PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO. MARCAS ROMANAS (*)

FRANCISCO AMARAL (**)

INTRODUÇÃO

Proponho-me aqui a apontar algumas das principais marcas do direito romano no Código Civil brasileiro de 2002, particularmente no direito contratual, mais propriamente nos princípios contratuais da boa fé e do consensualismo.

Devo preliminarmente salientar que esse Código representa hoje o último estágio do processo histórico do direito romano *lato sensu*, aqui entendido como a tradição romanista e o direito comum da civilização ocidental.

No apreciar a influência do direito romano no Código Civil brasileiro devo fazer uma breve, mas indispensável referência a Teixeira de Freitas, o jurisconsulto que iniciou, no século XIX, o processo de codificação civil brasileira, primeiro com a sua *Consolidação das Leis Civis*, e depois com o *Esboço* de Código Civil ([1]).

Sua grande preocupação foi a de criar um sistema jurídico a partir do material legislativo de que dispunha, seguindo as regras da sistematização científica, indo do mais simples ao mais complexo, reunindo as normas jurídicas em institutos e estes em corpos legislativos, a partir da distinção dos direitos em reais e pessoais, sobre o que, em sua opinião, repousava todo o sistema de direito civil. Seguia assim o pensamento de Leibnitz, segundo o qual os sistemas são conjuntos unitários de elementos que têm, entre si, relações de cordenação e de subordi-

---

(*) Palestra proferida nos XI Congresso Internacional e XIV Congresso Ibero-Americano de Direito Romano, realizados pela Faculdade de Direito de Lisboa, em colaboração com a Associação Ibero-Americana (AIDROM) e em memória do Professor Ruy de Albuquerque, sobre o tema "*O sistema contratual romano. De Roma ao direito atual*", Lisboa, de 4 a 6 de fevereiro de 2009.

(**) Professor Doutor *honoris causa* das Universidades de Coimbra e Católica Portuguesa, Titular de Direito Civil e Direito Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

([1]) Silvio Meira, *Teixeira de Freitas. O Jurisconsulto do Império. Vida e obra*. 2.ª ed., Brasília, 1983, p. 181.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

nação. O material de que dispunha era caótico, compreendendo os preceitos das Ordenações Filipinas, «que eram pobríssimas», as regras de direito romano, de aplicação subsidiária, e os atos legislativos que formavam o direito português da época.

Na sua obra de sistematização, adotou o método de primeiro conhecer o direito vigente, consolidando-o, para depois codificá-lo. Surgiu assim, em 1857, a *Consolidação das Leis Civis*, dando início, em 1859, ao projeto de Código Civil a que deu o nome de *Esboço*. Suas fontes, na matéria das obrigações, foram os juristas romanos clássicos, Ulpiano, Paulo, Pompônio, Papiniano, Modestino e Gaio. Suas influências doutrinárias foram Savigny, Zachariae, Molitor, Ortolan, Mainz, Ortolan, Pothier, autores que lia na versão francesa de suas obras. Com o seu trabalho, Freitas, que se considerava, orgulhosamente, de ser romanista, divulgou o direito romano e consolidou a sua influência na região sul-americana ([2]).

O Esboço serviu de base para a obra de Clóvis Beviláqua, o autor do Código Civil de 1916. Neste trabalho, é manifesta a influência das *Instituições* de Gaio, de Justiniano e do Digesto, a que ele recorria sempre, o que levou Lafayette Rodrigues Pereira, outro grande civilista posterior a Freitas, a afirmar que "o direito romano era a fonte mais abundante das regras do direito brasileiro" ([3]). Não é, portanto, de admirar, que dos 1.807 artigos do Código Beviláqua, mais de quatro quintos, isto é, 1.445, sejam "produtos de cultura romana", diretamente extraídos do *Corpus iuris civilis* ou, indiretamente, das legislações que da mesma fonte se serviram, especialmente a portuguesa, a alemã, a francesa e a italiana.

No que respeita ao novo Código Civil brasileiro, de 2002, ele mantém, no possível, a estrutura e a redação básica do Código Civil de 1916, no possível atualizando-o, porém, com novas figuras e institutos, e redistribuindo a matéria de acordo com a moderna sistemática civil, isto é, uma Parte Geral e uma Parte Especial, esta compreendendo os livros das Obrigações, de Empresa, dos Direitos Reais, do Direito de Família e do Direito de Sucessões. A destacar-se, também, agora no campo estrutural, é o enriquecimento do código com princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, do que resultou um texto aberto e flexível, que supera o formalismo do sistema de 1916 e permite significativa mudança no modelo metodológico de realização do direito, contrário ao do legalismo positivista dominante.

([2]) Silvio Meira, *O Jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freita em face do direito universal*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di Sandro Schipani, Cedam-Padova, 1988, p. 72.

([3]) Aloysio Ferraz Pereira, *O uso brasileiro do Direito Romano no Século XIX. Papel de Teixeira de Freitas*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di Sandro Schipani, Cedam-Padova, 1988, p. 90.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

Pode-se assim, dizer que, de modo geral, a presença do direito romano no Código de 2002 é equivalente à do Código de Beviláqua, pelo que as referências às fontes romanas neste texto servem para ambos os códigos.

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Objetivo deste trabalho é destacar as marcas do direito romano em alguns princípios do direito contratual brasileiro, designadamente a boa fé o e consensualismo, pela relevância que apresentam na vida jurídica.

Consideram-se aqui os princípios como fundamentos que servem de alicerce ou de garantia e certeza a um conjunto de juízos (4), pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e para a constituição de normas e institutos jurídicos (5). As cláusulas gerais, por sua vez, são preceitos jurídicos vazios ou incompletos, disposições normativas abertas, vagas que, por sua generalidade e abstração, podem compreender um amplo número de casos, remediando o inconveniente típico das *fattispecies* de construção casuística, o que permite ao intérprete criar, com mais liberdade, a norma adequada aos casos concretos que enfrentem. Cláusulas gerais freqüentes no novo Código Civil são a boa fé, os bons costumes, a ordem pública, a correção, a diligência do bom pai de família, o abuso de direito, os usos do comércio, a equidade.

Sejam fundamento ou critérios de interpretação, os princípios contribuem para a unidade e permanência do sistema, dando-lhe o sentido de uma ordem axiológica (6), o que se reflete, também, na interpretação do novo código. Contribuem, também, para tornar flexível a estrutura do sistema, o que se reflete no processo de interpretação e realização do direito. A existência desses princípios e a profusão de inúmeras cláusulas gerais flexibilizam a ordem jurídica do Código e favorecem o processo de jurisdicização que vem marcando a sociedade pós-industrial, e que se traduz na crescente importância e responsabilidade do juiz e dos juristas que, à semelhança dos poderes de Hércules, devem reunir extraordinárias faculdades de conhecimento e de juízo (7) para formular novas e adequadas estruturas jurídicas de resposta aos problemas da sociedade contemporânea.

A diversidade de princípios enseja a sua classificação. Consideram-se prin-

(4) Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 18.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 60 ss.

(5) Sandro Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, p. 83 ss.

(6) Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 280 ss.

(7) Ronald Dworkin, *Talking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co.Ltd., 1977, p. 105 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

cípios constitucionais, superiores, fundamentais, no direito brasileiro, os princípios da *soberania*, da *cidadania*, da *dignidade da pessoa humana*, o dos *valores sociais do trabalho* e da *livre iniciativa*, e o do *pluralismo político*, que estão no texto constitucional ([8]). No direito civil, particularmente no campo das obrigações, objeto de nosso interesse imediato, são princípios institucionais, ou legislativos, os princípios da *autonomia privada*, da *boa fé e* da *responsabilidade patrimonial*. Em matéria contratual, destacam-se ainda os princípios do consensualismo, da força obrigatória do contrato, e o da relatividade dos efeitos do contrato. Interessam-nos aqui os princípios da boa fé e o do consensualismo.

OS PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL

Uma especial e necessária referência aos princípios gerais do Código Civil, princípios que o legislador, jurista e filósofo, sempre teve em mente na sua tarefa de elaborar o novo diploma, diretamente ligados aos princípios constitucionais e aos princípios institucionais das obrigações. São os princípios que ele denomina de *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade* ([9]) ou concretude.

1. O *princípio da socialidade* traduz a ideia de que o novo Código deve superar o individualismo do Código de 1916, fazendo-se prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana ([10]).

Esse princípio realiza-se nos limites intrínsecos que o Código de 2002 estabelece para o exercício de direitos subjetivos, particularmente os direitos absolutos. No que respeita à propriedade, sendo ela um dos fundamentos do sistema de direito civil patrimonial, o direito subjetivo mais complexo e absoluto, a pedra de toque dos códigos civis da modernidade, é nas suas disposições gerais que o código mais enfatiza esse princípio, dispondo que o exercício do direito de propriedade deve atender às suas finalidades econômicas e sociais, preservando o ambiente, o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico, bem como evitando a poluição do ar e das água ([11]). E mais se enfatiza ainda ao dispor, também, o Código que o proprietário pode ser privado do seu bem, se esse consistir em um imóvel reivindicado, de extensa área, e for objeto de posse ininterrupta e de boa fé, por mais de 5 anos, de considerável número de pessoas, que nele tenham

([8]) Constituição da República, art. 1.º

([9]) Miguel Reale, *O Projeto de novo Código Civil*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 7 ss.

([10]) Miguel Reale, *O Projeto de novo Código Civil*, p. 7 ss.

([11]) Código Civil, art. 1.228, par. 1.º

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

realizado obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante ([12]). Outra aplicação, também, desse princípio, agora no campo das obrigações, é o reconhecimento da função social do contrato. Este deve ter um papel orientado para o bem comum e a justiça social, não devendo prejudicar terceiros ([13]). É mais um limite ao exercício de autonomia privada.

2. O *princípio da eticidade* recomenda que se atribua maior importância aos critérios éticos-jurídicos do que aos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica ([14]). Isso implica um maior conhecimento teórico do direito, na medida em que uma das funções da doutrina é precisamente a de auxiliar o juiz e o legislador no processo de criação normativa e, também, um maior grau de poder e de responsabilidade do juiz, chamado não mais a aplicar, uma regra pré-estabelecida mas a criar o direito para o caso concreto. Desse modo, o novo Código reconhece no juiz, como já mencionado, o poder não só de suprir lacunas como também de construir, quando necessário e previsto, a norma adequada aos valores éticos em que se fundamenta o direito civil brasileiro. A consideração deste princípio demonstra a não aceitação, pelo legislador, do tradicional dogma da plenitude do sistema jurídico, que passa a ser considerado como um sistema aberto, flexível e lacunoso, do que deriva a necessidade de recurso à integração, uma das funções que se atribuem aos princípios jurídicos.

O significado desse critério é, porém, mais extenso, não se limita à crítica da sistematicidade lógico-formal do positivismo. Represente ele também a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional ([15]) o que o aproxima do princípio da boa fé, considerado no seu sentido ético, objetivo.

Aplicações do princípio da eticidade no Código Civil encontram-se, ainda, por exemplo, no art. 157 que, inovando relativamente ao Código de 1916, introduz a lesão no elenco dos defeitos do negócio jurídico, tornando-o anulável. A lesão como prejuízo econômico resultante da desproporção entre as prestações de uma relação contratual, recebendo uma das partes mais do que efetivamente dá ([16]).

Outro exemplo da influência do princípio da eticidade é a consideração do estado de perigo, que se configura quando alguém, premido da necessidade de

([12]) Código Civil, art. 1.228, par. 4.º

([13]) Código Civil, art. 421.

([14]) Miguel Reale, *O Projeto de novo Código Civil*, p. 8 ss.

([15]) Miguel Reale, *O Projeto de novo Código Civil*, p. 9 ss.

([16]) Nesse sentido, dispõe o Código Civil que ocorre a lesão, quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Código Civil, art. 157).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa ([17]).

Também de modo coerente com tal princípio, no sentido de um equilíbrio econômico contratual, prevê o código a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva, dispondo que, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato ([18]).

3. O *princípio da concretude*, o terceiro princípio enunciado pelo legislador, é o princípio da operabilidade, ou da concretude ([19]), essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica, mais propriamente de metodologia de realização do direito. Sendo uma das tarefas da metodologia jurídica explicitar a estrutura de concretização da norma no caso particular, o princípio da operabilidade, ou da concretude, representa o critério metodológico que o legislador aponta ao intérprete do Código Civil: a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance das regras, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada, por meio de um raciocínio que se desenvolvendo a partir do caso concreto. As regras de direito são proposições lingüísticas de carácter geral, que encerram os critérios que vão orientar o interprete na construção da norma-decisão concreta e específica para o caso em tela ([20]). Teve, assim, o legislador em vista, o ser humano *in concreto*, situado, não o sujeito de direito *in abstracto*, próprio do direito liberal da modernidade.

Dessa opção metodológica do legislador, resulta conceder-se larga margem de criação ao intérprete que, fundamentado em princípios, cláusulas gerais, usos do lugar, costumes, e em sólido embasamento doutrinário constrói a norma jurídica adequada ao caso concreto.

OS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DO CONSENSUALISMO

O Código Civil de 2002 deu maior ênfase e possibilidade de eficácia ao princípio da boa fé objetiva do que o Código de 1916.

([17]) Código Civil, art. 156.

([18]) Código Civil, art. 478.

([19]) Dicionário Houaiss da língua portuguesa, Rio de Janciro, Editora Objetiva, 2001, p. 789 ss.

([20]) Friedrich Muller, *Discours de la Méthode Juridique*, tradução francesa de *Juristisches Methodik*, por Olivier Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996, p. 223 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

Primeiro, como norma interpretativa-integrativa, no artigo 113, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração. Este preceito é uma significativa inovação do novo Código, que formaliza, assim, expressamente, o princípio da boa fé sob o ponto de vista ético.

Também o artigo 422 se baseia no princípio da boa fé objetiva ao dispor serem os contratantes obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé, um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual. É regra de comportamento que se funda na honestidade, na retidão, na lealdade, e que impõe um dever de conduta não abusiva e razoável das partes contratantes em relação ao conteúdo das respectivas prestações. Implica, também, em deveres acessórios de cuidado e segurança, aviso e esclarecimento, informação e colaboração, segredo, proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte.

A boa fé objetiva aplica-se nos processos de formação, interpretação e execução dos negócios jurídicos, de modo geral, mas com alcance, também, na atividade extra-negocial, já que aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se no que couber, as disposições legais do negócio jurídico ([21]).

Insere-se, assim, no Código, um princípio genuinamente romano.

O PRINCÍPIO DA BOA FÉ NO DIREITO ROMANO

A *fides* é uma das principais idéias morais que influenciaram o *ius romanum* ao lado dos *mores maiorum,* da *libertas,* da *auctoritas,* da *pietas,* da *res publica,* da *humanitas*.

A *fides* é a idéia central do pensamento político-jurídico romano, com o significado de lealdade à palavra dada. Surge em Roma como decorrência da reflexão filosófica grega sobre a justiça e a equidade. Termo de acepção larga, significava todo o sentimento honesto de uma consciência correta ([22]). Era invocada na celebração dos negócios de peregrinos entre si e dos negócios entre peregrinos e cidadãos romanos. Ela velava pelo cumprimento desses negócios, castigando os faltosos e protegendo os cumpridores. Tinha sua sede na palma da mão direita ([23]) ([24]). Por isso os contratantes apertavam suas as

([21]) Código Civil, art. 185.

([22]) Cícero, *De officiis*, 3, 17.

([23]) Cícero. *De officiis*, 1, 7, 23.

([24]) Tito Lívio, História de Roma, vol. I, tradução de Paulo Matos Peixoto, São Paulo, Ed. Paumape S.A., 1989, p. 48.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

mãos direitas *(dextrarum porrectio)* para imprimir solenidade à promessa. Desaparecido o culto à deusa *fides*, ficou o aperto de mãos como sinal de confiança mútua. Assim, na *fideipromissio*, estão a origem remota e o significado da forma de cumprimentar própria dos povos latinos, que se estende a outros povos civilizados.

Nas relações privadas, a *fides* concretizava o valor ético-religioso da antiga *fides*, como se constata na Lei das XII Tábuas 7, 14, em que se estabelece a *consecratio* como sanção para a *fraus* do patrono para com o cliente. A relação de clientela fundava-se, portanto, na *fides*. Mas também se desenvolvia em relações de igualdade, quando então exprimia o respeito à palavra dada ([25]), a fidelidade a quanto se disse e convencionou, o respeito ao cumprimento feito.

Embora seja obscura, a evolução de conceitos ético-sociais, tão vagos para uma noção jurídica precisa, parece localizar-se no *ius gentium* o momento de transformação da *fides*, de preceito ético em preceito normativo.

Esse direito, que se diferenciava do *ius civile* por aplicar-se a todos os homens, sem distinção de nacionalidade, formava-se de regras simples e flexíveis, desligadas das antigas formas solenes, e baseava-se na *fides* e na *aequitas*, aquela com a ulterior qualificação de *fides bona* ou *bona fides* conforme se tratasse da boa fé no sentido ético ou no sentido psicológico. Tem-se então que, de um conceito que exprimia uma relação de confiança, nascia o conceito objetivo da *fides bona*, de correção e lealdade, que devia imperar no mundo das relações comerciais, menos formalistas e sem vinculação religiosa.

Surge assim a *fides bona* como um conceito jurídico, a *fides* do *bonus vir*, considerada do ponto de vista do juiz, como comportamento que se espera de um homem normal em um caso específico, e que os juristas começaram a utilizar a partir do século III a.C., na elaboração e interpretação de alguns institutos de direito privado, principalmente no campo das obrigações *(fides bona)* e, secundariamente, no dos direitos reais *(bona fides)*, sobretudo na posse.

Voltando à *boa fé* objetiva, a *fides bona (quidquid dare facere oportet ex fide bona)* passou a qualificar a ação, o processo, como *iudicia bonae fidei*, cuja fórmula concedia ao juiz a faculdade de determinar as prestações devidas, segundo um critério de boa fé. E é sobre ela que o *ius gentium* introduz um princípio fundamental, o *consensualismo*.

Desde então os contratos consensuais ([26]) (*emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum*), nos quais era necessário e suficiente *o consensus*

([25]) Cícero, *De officiis*, 1. 7. 23. *fundamentum autem est iustitim fides, id est dictorum conventorumque constantia et verita.*

([26]) Gaio 3, 139.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

para a sua existência jurídica, e a forma era livre, produzindo apenas obrigações entre as partes, eram protegidos pelo *iudicium bona fides*.

Os contratos consensuais surgiram em Roma no século III, como produto das práticas comerciais mediterrânicas, baseadas na confiança entre as partes. O consensualismo aparece como conquista da boa fé, pois repousa essencialmente na confiança entre as partes, entendendo-se o consensualismo como o princípio segundo o qual basta o consentimento, o acordo de vontades, para que o contrato se estabeleça, não sendo preciso forma especial. O Código Civil brasileiro consagra-o no art. 107.

Qual a importância metodológica desses princípios?

Responder a essa indagação implica uma breve referência à metódica jurídica, ao modo como os romanos criavam o Direito e como decidiam os casos concretos. Far-se-á, portanto, breve referência ao estudo do método no direito romano, de aplicação e de realização ao direito, com o que o direito brasileiro, particularmente, o direito civil, tem notórios pontos de contato. É matéria que hoje tem especial importância em face da crise do direito, que reflete diretamente no raciocínio jurídico.

Os juristas romanos (*iuris prudentes*) preocupavam-se, basicamente, com a solução de casos concretos, afirmando que a *solução justa depende do caso* (*in causa ius esse positum*) ([27]). Não eram puros teóricos, empenhados exclusivamente na sistematização das normas e das instituições jurídicas, nem simples práticos, preocupados com a mecânica aplicação do direito de sua época. Para eles, o Direito era produto espontâneo da vida social, competindo-lhes extrair desta os princípios e as regras necessárias à respectiva disciplina e organização, o que faziam por meio das soluções (*responsa*) dadas a problemas concretos que eram chamados a resolver. A doutrina constituía-se, assim, de modo casuístico, só excepcionalmente formulando princípios sob a forma de regras (*regulae*), ou definições, consideradas perigosas.

O direito romano configurava-se, assim, como uma ciência prática, feita de soluções de problemas, sem o caráter axiomático ou dogmático da ciência moderna. Enquanto nesta o raciocínio jurídico parte da regra jurídica para o caso concreto da vida real, no direito romano o jurista desenvolvia o seu processo mental para dar a solução justa e resolver o conflito de interesses a partir do caso, do problema que se lhe oferecia. Seu objeto era o caso, não a norma. Pode-se, assim, afirmar que, quanto ao método de realização do Direito, os romanos eram *empírico-casuísticos,* isto é, partiam da realidade da vida concreta, estudando caso a caso, e criando a norma jurídica específica para a solução da respectiva controvérsia ou do conflito de interesses. Como diz Kaser, a *maneira casuís-*

([27]) D. 9, 2, 52, 2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

tica de ver o direito, isto é, na perspectiva do caso concreto, domina todos os períodos na história do direito romano ([28]). Esses casos e suas soluções foram ordenando-se gradativamente dando origem ao que hoje se denomina de *problemática romana*, um pensamento problemático.

Um dos primeiros efeitos decorrentes dessa postura metodológica era a *repugnância à abstração*, principalmente no direito clássico. Não havia campo para as generalizações, para as reduções lógicas, para o emprego excessivo de conceitos sendo assim compreensível à famosa máxima de Javoleno, segundo a qual *omnis definitio in iure civile periculosa est* ([29]).

Todos os conceitos e generalizações que usamos, feitos pela racionalização, têm uma história que não é romana. Consequentemente, os juristas tiveram um papel preponderante, pois, na ausência de uma legislação sistemática, o *ius civile* foi sobretudo obra da *interpretatio prudentium*, produto da *iurisprudentia* dos juristas romanos ([30]), que trabalhavam orientados por princípios na solução dos problemas que lhes eram apresentados. A *interpretatio* ou *iurisprudentia* resultava das *responsa*, mais geralmente das *sententia* (opiniões ou pareceres) dos jurisconsultos perante os casos jurídicos que lhes eram postos pelos cidadãos, ou no exercício de sua assessoria (*consilium*) aos magistrados e aos juízes, tendo como base os valores ou critérios da *fides*, da *aequitas*, da *utilitas* etc.

O direito romano foi, portanto, um direito dos juristas, na medida em que, sendo quase inexistentes os textos legais, eles decidiam os casos que lhes eram apresentados e para os quais eram chamados e dar respostas (*responsa*) ou decisões (*sententia*). O processo de decisão jurídica tomava-se, então, a partir do caso, não de uma lei ou regra pré-existente, pelo que se chega a dizer que, para o pensamento jurídico romano, *no princípio era o caso*. O pensamento jurídico romano era, assim, um pensamento problemático, pois constituía o direito, a norma jurídica, a partir de um problema e com uma determinada técnica (*techne*), formada de princípios e proposições. O direito desenvolvia-se por meio de um processo, no qual havia um problema a enfrentar, e tentava-se encontrar argumentos para resolvê-lo, utilizando-se o pensamento dialético e construindo-se a norma jurídica adequada ao caso. Essa norma ela não era dada previamente, como hoje, pelo sistema jurídico. Compreende-se, assim, o princípio segundo a qual *non ex regula ius summatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* ([31]). (O direito não se toma da regra, mas é do direito que há que se fazer a regra).

É com esse pensamento que se deve ressaltar a contribuição do novo Código

---

([28]) Max Kaser, *Römisches Privatrecht* (*Direito Privado Moderno*), tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinaud Hämmerle, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, p. 35.

([29]) D. 50, 17, 202.

([30]) Pomponio D. 1, 2, 2, 12.

([31]) D. 50, 17, 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

Civil brasileiro à metodologia da realização do direito. O legislador de 2002, se manteve a mesma estrutura lógico-formal do Código de 1916, enriqueceu-a, porém, com princípios, designadamente o da socialidade, o da concreção, o da eticidade, o da boa fé e o do consensualismo, que exigem do juiz maior empenho e poder para o suprimento de lacunas ([32]), transformando o direito civil, de uma ciência do conhecimento em uma ciência de decisão. Com respeito à *concretude*, o intérprete deve partir, como o jurista romano, do caso concreto, e construir, com auxílio das regras, da doutrina e da jurisprudência, a norma adequada à solução do caso. Retorna-se, desse modo, *à concretezza construtivista* que era típica do pensamento jurídico romano.

CONCLUSÃO

Reconhecia Clovis Beviláqua que "o direito civil brasileiro é o direito privado romano, que sofreu uma primeira modificação em Portugal, sob o influxo de outro meio, de outras necessidades, da assimilação de institutos germânicos e canônicos, e, novamente, recebeu enxertias no Brasil, que foi pedir conselhos e inspirações a outros guias" ([33]). Não é, portanto, de admirar que quatro quintos dos artigos do Código Civil de 1916 tenham sua fonte no direito romano, direta ou indiretamente, o que se verifica igualmente no Código Civil de 2002, guardadas as necessárias proporções. Para além disso, cabe dizer que não só na dogmática ficaram as marcas romanas, mas também no espírito da realização do direito. A interpretação criadora do novo código permite abandonar o pensamento sistemático da modernidade (séc. XIX), que tinha a regra jurídica como *prius*, e um raciocínio lógico-dedutivo conduzido no sentido da aplicação dessa regra, para voltar ao pensamento dialítico romano, baseado em princípios e tendo como ponto de partida o caso concreto. Não mais a aplicação, mas a construção, pelo intérprete, da norma adequada. O Código Civil brasileiro contribui, assim, para a superação do paradigma dominante, positivista, legalista, herdado da modernidade, e credencia-se, honrando a tradição romana, como instrumento de reabilitação da filosofia prática no campo do direito civil.

([32]) Miguel Reale. *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 177.

([33]) Clóvis Beviláqua, *Linhas e Perfis Jurídicos*, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1930, p. 5.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522

https://doi.org/10.55104/FRDC_0522