

## RECONHECIMENTO DO SISTEMA, INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA, HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO

*Sandro Schipani*

SYSTEM ACKNOWLEDGMENT, SYSTEMATIC INTERPRETATION,  
HARMONIZATION AND UNIFICATION OF LAW

TRADUÇÃO Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo

### RESUMO

ESTE ARTIGO TRATA DE QUATRO ASSUNTOS: 1) A FORMAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO ROMANO; 2) A FORMAÇÃO DO SUBSISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO; 3) O UNIVERSALISMO DO SISTEMA: RECEPÇÃO, TRANSFUSÃO, COMUNICAÇÃO, ELEMENTOS DE RESISTÊNCIA, SISTEMA DE REFERÊNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO; 4) EM PARTICULAR: O RECONHECIMENTO DO SISTEMA E A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA EM SENTIDO PRÓPRIO E PLENO, COM PARTICULAR REFERÊNCIA AOS PROBLEMAS DA HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO.

### PALAVRAS-CHAVE

SISTEMA DE DIREITO ROMANO; SUBSISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO; UNIVERSALISMO.

### ABSTRACT

THIS TEXT DISCUSSES FOUR TOPICS: 1) THE FORMATION OF THE ROMAN LAW SYSTEM; 2) THE FORMATION OF THE LATIN-AMERICAN LEGAL SUBSYSTEM; 3) THE SYSTEM UNIVERSALISM: RECEPTION, TRANSFUSION, COMMUNICATION, ELEMENTS OF RESISTANCE, SYSTEM OF REFERENCE FOR THE INTERPRETATION; 4) PARTICULARLY: SYSTEM ACKNOWLEDGEMENT AND SYSTEMATIC INTERPRETATION IN ITS PROPER AND PLAIN SENSE, WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE PROBLEMS OF HARMONIZATION AND UNIFICATION OF LAW.

### KEYWORDS

ROMAN LAW SYSTEM; LATIN AMERICAN LEGAL SUBSYSTEM; UNIVERSALISM.

### I A FORMAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO ROMANO

A. O complexo da experiência jurídica que se desenvolve da fundação de Roma até a codificação realizada por Justiniano e pelos seus juristas vê, desde as origens, *Iuppiter/Júpiter* tanto no vértice e na origem do ordenamento citadino quanto como ‘existência interétnica’, vigilante sobre *multa iura communia* (segundo a expressão em seguida usada por Cícero, em que *iura*, no plural, é contemporaneamente focalizada sob dois perfis, objetivo e subjetivo, que agora não mais conseguimos tomar juntos) de que virtualmente já eram parte todos os outros povos. Esse complexo, pois, inclui a paz com a divindade e, portanto, a dimensão religiosa e é aberto a todos os homens.

No interior deste complexo, nas origens, entre os “companheiros” da delimitação-fundação da *urbs*,<sup>1</sup> da constituição da *civitas* (termo que indica a cidadania como conjunto de cidadãos e como qualidade subjetiva e também a comunidade política), isto é, entre os *Quirites*, pela frequência das relações que entre eles correm, especifica-se um *ius Quiritium*, que depois passa a ser *ius civile*.

O dilatar-se das relações concretas com homens de outros povos se funda sobre a *fides*, seja para o cumprimento de atos, concluídos desde antes sobre a base de uma *publica fides*, seja para a solução de controvérsias: *fides* no magistrado, *praetor peregrinus*, ao qual se submetiam as partes para que ditasse a regra a ser aplicada, tutelando de modo precípua a *bona fides*; depois se reconhece, ao direito assim modelado, a qualificação de *ius gentium*.

Uma pesquisa das bases do direito, eventualmente também críticas mesmo com relação àquele direito produzido em resposta às ‘humanas necessidades’ (que incluía a guerra e a escravidão), modelou conceitos como *principia iuris* (princípios do direito) e *ius naturale*.

Encontramo-nos, então, diante de uma pluralidade de complexos de normas; muitos direitos comuns, direito civil, direito das gentes, direito natural, princípios do direito. Mas também diante da pluralidade de fontes de produção. Os elencos são muitos: natureza, razão natural, e, pois, lei, plebiscito, senátus-consulta, constituição do príncipe, edito do pretor, pareceres dos juristas, costume (com as suas pequenas/grandes variantes de que não é aqui o caso de evocar).<sup>2</sup> Pluralidade que também podia gerar uma relação dialética, que vemos especialmente marcada nas relações entre natureza e razão natural a propósito da liberdade e da servidão, mas relações entre *lex* e *ius*, na intervenção do magistrado (o *ius honorarium* pode ajudar, suprir, corrigir o direito civil), na elaboração do direito por parte da ciência jurídica (direito controverso). Pluralidade que é evidenciada na designação ao plural *iura populi Romani*.

B. Desde a época régia vemos emergir nesta pluralidade de *iura*/direitos do povo romano uma tendência à recondução à ordem unitária. De frente à pluralidade de leis régias, o jurista as recolhe *in unum*, em que a unidade não é somente um arquivo ordenado cronologicamente, mas, devemos considerar, segundo outros critérios.<sup>3</sup> Depois se chega às leis das XII Tábuas. Os desenvolvimentos enormes do direito em épocas sucessivas vêm primeiro de Quinto Múcio, depois seguido por outros, reconduzidos a uma unidade qualificada por um rigoroso perfil metodológico criado pela tendência e pelo esforço da elaboração de gêneros e da sua articulação em espécies que deles se torna constitutiva,<sup>4</sup> a serviço do papel que têm os juristas de manter reunido o direito, melhorando-o quotidianamente.<sup>5</sup> Enquanto Cícero indica o objetivo de *ius in artem redigere*/reportar o direito a uma exposição segundo critérios de gênero e espécie,<sup>6</sup> por Aufídio Namusa e por Alfeno Varo é elaborado o gênero literário dos *Digesta*,<sup>7</sup>

obras ordenadas, que depois é tomado pelos juristas de Justiniano. Nos textos justinianeus encontramos a aproximação deste *digerere* com o termo grego ‘sistema’. Vemos então se completar a fase inicial da autocompreensão do direito romano como ‘sistema’, que terá grandes desenvolvimentos em época moderna.

A tendência à ordem unitária se vale também do suporte ‘código’, já então incorporado ao discurso jurídico, e que, com relação à anterior forma do suporte rolo, apresenta uma maior facilidade de consulta em pontos diversos e de criação de ligações entre pontos diversos da mesma unidade textual material. E dele se vale com a criação de uma fonte de direito em que se realiza o concurso das duas outras fontes existentes: a lei e a ciência jurídica. Isto se faz sem excluir os costumes<sup>8</sup> (silenciando-se sobre o *ius honorarium*, mas o exame desta omissão é agora impossível, ainda que importante) e de modo aberto aos desenvolvimentos posteriores: as Novelas constituições etc.

Enfim, vale-se, aperfeiçoando-a, da locução *ius Romanum et commune*, que transforma em *ius Romanum commune*, que unifica conceitualmente aquela não eliminada pluralidade de *iura*, e da qual se prevê a interpretação harmônica, coerente, sem contradições, sistemática.

C. Feito pelos homens, em função de todos os homens e da paz destes com a divindade, este direito em constante unificação tende a estender a consideração de base igual dos próprios homens (*aequitas*), por meio da eliminação de algumas divisões, como aquela entre cidadãos e estrangeiros e potencialmente entre livres e escravos. Esse direito, por Celso definido como *ars boni et aequi*, com uma definição tomada para si por Justiniano e por seus juristas para os seus códigos, pode corretamente ser entendido como “sistema do bom e do justo” como fez Riccobono.

D. Este ‘sistema do direito romano’, além disso, distingue a sua existência e a sua vigência com relação ao seu governo por parte de instituições prepostas para torná-lo efetivo, coisa de fundamental importância,<sup>9</sup> mas que não se reflete sobre a existência e a vigência. Esta distinção é indispensável para entender corretamente a sua sucessão quer no período da formação do próprio sistema, com referência à pluralidade de povos e de *iura civilia*,<sup>10</sup> do surgimento e da expansão do *Romanum imperium*, ao qual ora fiz brevemente referência, quer nas épocas sucessivas e também hoje, em presença de ordenamentos estatais sobre ele fundados.

E. Nem todos os complexos de experiência jurídica se configuram como ‘sistemas’, ainda que nós, movendo-se do ponto de um direito elaborado como sistema, e no quadro de cultura ‘científica’ que tende à elaboração ‘sistemática’ também da realidade social, os ordenamentos, tendemos a ‘emprestar’ às experiências jurídicas alheias esta perspectiva, que é, ao contrário, própria do nosso direito.<sup>11</sup>

## 2 A FORMAÇÃO DO SUBSISTEMA JURÍDICO LATINO-AMERICANO

A. Não é aqui sequer possível acenar à sucessão do *Romanum imperium* e do seu direito depois de Justiniano: no Oriente, a continuidade, depois de ‘Constantinopla Nova Roma’, com, em época moderna, ‘Moscou Terceira Roma’; e, no Ocidente, a relação com o Sumo Pontífice na *Vetus Roma* / Roma antiga, a coroação de Carlos Magno, a ‘redescoberta’ da obra de Justiniano na Universidade de Bolonha com o sucessivo desenvolvimento das universidades, a *traslatio imperii de Graecis in Germanos* / transferência do Império dos gregos aos germanos, a contraposição entre instituições feudais e sistema do direito romano.

Podemos considerar que as grandes descobertas geográficas e a configuração de uma sociedade sobre a qual ‘não se põe jamais o sol’ abrem uma fase de grandes revoluções na história do sistema do direito romano, no curso da qual, com a superação da formação social feudal e da conexas contraposição entre feudalidade e direito romano imperial, chega-se à revolução francesa, à revolução para a independência na América Latina, à revolução de outubro, chinesa, e ao início de um período marcado pela codificação moderna (códigos e constituições).

Esta fase vê grande continuidade e grandes inovações, de que a obra dos juristas é a espinha dorsal: juristas e *nomoi* da tradição oriental, glosadores, comentadores, canonistas, humanistas, segunda escolástica, uso moderno das Pandectas, escola do direito natural; a pluralidade dos métodos e o acréscimo das perspectivas que compõem num sistema unitário, ao redor do *Corpus Iuris Civilis*, atos legislativos de todo tipo, costumes, direito da Igreja até o destacamento do *Corpus Iuris Canonici* etc. Se se deve, simplificando ao máximo, indicar uma constante, esta é dada pelo contínuo retorno ao *Corpus Iuris Civilis*. Todo novo movimento interpretativo reparte dos códigos de Justiniano e dos seus juristas; leva em consideração o que veio se acrescentando, mas reparte daquele *Corpus*, aberto, como acima dito, aos posteriores desenvolvimentos e capaz de dar a eles uma unidade.

B. «*La mayor cosa después de la creación del mundo, sacando la incarnación y muerte del que lo creó, es el descubrimiento de las Indias*». Se refletirmos sobre estes termos com que López de Gómara, dirigindo-se a Carlos V, qualificou a ‘descoberta’ da América ou o valor da expressão *Mundus Novus*, entendemos a dimensão da inovação que se percebia que tal descoberta dava ao sistema.

A segunda escolástica espanhola a afronta desenvolvendo a sua parte que é mais direta expressão da *natura* e da *ratio*, isto é, o direito das gentes e o direito natural; isto se realiza com uma acentuação da utilização dos resultados da reflexão filosófica, de matriz aristotélico-tomista. Tal desenvolvimento, sustentado pelo direito canônico (bula papal *Sublimis Deus* de 1537), traduz-se na proibição de reduzir à servidão os homens que em tal Novo Mundo são donos das suas próprias coisas

(R.P., Madri, 2 de agosto de 1530 e cap. 20-25 das *Leyes nuevas de Indias* de 1542), proibição que não consegue impedir nem muitos graves abusos nem o transporte para aí de escravos do Velho Mundo, mas também põe as bases de uma sociedade que depois renova a consciência do nexos entre *res publica*, independência e eliminação da escravidão (unidade da *libertas* como oposta a *regnum*, a *dominatio*, a *servitus*). A tal desenvolvimento se acompanham as disposições (1530 e 1555) de Carlos V sobre o respeito dos “costumes e as formas de viver” (*Recopilación de Indias* 2,1,4; 5,2,22) dos indígenas, forte expressão da perspectiva de Império atento à pluralidade dos povos e ao valor dos costumes, que acima evoquei, e também se acompanha da elaboração da doutrina das ‘duas repúblicas’, dos indígenas e dos espanhóis (*Instrucción* a Canete de 1556). Ulteriormente, a idéia do ‘Quinto Império’ do jesuíta português Padre Antonio Vieira (1608-1697), entre direito e profecia, abre a via para a idéia da ‘Roma Americana’ avançada por José da Silva Lisboa no momento da independência, em conexão com a formação dos juristas, radicados já na América.

A presença do sistema do direito romano codificado se nutre, em seguida, das migrações, principalmente dos espanhóis e dos portugueses, por meio das quais se realiza nos séculos XVI-XVIII uma ‘transusão’ do sistema e da já vista tradição ibérica, castelhana e lusitana: transferem-se as *Siete Partidas*, fundam-se as universidades (San Marcos de Lima e México em 1551); os navios espanhóis transportam para as Índias inteiras bibliotecas de direito romano comum e de direito régio e obras fundamentais foram estampadas na América. Desenvolveu-se a ciência jurídica indiana, do barroco americano, herdeiro de uma precoce superação das instituições feudais, seguida de lado por uma forte intervenção de um legislador distante cujas disposições nem sempre podem ser ‘cumpridas’ e que o jurista deve saber avaliar (*recurso de suplicación; la ley se obedece, pero no se cumple*) e por um exercício da jurisdição com vértices centrados e unificadores. Esta ciência (refiro-me a juristas como Hevia Bolanos, 1570-1623, J. de Solorzano Pereira, 1575-1655, até a F. J. de Gamboa, 1717-1794; a estes, em certo modo, poderiam ser ladeados os tratadistas e os decisionistas portugueses cujos escritos se projetavam sobre o território brasileiro, a começar por A. Velasco, 1526-1593, F. de Caldas Pereira de Castro, 1543-1597, A. da Gama Pereira, 1520-1595), vale-se do método e das soluções dos romanos para guiar a convivência daquela nova realidade dos povos naqueles grandes, inimagináveis espaços, que são pela primeira vez vividos e concebidos em modo articulado mas unificados pelo sistema do direito romano.

Esta unificação e esta capacidade de diálogo integrador com a realidade de outros povos e de uma específica região incide sobre o sistema e produz a articulação de um subsistema, cujos conotados vão emergindo em conexão com o reconhecimento da própria identidade como América.

C. A releitura dos códigos de Justiniano e dos posteriores desenvolvimentos sobre ele está na base daquele tornar próprio o direito romano que se renova na América Latina com a revolução para a sua independência: os códigos da transfusão do direito romano e da independência, que se iniciam com aquele do Haiti/São Domingos (1825) e sobretudo da Bolívia (1831), nos quais o *Code Napoléon* media a leitura com os códigos de Justiniano e vêm já no do Peru (1852) se flanquear uma releitura própria daqueles e do conjunto da tradição do direito romano comum da América Latina, àquela das contemporâneas releituras européias. Isto cresce nas obras de A. Bello (código civil do Chile de 1856), de A. Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Civis* de 1858 e *Código Civil. Esboço* de 1860-1865), de D. Vélez Sarsfield (código civil da Argentina de 1871) e se conclui com aquela de C. Bevilacqua (código civil do Brasil de 1917). Nestes códigos, que qualifiquei como ‘códigos da transfusão do direito romano e da independência’, melhor do que nos códigos europeus, a unificação jurídica de base da pessoa conserva a tutela romana da própria pessoa a partir da concepção e desenvolve da maneira mas extensa a aquisição e o gozo para todos os homens dos direitos previstos por estes mesmos códigos, sem diferença entre cidadãos e estrangeiros, sem condições de reciprocidade, numa perspectiva abertamente universalista. A releitura dos textos antigos é emblematicamente representada pelas *Notas* de Vélez ao código citado, ao seu articulado oficialmente ladeado por vontade do governo que o promulgava. Essa releitura está significativamente ligada às universidades, a partir da reforma da Universidade do Chile realizada por A. Bello, as quais põem no centro a formação do advogado, especialista das línguas comuns para a renovada convivência do continente, ‘república de repúblicas’ (S. Bolívar) que também se esfalfa para encontrar a própria forma. Assim amadurece a afirmação da romanidade do ‘nosso direito’ (A. Teixeira de Freitas), de um *mos Latinoamericanus iura legendi et docendi* com acentuado universalismo, o definitivo fazer próprio, à ‘Roma Americana’ precisamente (*supra*), o sistema na sua unidade, especificidade, capacidade de resistência e de contribuição própria ao sistema.

Nos decênios imediatamente sucessivos, a este amadurecimento político-institucional-cultural da região concorre, graças à obra do jurista brasileiro Clovis Bevilacqua, o reconhecimento da especificidade do subsistema jurídico dessa mesma região, no âmbito do sistema jurídico romanista, especificidade conexas ao seu mais intenso romanismo<sup>12</sup>. Esta perspectiva científica é depois tornada própria na ciência jurídica mais qualificada do século XX (Argentina: E. Martínez Paz, Manuel Laquis; peruana: Carlos Fernandez Sessarego; colombiana: Fernando Hinestrosa; chilena: A. Guzmán Brito etc., e também européia: F. W. von Rauchhaupt, P. Catalano, H. Eichler, eu mesmo etc.). Esta perspectiva supera o eurocentrismo cultural e reconhece a pluralidade dos povos e de elaborações científicas das quais se acresce o sistema romanista.

Parece-me relevante sublinhar que esta perspectiva é conexas à distinção delimitada entre o sistema jurídico e as formas por meio das quais é trazido à efetividade e o

utiliza; a distinção que introduz não se refere diretamente aos diversos ordenamentos estatais, dos quais se cercam ‘famílias’, ou semelhanças das normas vigentes, ou do ‘estilo’, ou comuns ‘modelos’, mas coloca sob a luz perfis estruturais do próprio sistema, aderindo à sua realidade histórica e cultural. Já na precedente ocasião, acima recordada, no esforço de especificar aqueça referência a um mais ‘intenso romanismo’ do direito latino-americano, trazido à luz por Bevilacqua, elenquei, sob a escolta da bibliografia existente, a) que o subsistema jurídico latino-americano fica mais aderente à romana concepção concreta e aberta de homem e desenvolve, sobre a base de tal linha, como já se disse, seja a proibição da escravidão para os indígenas, seja a afirmação do gozo geral por parte de todos os homens, cidadãos e estrangeiros, dos direitos tutelados pelos códigos civis, seja a consideração dos nascituros; b) que o subsistema jurídico latino-americano desenvolve a relação entre códigos e sistema por meio do reenvio aos princípios gerais de direito, que não isolam os próprios códigos da interpretação e da integração guiada pelo sistema (ponto sobre o qual retornarei em breve); c) que esse sistema desenvolve um direito público rico de tensões entre elementos diversos, entre os quais, além de outros, a concepção de povo, da cidadania latino-americana, dos municípios, das comunidades, das universidades, que está em posição dialética perante a hegemonia da concepção do estado absoluto territorial nacional e está aberto a fermentos de elevado significado democrático em relação ao domínio da tecno-estrutura; d) que nesse sistema há uma viva problemática de abertura perante as instituições indígenas de origem pré-colombiana, isto é, de coexistência destas com o contexto geral; e) que nesse sistema a disciplina de alguns setores do direito tem uma específica possibilidade de se harmonizar e/ou de se unificar, com referência a diversos ordenamentos, que se traduziu na original forma dos ‘códigos modelo’ (também sobre este ponto retornarei em breve); f) que, além de diversas outras especificidades, o subsistema, enfim (refiro-me especificamente ao direito das obrigações e aos aprofundamentos doutrinários sobre os princípios segundo os quais deve ser regulada a dívida externa e, em primeiro lugar, à proibição de usura), com a proposta de reconhecimento e afirmação desses princípios por parte da Corte Internacional de Justiça para a tutela de todos os homens, em particular dos mais fracos, manifesta a permanente vitalidade do universalismo do direito romano de que emana<sup>13</sup>.

### **3 UNIVERSALISMO DO SISTEMA: RECEPÇÃO, TRANSFUÇÃO, COMUNICAÇÃO, ELEMENTOS DE RESISTÊNCIA, SISTEMA DE REFERÊNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO**

A. O sistema jurídico romanista, pluralidade de *iura populi Romani* e *ius Romanum commune*, articulado e unitário, lei e ciência jurídica com as suas controvérsias, codificado

e aberto aos costumes, constituído por e para os homens concretos, é ‘transferido’, ‘transfundido’ com os próprios homens, com os seus livros e códigos; é ‘recepicionado’, ‘tornado próprio’; ‘íntegra’ em níveis de unidade superior contribuições entre si diversas e as assumindo dentro de uma perspectiva universalista; ‘resiste’ perante as instituições que estejam em contraste com os próprios princípios; seleciona, elabora e ‘unifica’ conceitos, princípios, institutos e normas que são ‘patrimônio comum da humanidade’.

Além da supra acenada formação do sistema jurídico latino-americano, gostaria de poder fazer um aceno a estas diversas formas da história do sistema, ainda com referência a outras experiências, mas não é ora possível.

B. Faço somente um breve aceno, ao invés, à comunicação que se abriu entre subsistema jurídico latino-americano e ordenamento jurídico chinês, porque a recente tradução e publicação na China do código civil argentino e do código civil chileno, traduzidos em chinês, pelo professor Xu Diyu, e por último do código civil do Brasil de 2002, traduzido em chinês pelo Dr. Qi Jun, são, em minha opinião, fatos relevantes<sup>14</sup>.

Se, em termos de crônica, o contato entre Xu Diyu e o direito latino-americano emanou de um projeto concebido em Pequim em 1994, no I Congresso sobre: “Direito romano. Direito chinês. Codificação do direito civil na China”, por mim organizado com os colegas da Universidade da China de Ciências Políticas e Direito, e a sua realização é devedora ao colega professor Hinestrosa e também ao colega professor Rinaldi, estas traduções, todas sustentadas na China pelo Centro dirigido pelo professor Xu Guodong, não são, porém, somente um momento de intercâmbio cultural; estas traduções são relevantes sob um perfil jurídico da construção do ‘comum sistema de referência’.

C. Come se sabe, a China, em 1902, decidiu se abrir aos direitos ocidentais e os juristas chineses Shen Jiaben e Wu Tingfang foram convidados para a Inglaterra, América do Norte, Espanha e Peru para conhecer os direitos destes países; Wu Tingfang, ao seu retorno, foi nomeado Ministro para a revisão das leis. Os contatos científicos se multiplicaram e a China se orientou em direção do sistema do direito romano, preferindo-o ao sistema de *common law*. Já antes da China, o Japão havia feito uma escolha análoga e, em 1898, havia entrado em vigor o seu Código Civil, que inseria o ordenamento deste país entre aqueles conformados pelo sistema jurídico romanista, ou de direito codificado. No realizar tal recepção, o Japão fora assaz influenciado pela ciência jurídica francesa e pela pandectista alemã, radicadas nos códigos justinianeus e respectivamente autoras dos códigos napoleônico (1804) e código civil alemão (1900). Estes três pontos de referência, francês, alemão e japonês, influenciaram certamente sobre a escolha chinesa, mas consideraram que devem ser individualizados também os motivos endógenos, isto é, sejam próprios da China,

sejam próprios do sistema de direito romano no seu conjunto, para além das suas concretizações individuais, constituídas pelas pré-mencionadas experiências. De qualquer forma, foi realizado um primeiro projeto de código civil (1908) que não foi aprovado pela crise do império que levou à instauração da república (1911). O código de 1931 não penetra na sociedade pela guerra movida pelo Japão e pela sucessiva grande revolução que desembocou, em 1949, na instauração da República Popular da China (o código de 1931 está em vigor em Taiwan). A Universidade, criada em 1904, previa a faculdade de direito e se torna de novo motor do desenvolvimento do direito. Depois do período do niilismo jurídico da assim chamada revolução cultural (1958-1977), a República Popular da China conservou a orientação em direção ao sistema do direito romano, influenciada também pela sua concretização em curso de atuação nos países socialistas, encontrando em Moscou um modelo em tal sentido. Depois do período da ‘revolução cultural’ e do assim chamado ‘niilismo jurídico’ (1958-1977), a China, ao se propor construir um novo ordenamento jurídico que buscasse conciliar de modo original as garantias sociais com a economia de mercado, confirmou a sua orientação verso o sistema do direito romano. Ela, então, propôs-se a elaborar um código civil apto a este objetivo e o está fazendo elaborando primeiro leis sobre setores específicos que depois confluirão em tal código que se prevê possa ser completado até 2010 (tal processo começou em 1986, com a lei sobre princípios gerais; ele amadureceu uma etapa bastante importante em 1999, quando entrou em vigor uma extensa lei sobre contratos; momento de ulterior grande relevo é a aprovação da lei sobre direitos reais, havida no ano de 2007).

Demonstrando um grande conhecimento dos delicados mecanismos do nosso sistema jurídico e dando novos instrumentos à tradicional forte presença de uma classe de intelectuais na própria vida pública, a China paralelamente colocou em ação um grande esforço para a formação dos juristas, fundando também universidades especificamente a isso destinadas. A China, assim, iniciou a progressiva difusão, no aparato judiciário e administrativo, assim como nas profissões, de operadores formados em direito, nas universidades, e, note-se, na ciência jurídica do sistema do direito romano e na sua forte própria lógica interna, na verificabilidade das suas conclusões, que a mesma ciência jurídica chinesa é chamada para reinterpretar criativamente, com a coerência de que tais operadores são responsáveis; novos operadores do direito que vão, com o tempo, substituindo os precedentes operadores formados no aparato militar e de partido, na gestão do poder e dos conflitos, na solução das controvérsias segundo lógicas não diferenciadas daquelas políticas ou organizativas, ou, eventualmente, mais ou menos, conscientemente, tradicionais.

A cultura chinesa levou em conta como o sistema deve ser tomado a partir das raízes, das fontes antigas que contêm os princípios de que o sistema se desenvolveu, e pior isto não quis se limitar a conhecer os esquemas jurídicos previstos nos nossos códigos, mas quis adquirir o conjunto dos conceitos, princípios, institutos de que tais

esquemas são formulações atuais; ela compreendeu que somente tomando plenamente para si o sistema o poderá livremente adotar conforme as suas próprias exigências.

D. Neste contexto, o significado que eu reconheço ao trabalho de tradução de Xu Diyu e de Qi Jun está ligado à ‘comunicação’ interna ao sistema do direito romano, sistema universalista, e ao papel de sistema de referência que esse tem ou tende a ter no desenvolvimento do ordenamento da República Popular da China. É ligado ao fato de que os três lembrados códigos, no sistema de que são expressão, como desenvolvimentos dos códigos justinianeus, vêm a constituir elementos essenciais do sistema, ou melhor, elementos essenciais daqueles desenvolvimentos dos códigos justinianeus que sobre estes vieram se acrescentando e sobre a base dos quais, globalmente considerados, elabora-se também a interpretação que constantemente seleciona os princípios gerais e deve orientar todo ordenamento do sistema.

E. Além desta experiência, gostaria de indicar aquela da relação entre o sistema do direito romano e o conjunto de experiência jurídica do direito muçulmano.

A inserção dos códigos nos países de direito muçulmano é ora setorial, ora limitada a alguns dos países que usam tal direito. Assaz importante é a experiência egípcia que começa com o código civil nacional egípcio (1875 e 1883), no qual são assumidos conteúdos do sistema romanista que, em seguida, desenvolve, com grande prudência, sobretudo com a emergência de uma nova ciência jurídica, da qual o expoente mais significativo é al-Sanhuri, e produz o código civil egípcio de 1948, vigente. A recente edição no Cairo (2005) da tradução em língua árabe das Instituições de Justiniano, num momento em que a referência ao ordenamento francês para a interpretação do próprio código se atenua, parece-me uma indicação assaz significativa, a ser estudada, mas não é possível para mim agora ampliar este ponto.

Estas observações, ao invés, conduzem-me ao último ponto da minha exposição, que proponho em termos assaz breves.

#### **4 RECONHECIMENTO DO SISTEMA E INTERPRETAÇÃO “SISTEMÁTICA” EM SENTIDO PRÓPRIO, OU SEJA, CONFORME AO SISTEMA, COM PARTICULAR REFERÊNCIA AOS PROBLEMAS DA HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DO DIREITO**

A. O reconhecimento do sistema jurídico romanista, e do subsistema latino-americano, assim como de outros sistemas, tem uma fundamental relevância sobre a interpretação dos ordenamentos que sobre ele se fundam e torna evidente que é inadequada uma interpretação assim chamada sistemática só de um ordenamento isolado em si mesmo. O sistema não é, ou não é somente, um estilo de trabalho dos juristas; não individualiza uma parentela, uma semelhança entre ordenamentos ou dos assim chamados modelos comuns que os ordenamentos adotam. Ele comporta

ainda mais: ele é o 'sistema de referência' para a interpretação da legislação dos ordenamentos que sobre ele se fundaram.

O sistema do direito romano e o subsistema latino-americano, na sua rica e complexa composição já acenada, oferecem os seus princípios e os seus desenvolvimentos para orientar as legislações dos ordenamentos que sobre eles se fundam, e evitam incoerências que paralisam a sua eficácia. Eles não podem não ser tomados em conta de modo fundamental na própria interpretação de todo artigo de toda lei de todo ordenamento que sobre ele se funda, e são também a base para a sua integração interpretativa das lacunas dos próprios ordenamentos. Eles produzem, assim, uma harmonização de tais diversos ordenamentos do sistema e de todo subsistema.

Em modo complementar, esta perspectiva impõe um trabalho de constante reconstrução dos conceitos, princípios, institutos, por um lado num quadro de coerência com o sistema geral do direito romano, por outro lado atento às suas próprias especificidades, as quais também podem se tornar, por sua vez, uma contribuição ao sistema geral.

Os princípios não são o resultado de uma estatística e da maioria de opiniões ou de regras, mas, segundo o mesmo critério substancial que propôs Justiniano aos juristas que realizaram os seus códigos, a enucleação deles comporta a avaliação comparativa de todos os dados existentes e a escolha ou elaboração da solução melhor e mais justa.<sup>15</sup> Realizar esta análise é imposto pela existência do sistema: para interpretar corretamente um conceito, um princípio, um instituto ou uma norma no interior do sistema, deve ser cumprida uma reconstrução unitária segundo a plenitude da sua dimensão própria.

Existência do sistema; seu valor produtivo e sua eficácia prescritiva de uma interpretação 'sistemática em sentido próprio', confirmada pelo papel de reenvio aos 'princípios gerais', caracterizam então o direito comum da América Latina e impõem a sua reconstrução unitária e harmonizada no nível do sistema, realizada pela doutrina.<sup>16</sup>

B. A experiência de integração na América Latina foi vivaz e rica de resultados, ainda que freqüentemente não duradouros (ALALC, ALADI, SELA, Grupo Sub-Regional Andino, Mercado Comum Centro-Americano, CARICOM), e, agora, depois de um período difícil, é de se augurar uma sua retomada em primeiro lugar com relação à particular cooperação constituída pelo Mercosul, que também manifesta uma notável capacidade atrativa diante de países não inicialmente envolvidos.

Não é esta a sede para uma análise das formas destas cooperações e das normas específicas que em relação a elas se produzem, mas é certo que todas elas intensificam a circulação de pessoas e de bens em áreas mais extensas que o território dos estados individuais e solicitam superar, ao menos para alguns setores ou para os tipos de relações que mais freqüentemente se verificam, a pluralidade de normativas. Para

tais relações, de fato, que cada vez mais se desenvolvem com uma série complexa de fatores de referência, as soluções propostas pelo direito internacional privado, que depois produzem a aplicação de normas dos direitos internos, mais que dotadas de insuficiente certeza, aparecem não correspondentes à real natureza da relação em todos os seus possíveis perfis e na sua substancial unidade. Mas também inadequada parece a perspectiva de os considerar contratos transnacionais, dado que a realidade em que se colocam tende, rapidamente, a ser objetivamente aquela de uma nova dimensão unitária de uma nova sociedade de cidadãos pertencentes a estados diversos, para a qual não se colhe a diferença entre relações que deveriam ser reguladas pelo direito interno de um estado, isto é, por um direito previsto para as relações que não tenham elementos de internacionalidade e relações que deveriam ser reguladas com uma outra normativa. Podemos dizer que esta nova realidade não foi prevista pelo legislador que foi autor das normas de direito internacional privado dos países interessados pelos ditos processos de integração, normas que eram concebidas para regular as relações de pessoas pertencentes, diferentemente daquilo que ora se está produzindo, a sociedades separadas. Para esta nova realidade, as normas do direito internacional privado são inaplicáveis. Há aí, então, uma lacuna da legislação. Diante de tal lacuna, o recurso aos princípios gerais é previsto.

Aqueles princípios, cuja enucleação vale para orientar uma interpretação harmonizada dos ordenamentos, diante de novas realidades valem também diretamente para as regular em um modo que é estruturalmente uniforme. Disso também deriva uma motivação para traduzi-los em articuladas formulações normativas comuns, particularmente naqueles setores em que o recurso a eles pode ser mais freqüente, como em matéria de obrigações, e para reconstituir um renovado *ius gentium*.<sup>17</sup>

C. Antecipando-se que não pretendo que a matéria do direito das obrigações seja a única para a qual uma elaboração do direito atenta à dimensão continental latino-americana seja útil (de fato, penso que uma tal utilidade esteja presente também, por exemplo, em matéria de direito ambiental ou de tutela do consumidor ou de *defensor del pueblo* etc.), todavia considero que a elaboração de um ‘código tipo/modelo’ de direito das obrigações por parte do sistema jurídico latino-americano seria também de particular unidade para todo o sistema. Um tal código, radicado nos princípios gerais do direito e além disso alimentado pela reflexão jurídica sobre razões da experiência que os povos da América Latina estão sofrendo no atual processo da assim chamada globalização guiada por hegemônicos interesses financeiros, poderia constituir um ponto de referência de alto significado por maturidade técnica, aderência às exigências hodiernas, princípios que o inspirariam: ele, de fato, poderia ser capaz de interpretar as exigências ora internas ao continente, ora mais geralmente de todas as regiões e particularmente dos países em via de desenvolvimento, partícipes de um comercio internacional cada vez mais intenso num mundo

que está marcado por graves divisões e é ainda privado de instituições capazes de governar a economia reequilibrando as posições das partes contraentes, realizando assim uma proposta e uma contribuição para o crescimento do direito comum da humanidade e assim fazendo crescer concretamente aquela perspectiva de unificação do direito em nível global que de outro modo ou são abstratas utopias ou correm o risco de espelhar as exigências das partes mais fortes.

D. Esquematizando, considero que:

- no quadro dos trabalhos para a unificação do direito, em matéria de direito dos contratos, com os *Principi dei contratti commerciali internazionali di Unidroit* e com os projetos em curso de elaboração na Europa, com referência a âmbitos diversos (global e do comércio internacional num caso; regional europeu ocidental no outro) tenham sido realizados (ou estejam em curso de realização) recentemente importantes contribuições;

- seja indispensável que semelhantemente cresçam idôneas elaborações na América Latina que considerem três ordens de fatores convergentes:

- a) a unidade e especificidade do sistema jurídico latino-americano, cuja individualidade pode resistir e crescer, a partir da própria base no direito romano, intensificando a pesquisa dos princípios que inspiram um seu desenvolvimento harmônico mesmo nas diferenças;
- b) a necessidade da elaboração de um *ius gentium*, necessidade urgente com relação aos processos de integração em ação em nível regional ou subregional, e que, na situação de lacuna da lei, pode e deve encontrar uma resposta no desenvolvimento dos pré-mencionados princípios;
- c) a utilidade da elaboração dos pré-mencionados princípios como um ‘código modelo’ de direito das obrigações e contratos da América Latina que se insira no debate global sobre tal matéria, aportando com incisividade a voz desse continente, a sua elevada cultura jurídica e também os resultados da reflexão amadurecida sobre dramáticas conseqüências da falta de respeito aos ditos princípios e regras na abertura do assim chamado mercado global.<sup>18</sup>

Os códigos de Justiniano, os nossos códigos, devem circular nas mãos dos juristas. Onde um código for insuficiente, valem os outros e, em primeiro lugar, os princípios a serem extraídos dos textos de Justiniano à luz dos códigos modernos, mas também com a capacidade de examinar atentamente, de selecionar o melhor; de verificar os conceitos e as normas, de enriquecê-los.

NOTAS

1 D. 50,16,239,6: *Urbs ab urbo appellata est: urbare est aratro definire* / chama-se *urbs*/cidade de *urbum*/rabiça; urbanizar é deslindar com o arado.

2 Gai. 1,1-7; J. 1,2; D. 1,1,7; D. 1,2,2,12.

3 D. 1,2,2,2.

4 D. 1,2,2,41.

5 D. 1,2,2,13.

6 Cic., *de oratore* 1,42,187 ss.

7 D. 1,2,2,44, e D. 28,1,25 etc.

8 Const. Tanta-Dédoken 7.

9 J. 1,2,9; D. 1,3,32 ss.; C. 8,52.

10 D. 1,2,2,13.

11 J. 1,2,2; D. 1,3,32pr.

12 S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1999.

13 C. Bevilaqua, *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*, 2.<sup>o</sup> ed., Bahia, 1897.

Cf. D.F. Esborraz, *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (I) La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, 2006, 5 ss.

14 S. Schipani, *El derecho romano en el Nuevo Mundo*, in *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho*, coordenador D.F. Esborraz, México, 2006, 1 ss.

15 Cf. Xu Guodong, *Il diritto romano come ponte tra diritto cinese e diritto latinoamericano*, in *Mundus Novus. America. Sistema giuridicolatinoamericano*, cuidado por S. Schipani, Roma, 2005, 431 ss. (= in *Roma e America. Diritto romano comune*, 19-20, 2005, 431 ss.).

16 Cfr. Deo auct. 6; permito-me sublinhar o valor do comparativo (*melius et aequius*) e a tensão à superação que implica. Sobre o problema do *ius controversum* e da contínua superação da pluralidade de perspectivas, cfr. S. Schipani, *Los códigos de Justiniano y el sistema del derecho romano*, in *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a Fernando Hinestroza*, 3, Bogotá, 2003, 261 ss.

17 S. Schipani, *Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano*, in *Código Civil Peruano. Diez Años. Balance y perspectivas*, 1, Lima, 1995, 13 ss. (=, com o título: *(Los jueces/los interpretes) deben aplicar los principios generales del derecho, particularmente los del derecho latinoamericano. (Utilidad de modificar el artículo VIII del Tit. Prel. del Cc. Peruano de 1984)*, in *El Derecho*, 33, 1995, 2 ss.).

18 A 'unidade social do Continente' estava fortemente presente nos codificadores do século XIX e em seu nome Manuel Ancisar, que estava em Santiago do Chile na Legação da Nova Granada em 1856, pediu a Bello diversas cópias do seu código para que fosse adotado na Colômbia, e por meio dos códigos se facilitasse a sua formação (essa era 'apetecida'). Tal unidade induz também o Equador a escolher tal código. Ulteriormente: a Conferência de Lima de 1877-78 começara com a perspectiva de adotar um direito material uniforme, mas, como em outros casos, a configuração que olhava para a Europa veio a prevalecer e a unificação se limitou a se orientar sobre as normas de direito internacional privado.

19 AA.VV., *El Contrato en el Systema Jurídico Latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo*, Bogotá, 1998; AA.VV., *El Contrato en el Systema Jurídico Latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo*, II, Bogotá, 2001; *Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho de los Contratos*, coordinador D.F. Esborraz, México, 2006.

*Sandro Schipani*

Piazzale Aldo Moro 5  
00185  
Roma - Itália  
[sandro.schipani@uniroma1.it](mailto:sandro.schipani@uniroma1.it)

PROFESSOR ORDINARIO DA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI ROMA I "LA SAPIENZA"