito privado: a exasperação, na chave subjetivista, do princípio cristão da instrumentalidade das coisas em relação ao homem, que ‘objetiviza’ a realidade natural¹⁴.

Produz-se, assim, uma verdadeira mudança de perspectivas entre a centralidade do sujeito de direito (que pode, ou não, ser uma pessoa humana) e o objeto de direito, que é tudo aquilo que (real ou não) for suscetível de ser objeto de um direito.

Para que se entenda a profunda diferença entre a concepção romana e a concepção jusnaturalista, bastaria seguir este exemplo. No direito romano, o *paterfamilias* poderia vender o próprio filho, através de uma *mancipatio*, o que não modificava em nada a natureza de pessoa-homem do mesmo no plano do direito.

Aplicando a categoria jusnaturalista de objeto de direito, o filho vendido seria perceptível como coisa.

Deve-se também agregar a isso que a nova dicotomia sujeito-objeto estimulou, no mais, uma valorização generalizadora e individualista da vontade do sujeito, como motor do direito privado, evidenciando-se, de modo sempre mais consciente, a ideia de um *genus* unitário para os atos juridicamente relevantes, singulares e típicos, oriundos da vontade individual do sujeito, com a construção de um mínimo denominador comum individualizado no ‘ato jurídico’¹⁵.

¹² FIORI, Roberto. Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica. In: CARDILLI, Riccardo *et alii* (ed.). *Modelli teorici e metodologia nella storia del diritto privato*. v. I. Napoli: Jovene, 2003. p. 169 et seq. [sobre as palavras citadas, p. 203-204]. Sobre o tema, é também importante: GUZMÁN BRITO, Alejandro. Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, n. 24, p. 151-247, 2002.

¹³ FIORI, Roberto. *op. cit.* p. 205-206.

¹⁴ *Ibidem.* p. 209-210.

¹⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y





Todo o sistema de direito privado resulta, assim, igualmente representado em três partes fundamentais – mas num sistema evidentemente abstrato e individualista – representadas pelo sujeito de direito, o objeto de direito, e o ato jurídico.

4 O sistema pandectístico

Com a Pandectística alemã, leva-se a cabo uma forte releitura individualista (direito romano burguês) do direito privado, utilizando-se a perspectiva do sujeito/objeto de direito e valorizando-se ao máximo o dogma da vontade como motor do direito privado. As palavras-chaves desse sistema são:

- Pessoa – sujeito de direito (pessoa física e pessoa jurídica, capacidade de direito e capacidade de exercício);
- Coisa – objeto de direito;
- Negócio jurídico (contrato, promessa unilateral, testamento etc.);
- Relação jurídica (obrigação, relação obrigatória etc.).

A estrutura sistemática realizada está dotada de uma abstração e generalização muito grandes, e tende a extrapolar regras maturadas para uma instituição em particular (e apropriadas a esta), erigindo-as em regras jurídicas gerais e idôneas para a aplicação em outras instituições jurídicas. Neste ponto de vista, é fundamental e poderosa a construção de uma parte geral de nulidade e anulabilidade do negócio jurídico, comparada à variada realidade de regras que, na tradição romana, foram elaboradas no âmbito de cada um dos contratos típicos ou de cada ato unilateral típico, na dialética entre direito civil e direito honorário.

Cabe apontar que a inclusão de uma ‘parte geral’ com pleno direito como parte fundamental de um código civil se deve ao BGB de 1896, que entrou em vigor em 1900. Também neste caso, como se viu quanto à codificação do imperador romano Justiniano, trata-se de uma herança do saber jurídico maturado na Alemanha antes do código, que veio a ser recepcionada no sistema codificado.

A sobressalente ciência jurídica alemã dos Oitocentos deu forma, substancialmente, a um sistema de organização do direito privado que – ainda que nascesse como instrumento sistemático-conceitual da ciência jurídica que opera num direito não-codificado – resultou acolhido e considerado como idôneo também para a finalidade de estatuir concretamente regras

del contrato: III. Los orígenes históricos de la teoría general del contrato. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, n. 22, p. 45-60, 2000.





escritas na lei, quando a ‘lei’ veio a pretender a ascensão a uma representação plena e coerente do direito privado na forma de um código civil.

A ‘parte geral’ de BGB representa substancialmente o momento conceitual da busca de sentido por sobre a variada realidade jurídica das partes especiais (contratos típicos e obrigações, direitos reais, sucessões, família etc.), guiando as gerações futuras de juristas e operadores do direito, através das quatro categorias-chave – acima referidas – do sujeito de direito, do objeto de direito, do negócio jurídico e da relação jurídica. Aqui se está num plano de intensa abstração e generalização que, em chave notoriamente individualista, tende a reinterpretar todo o direito privado, com finalidades que propulsionam na direção da racionalização em abstrato dos problemas jurídicos por meio de uma refinada trama de conceitos e regras em ordem hierárquica.

Daí as críticas, inclusive apaixonadas, de alguns juristas contemporâneos ao BGB, no sentido de que este representava um tipo de direito privado afastado das exigências concretas da sociedade, e imune às instâncias sociais presentes nela.

Em particular, é assinalado um amplo esforço de abstração relativo à concepção das pessoas como sujeitos de direito e das coisas como objeto de direito.

Soma-se a isto uma forte racionalização generalizadora no âmbito da categoria do negócio jurídico, no momento de individualização de regras comuns suscetíveis a servirem, agora, para todos negócios jurídicos (unilateral, bilateral ou plurilateral: *inter vivos* ou *mortis causa*), impelindo os codificadores a selecionar entre as várias regras jurídicas que a tradição transmitia no tocante a um problema jurídico específico – de onde, buscando que este problema fosse resolvido, por exemplo, com um certo tipo de contrato, que é preferível ante outro; ou com certa forma contratual, ao invés da testamentária. Isto trouxe como principal consequência a planificação e a simplificação das soluções, em contraposição à complexidade.

Como exemplos clássicos, pense-se o problema da condição impossível, ou o problema da relevância do dolo, do erro, ou da coação como chave exclusiva dos vícios da vontade, capaz de justificar a anulação de um negócio jurídico.

A busca de significado e o fundamento da simplificação da complexidade da realidade jurídica, da qual a ‘parte geral’ é expressão, projetaram-se no BGB como uma dimensão de mitigada gestão no tempo da sempre cambiante realidade social e econômica. Isto implicou na submissão da forma ‘código civil’ (e isto vale também para os códigos civis sem uma ‘parte geral’ propriamente dita, como o Código Civil francês ou o Código Civil italiano) a um ‘stress de criticidade’ no tempo, o que se traduziu, sobretudo, na maior ou menor *vis* atrativa de âmbitos





de conteúdo especial que, pouco a pouco, vieram a exigir uma regulamentação específica *ad hoc*, e que, às vezes, vinham a assumir a forma de verdadeiros microssistemas estranhos ao código civil.

Isto que foi descrito com muita perspicácia na doutrina, em termos talvez peremptórios, de ‘idade da descodificação’, impactou também o BGB, inclusive na decisão tomada na segunda metade dos anos 1990 de ‘modernizá-lo’, em vez de se fazer um novo Código. Com efeito, a *Modernisierung* de 2002 interveio não somente nas partes especiais do Código, mas também – ainda que com muito maior parcimônia – na ‘parte geral’, inserindo, por exemplo, no trato da pessoa física, duas novas categorias de sujeitos, o consumidor e o empresário. Isto, como era evidente, desencadeou na Alemanha uma grande discussão, porque se considerou tal integração como inadequada para uma ‘parte geral’, de onde quase se quis determinar uma remodelação dos estatutos jurídicos das pessoas, agora não mais no contexto unitário (que era a finalidade principal da ‘parte geral’ do código alemão burguês de 1900), mas sim diferenciado.

Vale a pena fazer uma pequena referência sobre o Código Civil italiano de 1942, na medida em que este, não obstante ter sido promulgado em plena época fascista, não somente resistiu, apenas com modificações marginais, à transformação do Reino da Itália em República Italiana, mas também é fruto maduro de uma ciência jurídica – a italiana do entreguerras – que se formou majoritariamente na Alemanha e que, em todo caso, sofreu uma forte influência da Pandectística alemã. A escolha quanto a não seguir o modelo alemão, no que se refere quanto à ‘parte geral’ do código civil, reside particularmente na plena consciência da excessiva abstração e generalização deste modelo, preferindo-se uma sistemática tradicional, com a valorização de uma ‘parte geral’ para os contratos e obrigações, negando-se a codificar a noção de negócio jurídico.

Na realidade, o ‘*stress* de criticidade’ relativo ao Código Civil italiano está representado por sua reinterpretação com base na Constituição republicana de 1948, levando grande parte da civilística italiana a averiguar, no Código, a manutenção do respeito à nova estrutura jurídico-valorativa ínsita na Carta constitucional.

Também na Itália houve uma forte fragmentação da regulamentação jurídica, sobretudo nos anos 1970 e posteriores do século XX, que levou à maturação de um certo número de microssistemas não atraídos pela forma de código civil, impondo ao intérprete um esforço de sistematização e ponderação da hierarquia de valores em caso de conflito. Pense-se somente no direito bancário ou no direito do consumidor.





Na América Latina, pode-se dizer que o modelo da ‘parte geral’ do código civil não caracterizou, em princípio, o processo de codificação do século XIX e de início do século XX. Nem no Código de Andrés Bello no Chile (com sua força expansiva enquanto código-modelo para outros países da América Latina), nem no Código de Vélez Sarsfield na Argentina, foi codificada uma verdadeira ‘parte geral’ do Código – isso ainda que o Código chileno tenha um breve título sobre “Os atos e declarações da vontade” (art. 1445-1469, notoriamente inspirado em Savigny) e o Código argentino (agora substituído^(b) por um novo) conte com uma extensa seção dedicada aos “Fatos e atos jurídicos que produzem a aquisição, modificação, transferência ou extinção dos direitos e obrigações” (art. 896-1136, cuja fonte é o “Esboço de Código Civil” do jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, o qual, pela primeira vez, incluiu uma ‘parte geral’ em um projeto normativo latino-americano).

O único código da primeira geração de codificações latinoamericanas que predisps uma verdadeira ‘parte geral’ foi o Código de Beviláquia, de 1916 [entrada em vigor em 1917], para o Brasil (também inspirado em seu compatriota Teixeira de Freitas).

Aprofundando estes antecedentes, o novo processo de codificação do direito privado latinoamericano, desenvolvido no século XXI, evidenciou uma particular predileção por uma ‘parte geral’, tal como sucede com os novos Códigos Civis do Brasil (2002, [entrada em vigor em 2003]) e da Argentina (2014 [entrada em vigor em 2015]).

Não obstante, nestes novos códigos a ‘parte geral’ parece assumir um papel novo e diferente daquele que havia caracterizado tal técnica codificatória no modelo alemão. Trata-se, de fato, não tanto de orientar uma busca do caráter simplificado do jurídico, desde uma chave generalizante e abstrativa, mas de dotar o código de uma série de princípios fundamentais e coordenadas axiológicas que sejam os arcos sustentadores, em termos interpretativos, de todo o Código Civil. Ademais, adquiriu-se uma maior consciência do código como sistema aberto e não-fechado, expressão não somente de um ordenamento jurídico nacional, mas também de um momento de encontro de instâncias supranacionais, internacionais e constitucionais. Assistir-se-ia, assim, a uma mudança de direção do papel da ‘parte geral’, pois quase que a esta é assinalada a tarefa de servir de filtro entre a concepção tradicional de código civil e os novos desafios aos quais o direito privado está chamado a responder no plano dos problemas jurídicos supracitados. É uma importante mudança de direção, devendo-se seguir com profundo interesse

^(b) *Nota de tradução:* houve promulgação de novo Código civil e comercial da Nação Argentina no dia 07 de outubro de 2014, entrando em vigor em 1º de agosto de 2015. Acesso ao texto: < http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf >.





da parte do jurista do sistema jurídico fundado no Direito Romano, na medida em que pode ser uma sinalização de superação – ainda hoje incompleta – da utopia do direito privado nacional ante uma sociedade pluriétnica e sem delimitações.

É indubitável a atualidade desta questão – pense-se que a China, empenhada já há várias décadas em legislar sobre matérias do direito privado (civil e comercial), decidiu, em novembro de 2014, realizar em forma de código uma sistematização de tal legislação, dando ao novo Código Civil da República Popular da China uma ‘parte geral’.

Para além da importância dessa transcendental decisão da China, no plano do discurso dos sistemas jurídicos mundiais, é necessário apontar o quanto essa decisão reflete intensamente a notória influência (durante as últimas décadas) da ciência jurídica alemã sobre a jovem ciência jurídica chinesa.

5 O perigo da abstração

Como critérios de avaliação do perigo de abstração, tratarei de dois exemplos, um de natureza conceitual e outro de natureza normativa de regra jurídica.

De natureza conceitual é o exemplo do negócio jurídico. A recepção da categoria do negócio jurídico nos novos Códigos Civis do Brasil e da Argentina (e, pode ser, no novo Código na China) poderia levantar dúvidas em um momento histórico em que o conceito não parece desempenhar um papel chave no processo de harmonização do direito na Europa. Para uma parte dos juristas europeus, de fato, o negócio jurídico teria valor exclusivamente para ordenar e classificar o Direito, mas não normativo.

Em contraste com esta declaração, pode-se argumentar em contrário, destacando a vitalidade da categoria do negócio como “um dos maiores feitos da ciência jurídica” dos últimos séculos, como disse Werner Flume^{16(c)}.

Veja-se a individuação da estrutura do negócio jurídico na compenetração da *voluntas* com os instrumentos de sua expressão e, em particular, na relação estrita entre vontade interior e forma típica (Betti)¹⁷, como superação da teorização excessiva e abstração que é expressada

¹⁶ FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. v. II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Tübingen: Mohr, 1992. p. 32.

^(c) *Nota de tradução*: no corpo do texto da versão em espanhol que foi consultada, o autor reproduziu a frase em alemão – “eine der Großtaten der Rechtswissenschaft”.

¹⁷ BETTI, Emilio. *Diritto romano*. t. I: Parte generale. Padova: Cedam, 1935. p. 202, 216.





na identificação de outros elementos essenciais, como a cobertura dos efeitos jurídicos do ato, ao lado da intenção interior do agente (leia-se a crítica de Lenel a Windscheid)¹⁸.

Por outro lado, no que diz respeito à função do negócio jurídico, acreditamos que esta se encontra bem localizada no fenômeno da autonomia dentro de um ordenamento jurídico, enquanto autonomia que pode ter na imagem do original e da posterior estimação na ordem jurídica da *civitas*, ou a forma de reconhecimento constitutivo. Este problema, na experiência jurídica romana, defronta-se com a relação histórica entre a natureza pré-cívica da *familia* e da *gens*, e a criação da cidade como ordem jurídica de cidadãos¹⁹. De fato, a definição de um problema do negócio jurídico em nossa tradição jurídica, na realidade, não é tanto o problema de contextualizar a separação da categoria lógico-formal do negócio da tipologia histórico-social do negócio²⁰, quanto o problema de avaliar o grau de compatibilidade entre o valor da regra negocial e os valores de um ordenamento jurídico determinado²¹.

É claro que hoje essa questão adquire novas perspectivas em um direito privado sob o marco pós-estatalista, mediante a imposição de uma emancipação da ciência do Direito ante a exclusiva avaliação dos valores codificados no direito nacional.

Isso porque, se o negócio jurídico permitiu recentemente a construção de uma classe conceitual superior, explicitando em uma sintagma unitário um conceito que, fragmentado, se encontra no sistema jurídico romano, não se pode negar que sua codificação esteve condicionada pelo contexto histórico de sua explicitação.

E não somente no sentido de um suposto condicionamento ideológico, mas também em termos lógico-conceituais, ao menos pelo vínculo de identificação entre o negócio jurídico e a categoria jusnaturalista de direito subjetivo, para a qual se repetem todos os pontos relativos à originalidade, recepção ou reconhecimento.

As duas perspectivas da vontade e da autorregulação dos próprios interesses marcam o campo problemático do negócio jurídico em que não há uma resposta *a priori* nem uma solução

¹⁸ LENEL, Otto. *Parteabsicht und Rechterfolg. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, n. 19, p. 154 et seq., 1881 [em particular, p. 163 et seq.; e as conclusões, p. 249-253]. Leia-se também, no mesmo sentido: SEGRÉ, Gino. *Studi sul concetto di negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico. Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, n. 28, p. 161 et seq., 1899.

¹⁹ BETTI, Emilio. *Diritto romano*. t. I: Parte generale. Padova: Cedam, 1935. p. 115 et seq.; GROSSO, Giuseppe. *Autonomia privata e negozio giuridico. In: GROSSO, G. Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1967. p. 111 et seq.

²⁰ Como diz: GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico. In: GALGANO, F. Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 17-33.

²¹ Nesse assunto é fundamental: FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. 5ª ed. Rimini: Maggioli, 1995. p. 62 et seq.





viável que resolva a questão de uma vez por todas, uma vez que os enfoques variam em função da prevalência de um fator sobre o outro.

Não obstante, isto não significa que haja o relativismo conceitual, já que o elemento de continuidade da categoria é o mesmo que caracteriza sua explicação conceitual²².

Essencialmente, a categoria também poderia permanecer implícita no conhecimento jurídico, mas, uma vez explicitada, demonstra sua força ordenadora, e confirma que a leitura dos pandectistas não é uma operação formal de interpretação, mas uma operação substancial, ainda que caracterizada por uma forte abstração.

6 O perigo da generalização

O negócio jurídico está caracterizado, então, por uma chave sistemática de grande alcance, que permite à ciência jurídica dismantelar soluções e regras formuladas nos âmbitos próprios dos distintos tipos de negócios e remontá-las novamente em um nível mais abstrato da construção, por vezes destacando com maior nitidez os contornos do instituto jurídico geral.

Por exemplo, pode-se pensar no erro ou na invalidez, na aquisição de um estatuto uniforme sobre estes, separado dos tipos concretos de negócios (*stipulatio*, compra e venda, disposições *mortis causa*), tipos em que as reflexões destes problemas assumiram, no direito romano, sua expressão mais profunda.

Desde o ponto de vista do nosso discurso, o perigo da generalização inerente ao processo de abstração pode ter consequências nocivas no discurso jurídico, quando a disciplina da redução à unidade, inerente à categoria do negócio jurídico, tem consequências específicas em termos de marco legal.

Por exemplo, é necessário destacar o perigo de generalização da importância do silêncio circunstanciado como consentimento (Código Civil brasileiro, 2002, art. 111), diante da necessidade de se tratar com cuidado o fenômeno da contratação massiva.

O modelo romano não generalizava o fenômeno. A regra de Justiniano é pela irrelevância do silêncio, seja em termos de consentimento, seja em termos de negação, regra que o jurista Paulo expressou quanto à confissão judicial – *qui tacet, not utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare* (Paul.56 ad ed. D.50,17,142); bem como nos casos em que se

²² Nisso é fundamental: CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*: Lezioni di storia del diritto italiano. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1967. p. 40-41. Essa conclusão não é exclusiva da historiografia jurídica – sobre isso, ver: PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *Il negozio giuridico*: Saggio di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1934. p. 10 et seq.





requer um acordo expresso, como no caso da ratificação do *dominus* para o acerto feito por falso procurador (Iul. 54 *dig.* D.46,3,13; Ulp. 80 *ad ed.* D.46,8,12, 1-3); ou onde o silêncio é possível somente para *non contradicere*, como na *datio in adoptionem a patre* (Cels.28 *dig.* D.1,7,5).

Também a hipótese típica de *taciturnitas* dos contratantes em relação à renovação tácita do contrato de arrendamento de terras agrícolas ou de propriedades urbanas (Ulp. 32 *ad ed.* D.19,2,13,11) assume significado dentro de uma relação de duração no tempo preexistente, em que é relevante que tenha havido consentimento entre as partes, enquanto fundador da *obligatio* em sua origem.

No direito romano, a relevância do silêncio como suposição tácita de consentimento, para vincular-se com uma obrigação, é sempre excepcional, porque é fundada sobre razões de adequação do direito, para responder a problemas concretos.

O problema tem significado porque é um problema de reação de uma regra a efeito jurídico típico que o negócio concluído produz, sendo aí necessário sopesar a relevância do silêncio. Para assumir uma obrigação, uma forma qualificada de consentimento (na declaração de vontade, ou mediante conduta) é mais adequada, ainda mais em um direito de contratos, como o atual, com uma aplicação tão difundida da contratação massiva.

Nesta perspectiva, a doutrina de Emilio Betti em sua obra sobre a tipicidade dos negócios jurídicos romanos, no tema da “construção interior da essência da forma dos negócios”:

Adaptadíssima para a constituição de uma relação de débito como obrigação é a forma da pergunta voltada a uma pessoa determinada (*spondesne?*): essa exprime claramente a situação de constrição da pessoa contraposta. Tal não pode permanecer silenciosa: deve responder à pergunta^{23(d)}.

Não é mera casualidade se, no processo de formação do consentimento contratual, a relevância do silêncio seja excepcional, e, nos casos que não o seja, assim o seria somente na aceitação de um contrato de gratuidade, em que apenas o prononente tem obrigações (ver art. 1333 do Código Civil italiano de 1942).

²³ BETTI, Emilio. Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts. In: *Festschrift für Leopold Wenger zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern I*. München: C. H. Beck, 1944. p. 249 et seq. (as palavras, p. 253) [Vol. 34 – Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte].

^(d) *Nota de tradução*: no texto em espanhol, o autor deixa a citação acima em língua original italiana, que é citada no corpo do texto em recuo. Seria: “adattissima per il costituirsi di un rapporto di debito come l’obbligazione è la forma della domanda rivolta ad una persona determinata (*spondesne?*): essa esprime chiaramente la situazione di costrizione della persona contrapposta. Questa non può rimanere silenziosa: deve rispondere alla domanda”.





Quanto ao perigo da extensão de uma regra jurídica nascida como disciplina de um negócio típico a todos os negócios, o problema da condição suspensiva impossível traz duas questões. A primeira é a necessária verificação da coerência da regra, uma vez generalizada na parte geral a todos os negócios. A segunda é uma complexidade de conteúdo que se relaciona com a maturação histórica do estatuto dogmático dos *accidentalia negotii* e das raízes históricas destes.

O debate em matéria de condição impossível entre sabinianos e proculeanos é, de fato, de grande importância. Para os proculeanos, a condição impossível afetava sempre a validade – a *utilitas* na terminologia dos juristas romanos, que expressa, em conjunto, uma perspectiva de validade e de eficácia – da estipulação e do legado. Para os sabinianos, ao contrário, a condição impossível afetava somente a validade da estipulação, e não do legado. Neste caso, a solução se orientava na direção de uma alteração da realidade do testamento, interpretando-se a cláusula como não-posta, com a subsequente conservação do negócio *mortis causa*.

Finalmente, um último exame sobre o impacto da generalização sistemática frente à forma mais concreta do modelo romano.

Se atentarmos, por exemplo, à construção de uma parte geral quanto às obrigações nas Institutas de Gaio (incluindo-as, como se sabe, na *pars rerum*, graças à dicotomia entre *res corporales* e *res incorporales*), não haverá dificuldade para dar-se conta, por um lado, do esforço reconstrutivo de generalização de alguns temas sob o esquema da *stipulatio*, contrato típico que – como disse, com autoridade, Alejandro Guzmán Brito em uma série de estudos de caso – influenciou também os modelos sistemáticos dos códigos civis modernos quuanto à parte geral das obrigações e contratos²⁴.

O mestre chileno mostrou corretamente, em uma série de estudos, a origem desta ordenação sistemática quanto à *stipulatio* já nos três livros de direito civil de Sabino e nos ‘Digesta’ de Juliano, antes de encontrar a confirmação definitiva nas Institutas de Gaio.

Ao ler-se a discussão dos parágrafos sobre a *obligatio verbis contracta* em Gaio (3,92 e seguintes), é evidente o esforço para a resolução de problemas similares em torno de uma unidade de questões: por exemplo, o problema da *stipulatio inutilis* (parágrafos 3,97-109), que inclui os casos de impossibilidade da prestação, da condição impossível, de impossibilidade

²⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro. De la ‘stipulatio’ romana a la doctrina romana de las obligaciones en los modernos códigos civiles. *Roma e America: Diritto romano comune* [Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina], n. 22, Modena, Mucchi Editore, p. 43 et seq., 2006. Ver também: KNÜTEL, Rolf. L’interpretazione del contratto dalla ‘stipulatio’ ai codici civili moderni. *Roma e America*. cit. n. 22. p. 27 et seq.





legal, de incongruência da pergunta e da resposta, de incapacidade do promitente etc.; ou a questão da complexidade do lado subjetivo (ativo ou passivo) da *stipulatio* (3,110-127).

A reflexão dos juristas romanos sobre as regras gerais no tema de obrigações é confirmada pela parte dedicada à extinção da obrigação (Gaio, 3, 168-181), ao final da qual se abre o tema das *obligationes ex delicto*.

Esta ordem evidencia um paradoxo, porque põe o tema dos delitos como fontes de obrigação depois dos parágrafos sobre a extinção das obrigações, ordem que se conservou em quase todos códigos civis modernos. Este paradoxo foi interpretado como uma prova da prioridade histórica das obrigações contratuais relativamente às *obligationes ex delicto*. Na origem, o delito não produziria uma obrigação de pagamento de pena pecuniária, mas uma imediata responsabilidade, expressa na vinculação da *manus iniectio*, com a faculdade de resgate do réu.

É mérito de Emilio Betti e de Fernand de Visscher terem destacado que a ordem sistemática das Institutas de Gaio, que sente como natural o liame entre os modos de extinção das obrigações e as *obligationes ex contractu*, demonstra como este esforço de interpretação é um elemento de resistência de um modelo ainda mais antigo, que pode ser o modelo dos três livros de direito civil de Masurius Sabinus.

7 Considerações conclusivas

É o momento de evidenciar os resultados do nosso discurso. Para além do êxito maior ou menor do uso da ‘parte geral’ como técnica de codificação, de fato, consideramos útil, nesta ocasião, trazer algumas considerações críticas sobre seu significado para o saber jurídico.

A necessidade de uma organização simplificada, mediante conceitos da complexa realidade das relações entre seres humanos marca a distinção entre uma verdadeira *iuris prudentia* e uma superficial descrição da norma. O esforço construtivo para recolher o sentido da complexidade jurídica através de algumas diretivas conceituais fundamentais tem, na realidade, seu momento principal na obra do grande jurista romano Quintus Mucius Scaevola, em torno do ano 100 a.C, em 18 livros de direito civil, nos quais o jurista *primus generatim constituit ius civile* (“constituiu, pela primeira vez, o direito civil em gêneros”). O resultado dessa construção do citado jurista republicano condicionou toda tradição sucessiva do saber jurídico, se bem que a ordem sistemática usada não expressa ainda a forte simplificação a que se chegará posteriormente nos termos ‘pessoas, coisas e ações’.





É indubitável que a necessidade de simplificação e sistematização do discurso jurídico viesse a responder a exigências concretas de facilitação do trabalho do jurista romano, que aconselhava cotidianamente a comunidade sobre o significado das instituições jurídicas e das regras com a finalidade de guiar a vida judicial da mesma.

A tais exigências, logo se agregou uma necessidade de transmissão do saber jurídico às novas gerações, o que podemos qualificar como uma exigência de tradição do saber jurídico. Não é casual que nas obras da tradição civilista, um momento transcendental seja reconhecido na passagem dos 18 livros do *ius civile* de Quintus Mucius Scaevola aos 3 livros do *ius civile* de Masurius Sabinus. Tendo-se em conta que o *liber* nesta época não é o livro-código, como nós o conhecemos, mas o rolo de pergaminho; e que a técnica de produção de livros da época, por razões de conservação e utilização, ocupava uma longitude predeterminada do rolo, não se terá dificuldade em entender a poderosa obra de síntese do mestre da escola sabiniana, que, sob Tibério, realizou em somente 3 rolos uma obra fundamental do *ius civile*. Síntese da linguagem jurídica, racionalização da sistematização e simplificação da problemática e da complexidade do debate da jurisprudência, são as condições que permitiram Sabino chegar a esse resultado. Esta obra será tomada como modelo na escola sabiniana e ela – não obstante ainda sem estar estruturada na ordem de *personae, res, actiones* – assinalará a direção na qual a sistematização logo maturará, até chegar ao modelo das Institutas de Gaio (século II d.C.), nas quais a tripartição está completa.

O acolhimento do sistema tripartite na codificação justinianeia imprime, por assim dizer, a força expansiva do modelo jurisprudencial no plano do direito codificado, acolhendo-se em um código de leis o que lentamente havia amadurecido no trabalho da *iurisprudentia* clássica. No fundo, trata-se de um movimento similar, se bem que diferente nos resultados de conteúdo, ao que sucedeu entre a Pandectística alemã e o acolhimento de seu modelo de sistematização no BGB de 1900, no qual um sistema elaborado por uma jurisprudência ativa em um direito não-codificado chegou a assumir a forma de ordem sistematizada no código civil.

A profunda diferença entre o direito romano e o direito atual, não obstante, enraíza-se no plano da abstração dos conceitos jurídicos. O direito romano atua com conceitos mais aderentes à realidade, enquanto o direito atual tende a construir categorias conceituais mais abstratas que podem, com frequência, esconder escolhas axiológicas muito precisas, mas não explicitadas.

Isto parece evidente na diferença entre pessoa-homem e sujeito de direito. É claro que se damos atenção ao início da existência do ser humano, nada mais que centrar-se no momento





da concepção, enquanto que, se olharmos a questão na perspectiva de sujeito de direito, se considera decisivo o momento de nascimento.

Isto também é evidente quando se desmonta a realidade do acordo sob a perspectiva do negócio jurídico, acordo que nunca é a soma de duas vontades individuais que se encontram, mas antes um momento de equilíbrio diferente dessa soma, já que através de tal abstração individualista se traslada o momento de valoração ínsito na tutela jurídica não tanto no princípio da confiança e da solidariedade, mas no dogma da vontade. Existe, portanto, uma modificação poderosa nas escolhas de princípios e valores do ordenamento em sentido individualista.

O modelo romano tem, dessa forma, uma forte capacidade crítica para desestruturar as categorias jurídicas atuais, com o fim de desvelar nelas a carga ideológica vinculada ao contexto histórico no qual estas surgiram. Dentro dos limites em que o direito expressa uma sociedade de seres humanos, e não uma realidade desumanizada, dentro das linhas em que o direito está estatuído por causa dos homens (*hominum causa omne ius constitutum est*), faz-se necessário – e ainda mais hoje, que no passado – restituir ao discurso jurídico uma capacidade de aderência forte à realidade humana, defendendo exigências e necessidades frente ao desvio desumanizante que está estritamente relacionado com os enormes passos dados pelas ‘ciências exatas’ (assim denominadas). Genética e prolongação da vida das novas gerações, técnicas artificiais de procriação que tentam superar a própria necessidade de implantação em um corpo humano, internet e coleta massiva de dados pessoais, exploração descontrolada dos recursos naturais, contaminação e clima, impõem aos juristas de hoje, e do futuro, a necessidade de superar o limite de reflexão vinculado ao modelo dos direitos nacionais e retomar um modelo conceitual concreto adequado às exigências humanas.

O saber jurídico foi, até 1800, uma ciência universal, enquanto a estatalização e a pseudo-nacionalização do direito demonstram ser incapazes de enfrentar adequadamente uma realidade global como a atual. Percebe-se a exigência da afirmação de princípios jurídicos nucleares e do compartilhamento de escolhas axiológicas a nível supranacional, com o fim de evitar que a perspectiva romana seja subvertida, perspectiva que, no fundo, ainda é comum às mais refinadas ciências jurídicas presentes no mundo, opostas a um direito desumanizado.

Chegou, provavelmente, o momento – segundo nossa opinião, que não pode mais ser prorrogado – em que o jurista não deve mais se conformar com ser, somente, o intérprete de escolhas predispostas de conteúdo, mas intervir com sua própria competência e sensibilidade na recondução do direito por sendas mais reais e concretas, com o fim de ajudar a construir uma sociedade adequada, e um mundo idôneo para os seres humanos.





REFERÊNCIAS

BETTI, Emilio. Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts. In: *Festschrift für Leopold Wenger zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern* 1. München: C. H. Beck, 1944. p. 249 et seq. [Vol. 34 – Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte].

BETTI, Emilio. *Diritto romano*. t. I: Parte generale. Padova: Cedam, 1935.

CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*: Lezioni di storia del diritto italiano. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1967.

CARDILLI, Riccardo. Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil. *Revista de derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n. 15, p. 41-57, 2008.

CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio (ed.). *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*. Santiago: Librotecnia, 2007.

CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone*. t. I. Torino: Giappichelli, 1990.

CATALANO, Pierangelo. Droit naturel, ‘ius Quiritium’: observations sur l’anti-individualisme de la conception romaine de la propriété. In: SCHIPANI, Sandro; TERRACINA, Giuseppe (ed.). *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese – Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali*. Atti del Convegno Internazionale di Studi [Roma, 29-30/11/2007, 01/12/2007]. Roma: Tiellemmedia, 2009. p. 121-136.

CATALANO, Pierangelo. *Populus Romanus Quirites*. Torino: Giappichelli, 1974.

FALCONE, Giuseppe. Osservazioni su Gai. 2.14 e le ‘res incorporales’. *Annali Seminari Giuridico dell’Università di Palermo*, Palermo, n. 55, p. 125-170, 2012.

FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. 5ª ed. Rimini: Maggioli, 1995.

FIORI, Roberto. Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica. In: CARDILLI, Riccardo et alii (ed.). *Modelli teorici e metodologia nella storia del diritto privato*. v. I. Napoli: Jovene, 2003. p. 203-204.

FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. v. II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Tübingen: Mohr, 1992.

GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In: GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 17-33.





GALLO, Filippo. *Celso y Kelsen: Para la refundación de la ciencia jurídica*. Buenos Aires: EUDEBA, 2017.

GALLO, Filippo. Una critica del nichilismo giuridico. *Atti Classe Scienze Morali – Accademia delle Scienze di Torino*, n. 139-140, p. 03 et seq., 2005-2006.

GROSSI, Paolo. La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XVII, Milano, p. 359-422, 1988.

GROSSO, Giuseppe. Autonomia privata e negozio giuridico. In: GROSSO, Giuseppe. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 1967.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. De la 'stipulatio' romana a la doctrina romana de las obligaciones en los modernos códigos civiles. *Roma e America: Diritto romano comune* [Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina], n. 22, Modena, Mucchi Editore, p. 43 et seq., 2006.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. El carácter dialéctico del sistema de las Institutiones de Gayo. In: CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio (ed). *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper*. Santiago: Librotecnia, 2007. p. 427-458.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. La tripartición del 'omne ius' en 'personae, res, actiones' y la doctrina retórica de las 'circumstantiae'. In: *Fides Humanitas Ius: Studi in onore di L. Labruna*. v. IV. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007. p. 2429-2448.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, n. 24, p. 151-247, 2002.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato: III. Los orígenes históricos de la teoría general del contrato. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, n. 22, p. 45-60, 2000.

KNÜTEL, Rolf. L'interpretazione del contratto dalla 'stipulatio' ai codici civili moderni. *Roma e America: Diritto romano comune* [Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina], n. 22, Modena, Mucchi Editore, p. 24-42, 2006.

LENEL, Otto. Parteiabsicht und Rechterfolg. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, n. 19, p. 154-253, 1881.

ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1989.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *Il negozio giuridico: Saggio di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1934.

SINI, Francesco. Persone e cose: 'res communes omnium'. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica. *Diritto@Storia*, n. 7, 2008. Disponível em: <https://dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Sini-Persone-cose-res-communes-omnium.htm>. Acesso em: 09 nov. 2023.





SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune*. Torino: Giappichelli, 2011.

SEGRÉ, Gino. Studi sul concetto di negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico. *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, n. 28, p. 161 et seq., 1899.

TAFARO, Sebastiano. *Ius hominum causa constitutum*: Un diritto a misura d'uomo. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo de autor convidado.

Recebido em: 04/12/2023.

Aceito em: 18/12/2023.

