

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E RESPONSABILIDADE DO JUIZ – ENTRE REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS E PERSPECTIVAS FUTURAS¹⁻²

INTERPRETATION OF LEGAL RULES AND RESPONSIBILITIES OF THE JUDGE – HISTORICAL REMINISCENCES AND FUTURE PERSPECTIVES

Andrea Landi³
Doutor em Direito

ÁREA(S) DO DIREITO: história do direito; hermenêutica jurídica.

RESUMO: A responsabilidade do juiz por errônea interpretação das normas foi um tema de particular importância no Direito Comum e permaneceu sendo naqueles ordenamentos que ainda o seguem, onde o direito vigente deve levar em consideração o relevante aporte nomopoiético da doutrina. A simbiose dialética entre juristas e juízes, que ali se realiza através do mecanismo da *communis opinio doctorum* vinculante para o juiz, pode constituir um momento de reflexão sobre aspectos atuais da

jurisdição nos ordenamentos de direito codificado, sobretudo para desvelar a inconsistência de alguns mitos da modernidade, como a estatalidade do direito, o formalismo e o silogismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: interpretação judicial; direito comum medieval; *communis opinio doctorum*.

ABSTRACT: *The judge's responsibility for erroneous interpretation of the legal rules was a subject of particular importance in the ius commune and remain being in those jurisdictions which still follow this approach to law, where the applicable*

¹ Título original: "Interpretazione delle norme e responsabilità del giudice fra reminiscenze storiche e prospettive future". Publicado: Revista "Justice – Justiz – Giustizia", 2014/4, ISSN 1661-2981, <http://www.weblaw.ch>, Weblaw AG (2014).

² Tradução e notas de Eugênio Facchini Neto, Doutor em Direito Comparado pela Universidade de Florença, Itália, Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular dos Cursos de Doutorado, Mestrado e Graduação da Faculdade de Direito da PUC/RS, Desembargador no Tribunal de Justiça do RS. Com as iniciais N.T. (Nota do Tradutor) foram introduzidas, em notas de rodapé, algumas observações para facilitar a compreensão do texto pelo público brasileiro. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>.

³ Professor associado de História do Direito junto ao Departamento de Direito da Universidade de Pisa, Itália.

law should take into consideration the relevant contribution of the doctrine. The dialectic symbiosis between jurists and judges, which takes place through the mechanism of the opinio communis doctorum, binding to the judge, may be a moment of reflection on current aspects of jurisdiction in codified law systems, especially for unveiling the inconsistency of some myths of modernity, such as the statality of the law, the formalism and the legal syllogism.

KEYWORDS: *judicial interpretation; medieval ius commune; opinio communis doctorum.*

SUMÁRIO: 1 A interpretação das normas; 2 A solução do Direito Comum; 3 Algumas perspectivas atuais.

SUMMARY: *1 Legal interpretation; 2 The ius commune solution; 3 Some current perspectives.*

1 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

1 Se é verdade que a jurisdição constitui uma função essencial em todas as experiências históricas, também é verdadeiro que ela pode assumir conteúdos diversos, segundo o papel que o juiz é chamado a desempenhar em determinadas épocas: de fato, ao lado de um conteúdo mínimo, encontrável em todas as experiências e representado pela conversão de um preceito abstrato em um preceito concreto, pode ser atribuída a ele uma ulterior atividade que vai além da mera cognição das normas, objetivando uma correta aplicação delas ao caso concreto levado ao seu conhecimento.

2. Bastaria pensar na experiência romana, em que o pretor, com seu edito, era chamado a individualizar uma tutela jurisdicional para aquelas *fattispecie* que estavam se consolidando na prática mas que, enquanto ignoradas pelo *ius civile*, eram desprovidas de uma tutela.

3. Ou então se pense na Alta Idade Média, onde o juiz era chamado a individualizar a existência das normas em um patrimônio consuetudinário de difícil conhecimento, mediante um *accertamento* do fato (*inquisitio per testes*), envolvendo os depositários da sabedoria popular (os *antiquiores loci*); tudo isso em um contexto no qual moral e direito se confundiam⁴.

4. Frise-se, porém, que, desprezando-se algumas variações identificáveis em épocas diversas, o juiz sempre deve se envolver com a interpretação das normas; daí que, se esta não é feita de modo correto, sua decisão provavelmente

⁴ Para uma primeira aproximação a estes temas, confira-se SANTARELLI, U. Auctor iuris homo. *Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medioevale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 67-75.

será dispensadora de injustiça para as partes da demanda e, por vezes, poderá também expô-lo à responsabilização profissional.

5. Nas páginas que seguem, tentaremos exatamente analisar este aspecto da responsabilidade do juiz, derivada da incorreta interpretação e aplicação das normas, antecipando desde logo que, enquanto na experiência do direito comum este era um dos aspectos mais relevantes de responsabilidade do juiz, os ordenamentos contemporâneos – inclusive aqueles que ainda observam aquele sistema – parecem limitar tal aspecto de responsabilidade para garantir, de modo pleno, a independência da magistratura⁵.

6. Mas vamos proceder de forma ordenada.

2 A SOLUÇÃO DO DIREITO COMUM

7. Como é sabido, a experiência do direito comum⁶ encontra sua origem na Baixa Idade Média, quando, depois da redescoberta dos textos justinaneus,

⁵ Retoma-se, aqui, temáticas já tratadas em outra sede: LANDI, A. Petrucci-A. *Iudex qui litem suam facit*. La responsabilidad del giudice dal diritto romano al diritto comune. In: *Estudios sobre la responsabilidad jurídica del juez, el servidor público y los profesionistas*. México D.F.: Escuela Libre de Derecho, 2013. p. 85-116. A este escrito se remete o leitor desejo de ulteriores aprofundamentos.

⁶ N.T. Com a expressão direito comum (*ius commune, diritto comune, Gemeines Recht, droit comum, derecho comun*), costuma-se designar a experiência jurídica da Europa continental, que vai do século XI às codificações oitocentescas. Trata-se de um fenômeno ligado às grandes modificações desencadeadas a partir da passagem da Alta Idade Média para a Baixa Idade Média, por volta do ano mil, com o renascimento urbano (paulatinamente grandes contingentes humanos passam a deixar a zona rural – feudos – e a se instalarem nas cidades), econômico (a economia exclusivamente agrária anterior passa a conviver com o comércio crescente e com a atividade bancária) e cultural (a cultura urbana substitui crescentemente os mosteiros medievais como centros de cultura). O chamado *ius commune* está ligado à redescoberta dos textos justinianeus (especialmente o Digesto, mas também as *Institutas*, o *Codex* e as *Novellae*, que, em seu conjunto, passam a se chamar, a partir desse período, de *corpus iuris civilis*) e à sua utilização para a solução dos novos problemas jurídicos que passaram a se colocar nessa nova sociedade cada vez mais urbanizada. Tal redescoberta teria se dado em 1076, por Placito di Marturi, e depois foi objeto de primeiras aplicações práticas por Pepo. Mas foi Imerio, em Bolonha, onde lecionou entre 1.100 e 1.120, o primeiro a fazer um estudo sistemático dos textos justinianeus, fundando um modelo de ensino baseado nos textos compilados por Justiniano. Não por acaso se tem que o renascimento jurídico nasce em Bolonha, onde é criada a primeira Faculdade de Direito onde se estuda o direito de forma autônoma, com base nos textos justinianeus. Para lá correram alunos provenientes não só da Itália, mas também de outros países europeus. Ex-alunos dessa primeira Escola de Direito logo fundaram outras Escolas em suas cidades de origem, inicialmente no norte da Itália, depois mais ao sul e na sequência, em outros países europeus. Em todas essas escolas, usavam-se os mesmos textos jurídicos (compilações justinianeas), adotava-se o mesmo método (escolástico, com comentários e distinções) e empregava-se a mesma língua, o latim. Os diplomados obtidos pelos estudantes dessas Escolas eram reconhecidos em todos os lugares europeus e habilitavam seus egressos a praticarem o Direito em qualquer país. Isso formou uma cultura jurídica europeia

começou-se, inicialmente em Bolonha e depois nas Escolas de Direito que pouco depois foram criadas em toda a Europa, decalcadas sobre o modelo bolonhês, a fazer uma releitura de tais textos: de um lado, para reconduzir à unidade uma pluralidade de normas derivadas das autoridades universais (Império e Papado) e das instituições particulares (cidades, corporações, autoridades régias, *Universitates* etc.); e, de outro, para dar veste jurídica aos novos negócios que a praxe mercantil e urbana continuamente inventava.

8. Nas instituições particulares, a jurisdição era exercitada por juízes que eram políticos (cônsules *de iustitia, podestà, capitano del popolo*⁷) e por isso, na grande maioria dos casos, não tinham conhecimento jurídico: para possibilitar uma solução sobre questões jurídicas surgidas nas controvérsias que eram trazidas à sua apreciação, as normas previam então o recurso ao chamado *consilium sapientis iudiciale*, isto é, a um parecer que o julgador pedia a um *expert* em direito (frequentemente um famoso jurista acadêmico), com base no qual ele posteriormente resolvia a controvérsia.

9. Em tais ordenamentos, colocava-se, de modo claro, a necessidade de se sujeitar a atividade jurisdicional a um controle, identificando pontualmente os aspectos da responsabilidade do juiz, seja sob a base das disposições contidas na redescoberta compilação justinianeia, seja, sobretudo, mediante a criação de um procedimento estatutário específico – o chamado *giudizio di sindacato* – destinado a exercitar tal controle.

10. Em tal procedimento, alguns *syndici*, nomeados pelas instituições municipais, tinham a tarefa de avaliar a atividade do juiz, ao término do seu mandato, para verificar se teria havido um indevido exercício de suas

homogênea, chamada, por isso mesmo, de direito comum, baseada substancialmente no antigo direito romano, mas posteriormente acrescida de algumas “constituições” imperiais e principalmente dos chamados *libri feudorum*, ou seja, compêndios que disciplinavam as relações feudais ainda imperantes especialmente no meio rural, principalmente com base nos costumes. Outro fator de unidade para esse direito “comum” foi o próprio direito canônico, que se estendia por muitas áreas (direito de família, sucessões, muitos crimes etc.), e era idêntico em todos os lugares.

⁷ N.T.: “*Podestà*” era o nome que se dava, nas cidades autônomas italianas durante os séculos XIII-XIV, ao Magistrado que exercia o poder mais elevado naquelas comunidades, absorvendo os poderes administrativos, jurisdicionais e militares; normalmente era um estrangeiro (alguém de fora da cidade) e permanecia no cargo durante um breve período – de seis meses a um ano. Era escolhido pelo *Consiglio Generale*, a mais importante assembleia municipal. Ao fim do mandato, devia prestar contas de sua gestão. Ele não tinha, porém, poderes legislativos nem exercia o comando da guarda municipal, que estava sob o comando do *Capitano del Popolo*. Também os *consoli de iustitia* eram Magistrados eletivos que igualmente cumulavam funções administrativas, judiciais e militares, por um breve período de tempo em algumas regiões da Europa medieval.

funções; em caso de ter sido identificado um exercício *contra legem*, eles deviam proceder contra o Magistrado, impondo-lhe a justa sanção e condenando-o ao ressarcimento dos danos causados à instituição municipal e aos cidadãos envolvidos nas atividades processuais e que tivessem sido, de alguma forma, prejudicados.

11. Das fontes romanas, a ciência jurídica baixo-medieval havia retomado a figura do *Iudex qui litem suam facit*, que, como se recorda, estava compreendida na categoria dos “quase-delitos”, chegando, *grosso modo* – ainda que com diferenciações que se podia encontrar em alguns intérpretes – a identificar três *fattispecie* de responsabilidade que davam margem a um igual número de formas de ressarcimento⁸: em primeiro lugar, a responsabilidade do juiz que tinha julgado mal *per imperitiam*, pelo que ele era punido com uma pena deixada ao arbítrio do juiz encarregado de avaliar seu comportamento (*religioni iudicantis*, segundo o que dispunha as *Institutiones* justinianeias⁹); depois era previsto o caso do juiz que dolosamente tivesse emitido uma sentença contrária à justiça, para o que era prevista a pena da *vera litis aestimatio* na esfera civil e da *retorquutio* na esfera penal (isto é, vinha imposta ao juiz a mesma pena que ele havia cominado ao inocente), e ainda, segundo Accursio, isso era acompanhado da infâmia¹⁰; e, por fim, a do juiz que tivesse emitido uma sentença injusta por corrupção, o que era punido com a perda do cargo e o pagamento do *quadruplum*. Nesses últimos dois casos, a doutrina era propensa a falar de uma responsabilidade *ex maleficio* do julgador¹¹, evoluindo na Idade Moderna para a unificação das duas *fattispecie*, com a previsão da pena consistente na condenação do juiz ao pagamento da *aestimatio litis* e das despesas.

⁸ Conforme NICOLINI, U. *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*. Legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale. Milano: Marzorati, 1947. p. 456-458.

⁹ Na l. *Si iudex* Inst. De Obligationibus, quae ex quasi delicto nascuntur (Inst. 4.5 pr.): “*Si iudex litem suam fecerit non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur poenam sustinebit*”.

¹⁰ Sobre esta qualificação, confira-se MIGLIORINO, F. *Fama e infamia*. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII. Catania: Editrice Giannotta, 1985.

¹¹ Lapidária a gl. *Litem suam* in l. *Si iudex*, cit.: “*Idest controversiam vel litigium, ut in id teneatur ipse in quo laesit aliquem: et hoc quando per ignorantiam, vel imperitiam [...]. Nam si dolo, tunc non habet locum hic titulus: sed ex maleficio tenetur, et sit infamis*”.

12. Ao longo do século XV (*Quattrocento*), com o triunfo da *communis opinio* e da chamada pragmatização (*prammattizzazione*) do direito comum¹², afirmou-se a regra segundo a qual o juiz deveria conformar suas decisões à opinião comum dos juristas (*communis opinio doctorum*¹³), para não expor-se ao risco do “*giudizio di sindacato*” (*A communi opinione non est recedendum*), uma vez que, em favor desta, subsistia uma espécie de presunção, ainda que *iuris tantum*, de veracidade¹⁴.

13. Em outros termos, segundo a avaliação unânime da *scientia iuris*, o juiz que se afastasse da opinião comum dos juristas sem uma forte razão, por sua imperícia, teria julgado em causa própria (*Iudex qui litem suam facit*); para isentá-lo *a priori* de qualquer responsabilidade, ele deveria ter aderido, sem tardança, àquela opinião, ainda que pessoalmente não a dividisse por inteiro.

14. Em tal contexto, compreende-se como a imperícia na identificação e na aplicação do princípio do direito – isto é, da regra a seguir no caso em julgamento – acarretasse notáveis dificuldades para um juiz que, como já dito, nem sempre era um *expert* jurídico.

15. Uma precisa reconstrução da responsabilidade do juiz que tivesse julgado em causa própria, em consequência de errônea individualização da regra a aplicar, encontra-se no comentário de Bartolo da Sassoferrato à C. 7.49.2, em que, “segundo o vezo casuístico e por amor da maior completude possível”¹⁵,

¹² Quando ocorreu, no âmbito das obras jurídicas, “uma produção, em grande parte substitutiva daquela universitária, eminentemente ligada às exigências da prática forense” – segundo CAVANNA, A. *Storia del diritto moderno in Europa, I. Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 146.

¹³ N.T.: A expressão *communis opinio doctorum* (opinião comum dos doutores) era usada, no direito medieval e moderno, para expressar a opinião mais difundida entre os cultores da ciência jurídica, especialmente juristas e professores. Era especialmente relevante quando os textos eram passíveis de interpretações controversas. Nessas hipóteses, ganhava relevância a identificação do que consistia a “opinião comum dos doutores”, ou no sentido quantitativo, mas também no sentido qualitativo, já que alguns intérpretes tinham maior prestígio do que outros (Accursio e Bartolo, por exemplo). Em alguns momentos históricos, tal *communis opinio doctorum* exerceu papel de fonte subsidiária do Direito, como foi o caso de Portugal, sob as Ordenações Manuelinas. A República de San Marino ainda hoje segue o regime do direito comum e, portanto, a opinião comum dos doutores segue sendo fonte do Direito.

¹⁴ Como observou E. Cortese (*Il diritto nella storia medievale, II. Il basso Medioevo*. Roma: Il Cigno Galilei Galilei Edizioni di Arte e Scienza, 1995. p. 460), “a *opinio communis* sempre permaneceu apenas *probabilis* – ou seja, provida de boa idoneidade para a demonstração, portanto atendível –, mas não foi jamais *necessaria* (vinculante); todavia, no século XVI, concluiu-se que era perigoso para juízes e advogados não observar suas orientações: caso tivessem eles contrariado levemente uma *opinio communis*, podiam incorrer em danos e desgraças”.

¹⁵ Como referido por Nicolini (*Il principio di legalità*, cit., p. 461). Uma pontual reconstrução da análise bartoliana deste trecho também se encontra em CRESCENZI, V. *Communis opinio doctorum*. In: *El*

ele distingue dois casos de *imperitia iudicis* que acarretam a responsabilidade do juiz, que sofrerá uma pena cuja fixação é remetida, para usar as palavras da Inst. 4.5 pr., *religioni iudicantis* (isto é, a outro juiz chamado a avaliar o seu comportamento)¹⁶.

16. O primeiro caso ocorre quando ele tenha julgado *contra casum legis*: e aqui Bártolo distingue entre a hipótese em que o juiz tenha errado ao interpretar uma lei obscura e difícil, na qual *mitius punietur* [pune-se de forma branda], e aquela em que ele se encontrava frente a uma lei fácil e de claro significado, situação na qual deveria ele ser punido mais severamente.

17. O segundo caso se configura quando o juiz tenha errado em uma matéria na qual coexistiam opiniões doutrinárias divergentes, escolhendo uma opinião “mala” e não seguindo aquela que *ab omnibus communiter approbatur et communiter observatur*.

18. Conclui, enfim, o mestre marchigiano¹⁷ que se deveria excluir qualquer responsabilização para o juiz quando sobre a matéria objeto da demanda subsistissem *opiniones ita fortes, quod quandoque observatur una et quandoque servatur altera*: em tal hipótese, de fato, a lei se afigura incerta, e o juiz, que erra na individualização do princípio a aplicar, deve ser, portanto, escusado.

19. Trata-se, portanto, segundo Bártolo, de verificar a subsistência da *communis opinio*, a qual, sendo um remédio endojurisprudencial para garantir um mínimo de certeza do direito no *mare magnum* das opiniões doutrinárias, deve ser vista, definitivamente, como “instrumento de certificação e racionalização do direito vigente [...] destinada a predeterminar as possíveis interpretações de um instituto ou de normas singulares concretamente invocáveis no âmbito de um processo”¹⁸; um instrumento, em suma, que representa um vínculo objetivo para o julgador no exercício da jurisdição.

“*ius commune*” com dret vigent. L’ experiència judicial d’ Andorra i San Marino. Actes del I simposi jurídic Principat d’ Andorra/ República de San Marino, II, Andorra, Institut d’ Estudis Andorrans, 1994. p. 694/698, e mais amplamente, Id., *La communis opinio doctorum e l’ auctoritas rerum similiter iudicatarum nell’ esperienza di diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino*. In: *Initium*, revista catalana d’ història del dret, 3, p. 599/602, 1998. Também aborda o tema GRANDÓN, J. Barrientos. El *mos italicus* en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (157-1625). *Ius fugit*, revista interdisciplinar de estudios histórico jurídicos, 2, p. 50-51, 1993.

¹⁶ Bartolo da Sassoferrato, *In l. De eo C. De poena iudicis qui male iudicavit* (C. 7.49.2). In: Id., *Commentaria in secundam Codicis partem*, Lugduni, Excudebat Dionysius Harsaeus, 1550, fo. 86 ra-vb, n. 3-6.

¹⁷ N.T.: nascido na região italiana denominada *Marche*, localizada na costa centro-oriental da península.

¹⁸ ROSSI, G. La forza del diritto: la *communis opinio doctorum* come argine all’ *arbitrium iudicis* nel processo della prima età moderna. In: *Il diritto come forza*. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto

20. De outra parte, à medida em que se aproxima da Idade Moderna e o juiz assume cada vez mais uma qualificação profissional, o maior tecnicismo das questões jurídicas passa a impor-lhe, de maneira mais rigorosa, a necessidade de conhecer as opiniões doutrinárias e suas aplicações.

21. Como emblematicamente foi escrito, exigia-se ao juiz que possuísse dois tipos de sal: o “sal da sabedoria”, para não ser insípido, e o “sal da reta consciência”, para não se tornar diabólico¹⁹; faltando o primeiro – que se obtinha especialmente com o conhecimento e a precisa aplicação da *communis opinio*²⁰ – ele teria julgado *per imperitiam* e deveria ser submetido à punição determinada pelo seu superior, enquanto, faltando o segundo, ele teria dolosamente julgado mal e, portanto, deveria ser condenado ao integral ressarcimento dos danos.

3 ALGUMAS PERSPECTIVAS ATUAIS

22. Como acabamos de ver, na experiência de direito comum a errônea interpretação das normas expunha o juiz à responsabilização: uma característica, esta, que parece ter sido mantida, inclusive, em alguns ordenamentos em que ainda vigora aquele sistema, embora atualmente se deva levar em conta o princípio da independência da magistratura e da sua sujeição somente à lei, como afirmado nos modernos ordenamentos constitucionais.

23. Todavia, a assim chamada “cláusula de salvaguarda”²¹ – que daria substância ao princípio acima citado e dá tanta margem a discussões também na Itália, a ponto de atrair as críticas da Corte de Justiça da União Europeia

européo tra medioevo ed età contemporanea. Organizado por A. Sciumè. Torino: Giappichelli, 2012. p. 43.

¹⁹ Imagem que se encontra em vários autores – dos autores do *quattrocento*, Barbazza e Giason del Maino, aos autores do *cinquecento*, Cravetta, Menochio, Tepato –, cuja primeira formulação é provavelmente originária de Baldo; conforme Nicolini, *Il principio di legalità*, cit., p. 463, e M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 345, nt. 110.

²⁰ Significativo a este propósito o que se lê em um célebre tratado relativo ao juiz que queria ser perfeito: entre as tantas características, que vão da castidade a ser inexorável (inflexível, que não cede a pressões), aparece aquela de ser *librorum cumulo circumdatus, et studens*; conforme G. Alvarez de Velasco (séc. XVII), *Judex perfectus seu de judice perfecto Christo Jesu, Lausonii et Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum*, 1740, rubr. 15, ann. 1, p. 280-297, um compêndio do qual se encontra em M. A. Savelli (1624?-1695), *Summa diversorum tractatum*, I, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1707, p. 16-30, de cujo epílogo (p. 30) é extraída a citação entre vírgulas.

²¹ Na legislação italiana, confira-se o art. 2º da Lei nº 117, de 13 de abril de 1988, bem como o art. 2º, segunda parte, do Decreto Legislativo nº 109, de 23 de fevereiro de 2006.

(sentença de 24 de novembro de 2011, caso *Commissione/Italia*)²² – pode prestar-se a mal entendidos, se transportada *de plano* para ordenamentos que ainda observam o direito comum.

24. Afirmar, de fato, que, “no exercício das funções judiciárias, a atividade de interpretação das normas de direito e de valoração dos fatos e das provas não dá margem a responsabilidade” – como expressa o art. 15, segunda parte, da Lei sobre o Ordenamento Judiciário (Lei nº 83, de 28 de outubro de 1992), da República de São Marinho – acaba por acarretar, ao menos à primeira vista, a ineficácia do *giudizio di sindacato* que aquela mesma lei havia previsto no precedente art. 14²³.

25. E, sobretudo, naquilo que diz respeito à jurisdição civil e comercial²⁴, aparece, em estridente contraste com o princípio da sujeição do juiz somente à lei, o fato de que, nestes ordenamentos [sujeitos ainda ao direito comum], ele não somente deve conhecer e aplicar o direito editado pelo poder político (leis e consolidações), mas também o *ius commune* – ou seja, “o orgânico sistema normativo elaborado pela jurisprudência ao longo de séculos, com base no direito romano justiniano, no direito canônico e nos costumes”²⁵ – deste modo, produzindo ele próprio o direito.

26. Certamente, também nestes sistemas, a *produção* do direito por parte do juiz não pode ser equiparada *tout court* àquela proveniente do legislador, especialmente porque o direito comum é, por sua natureza, subsidiário em relação ao *ius proprium*; todavia, é indubitável que aqui, mais do que em outro lugar, revela-se com clareza inequívoca a natureza de mito do princípio

²² Um preciso resumo destas discussões encontra-se em ROMBOLI, R. La responsabilità del giudice nell'ordinamento costituzionale italiano. In: *Estudios sobre la responsabilidad jurídica*, cit., p. 194-213, com remissões bibliográficas (p. 219-220).

²³ Onde se prevê, exatamente, que os Magistrados “no curso do mandato podem ser chamados a responder mediante a *azione di sindacato*”, a qual pode ser promovida por iniciativa de “ao menos um terço dos componentes da Comissão Conciliar para os Negócios de Justiça” ou de “um quinto dos integrantes do Conselho Grande e Geral”. Sobre esta problemática, v. Crescenzi, *La communis opinio doctorum e l'auctoritas*, cit., p. 604-609.

²⁴ As considerações que estamos fazendo no texto concernem precipuamente à jurisdição civil *lato sensu*, uma vez que, em matéria penal, o direito comum foi suplantado pelo sistema codificado; para San Marino, v. Lei nº 17, de 25 de fevereiro de 1974, que promulgou o Código Penal vigente.

²⁵ Um direito jurisprudencial que, usando de forma aproximada a terminologia do moderno direito constitucional, pode ser enquadrado como *fonte cultural*. A definição entre vírgulas no texto foi extraída da *Giudice delle Appellazioni della Repubblica di San Marino* (G. Astuti), 30 de julho 1963, in *Giurisprudenza Sammarinese*, Anno III (1965), fasc. 1, p. 46.

iluminístico do “juiz boca da lei”. Se, de fato, esse é considerado ultrapassado há muito tempo também nos ordenamentos codificados ou de base legal²⁶, com maior razão deve ser negado naqueles ordenamentos que, ainda que tenham recepcionado os princípios do moderno constitucionalismo, ainda permanecem ancorados na tradição do direito comum, onde *ab immemorabili* ao juiz é reconhecido um amplíssimo poder discricionário para converter – como se disse inicialmente – o preceito abstrato (a ser identificado no interior de um sistema normativo muito complexo) em um preceito concreto.

27. Mas isto tem como imprescindível consequência que de tal tradição se extraíam os contrapesos ao exercício da jurisdição, que na sua falta se configuraria como exercício *arbitrário*: entre todos, a possível sujeição do juiz a um procedimento disciplinar (*sindacato*) – com a cautela inegociável de que seja presidido por órgão totalmente independentes do poder político – e, ainda antes disso, levar na devida conta a polissemia do termo “lei”, à qual o juiz está sujeito; com esse termo, no que diz respeito ao direito privado, não se deve entender apenas o direito de origem política, mas também o direito comum e, sobretudo, a *lex contractus*.

28. Como tive ocasião de afirmar em outro local²⁷, é exatamente este limite à atividade judicial que constitui uma característica peculiar da jurisdição civil do direito comum, em que as partes são livres na autodeterminação das suas relações jurídicas, seja sob o perfil da regulamentação, seja na individuação do *nomen iuris* atribuído à convenção²⁸. Disto deriva que ao juiz – e, de forma mais genérica, ao intérprete – não resta alternativa que não tomar conhecimento da escolha das partes, limitando-se a avaliar se o conjunto de interesses disciplinados não contrarie os ditames da *aequitas*, elemento central de todo o sistema jurídico; e, somente no caso em que tenha havido uma violação desta, ele poderá colocar

²⁶ Neste sentido: ROMBOLI. *La responsabilità del giudice*, cit., p. 211.

²⁷ Cf. LANDI, A. *Inderogabilità dell'autonomia privata e rilevanza delle sopravvenienze*. Un'indagine sulla cosiddetta *clausula rebus sic stantibus* nel maturo diritto comune. In: CIENFUEGOS, C. Soriano (Coord.). *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus*. Desarrollos actuales y perspectivas históricas. Memorias del Coloquio Internacional de Derecho Privado – Ciudad de México, 29 y 30 de enero de 2014. México D.F.: Universidad Panamericana-Editorial Novum, 2015. p. 57-70.

²⁸ Nestes termos, cf. SANTARELLI, U. *La categoria dei contratti irregolari*. Lezioni di storia del diritto. Torino: Giappichelli, 1990. p. 145-155.

em discussão a *lex contractus*, e, portanto, intervir a fim de que seja restabelecido o equilíbrio substancial que fora violado com a pactuação iníqua²⁹.

29. Na “aldeia global” da sociedade do século 21, quando cada vez mais o tráfego comercial se expande para além das fronteiras nacionais e se abre a uma dimensão supraestatal e até mesmo mundial, ao juiz de cada ordenamento é exigido, então, que exerça *responsavelmente* aquela *ars boni et aequi* que constitui a essência da jurisdição, deixando de lado as reconfortantes mitologias do passado – sobretudo a estatalidade do direito (e a conseqüente pretensão de identificar o direito com a lei), o formalismo e o silogismo judicial – e passe olhar mais para a concretude da experiência jurídica e ser, assim, um verdadeiro dispensador de justiça³⁰.

30. Nessa perspectiva – se nos é consentido dizer à guisa de conclusão –, também uma robusta ciência jurídica é chamada a recriar aquela simbiose dialética entre doutrina e juízes que, se foi o cimento para a construção do edifício jurídico do *utrumque ius*³¹ medieval, poderá sê-lo igualmente – muito além de

²⁹ Sobre o tema, permanece fundamental o texto de GROSSI, P. *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 91-192. Para um exemplo deste modo de raciocinar, veja-se *Rota florentina, Florentina rescissionis donationis, die 10 Maii 1669, coram F. Burghesio*. In: *Selectarum Rotae florentinae decisionum thesaurus ex bibliotheca Iohannis Pauli Ombrosi*, XII, Florentiae, Ex typographia Bonducciana, 1785, dec. 19. p. 130-145, onde as partes haviam definido *donatio*, um contrato no qual o presumido doador transferia certos bens aos próprios irmãos “desejando acertar-se” com esses, em razão de desavenças patrimoniais anteriores; a Rota, não podendo desconhecer a qualificação jurídica dada à convenção entre as partes, a definiu não como *donatio simplex* – isto é, proveniente *ex mera liberalitate* –, mas *donatio correspectiva*, em relação à qual se podia inclusive admitir a rescisão por lesão, evidentemente não proponível contra uma doação verdadeira e própria. (N.T. “Rota” era a denominação dada a grandes tribunais existentes na Itália, a partir do início da Idade Moderna. Ainda hoje é o nome que se dá ao tribunal eclesiástico da Santa Sé – Tribunal da Rota Romana (*Tribunal Rotae Romanae*), que funciona como instância recursal junto ao Vaticano)

³⁰ Como escreveu um juiz atento à dimensão histórica do direito: “A justiça jamais poderá dispensar a apreciação judicial e, portanto, de seres humanos, em carne e osso, que avaliam o comportamento de outros seres humanos, sempre em carne e osso; embasados na lei, é claro, mas também avaliando as singulares circunstâncias do caso e encarando as pessoas no rosto” (GARRÉ, R. *Un apprezzamento poco apprezzato?* In: *Justice-Justiz-Giustizia*, 2014/2, p. 3).

³¹ N.T.: A expressão latina *utrumque ius* (um e outro direito) designava o direito civil e o direito canônico, ambos universais, e de cujo íntimo relacionamento derivou o direito comum. Era comum, no período medieval, os estudiosos frequentarem tanto os cursos jurídicos quanto os cursos de direito canônico, ministrado nas faculdades de teologia. Quem assim procedia, recebia o título de *doctor utriusque juris*. Hoje, tal título ainda é obtido junto à Pontifícia Universidade de Latrão, no Vaticano, após um período de seis anos de estudo, bem como pelas Universidades de Wuerzburg (Alemanha) e de Fribourg (Suíça).

nostálgicos e caprichosos transplantes daquela experiência – na edificação de uma nova ordem jurídica para a moderna sociedade globalizada.

Submissão em: 14.01.2016

Aceito em: 16.05.2016