

# **O TRABALHO DE EXEGESE DO DIGESTO**

**Uma introdução para estudantes e doutorandos**

*(Die Hausarbeit in der Digestenexegese — eine Einführung für Studenten und  
Doktoranden)*

**Editores:**

**Dr. Hans-Dieter Schwind      Dr. Helwig Hassenpflug**

**Autor:**

**Uwe Wesel**

**(Tradução: Prof. Dr. Dárcio Roberto M. Rodrigues)**

**Ewald v. Kleist Verlag**

## PREFÁCIO

Esta introdução aos trabalhos escritos foi pensada para o principiante. Foi demonstrado que aos participantes da exegese do Digesto muitas vezes faltam os fundamentos básicos. Frequentemente participam estudantes que procuram, no exercício, ter uma primeira noção do direito romano. A fim de facilitar a iniciação também para eles, aqui não se pressupuseram conscientemente conhecimentos prévios da matéria. Os exemplos no texto e os modelos de exegese podem ser compreendidos sem outros pré-requisitos. Por fim, com isto tomou-se tento também nos doutorandos, que têm que escrever um trabalho obrigatório de exegese e apenas raramente possuem os conhecimentos necessários de direito romano.

Devo muita gratidão ao meu honorável mestre, o professor Kunkel, por seu conselho amigo e sua paciente crítica. Da mesma forma agradeço ao professor Petschow por suas preciosas indicações.

Comentado [D.R.M1]:

München, em setembro de 1966.

Uwe Wesel

## I. Introdução

A exegese do Digesto é o exercício prático no direito privado romano. Como no direito civil moderno, a aula sozinha não pode dar uma idéia clara do significado e do efeito conjunto dos diversos institutos jurídicos e regras. A doutrina do direito deve-se confirmar em todo lugar nos casos concretos. Isso vale não menos para o direito romano, que permaneceu, como o inglês, preponderantemente como “case law” (direito de casos). Somente nos séculos XIII e XIX foi daí desenvolvida a sistemática do nosso direito civil, sob a influência do direito natural teorizante dos pandectistas alemães.

Na metodologia do trabalho com os casos existe no entanto uma diferença fundamental para os exercícios em direito moderno. Pois desde a entrada em vigor do código civil nós temos que tratar o direito romano não mais como direito vigente, mas como direito histórico. Essa diferença já se expressa pela designação do exercício de *exegese do Digesto*.

A palavra *exegese* deriva do grego. **Exégesis** é o narrar, explicar, esclarecer. Corresponde ao conceito latino de *interpretatio* e significa aqui: explicação, explanação, interpretação dos escritos dos juristas romanos por nós recebidos. Exegese do Digesto em sentido estrito é a interpretação daqueles textos que foram reunidos no *Digesto*, a parte mais importante e mais extensa do *Corpus Iuris Civilis*. Nele o imperador romano do oriente Justiniano selecionou e compilou no século VI, em Bizâncio, fragmentos das obras dos juristas romanos do período entre o séc. I a.C. e o séc. III d.C., as quais até então tinham sido recebidas separadamente. Nos exercícios de exegese e no âmbito dos trabalhos em parte exigidos pelas faculdades para o doutoramento podem, contudo, também outras fontes ser apresentadas para interpretação; por exemplo, outras partes do *Corpus Iuris Civilis*, as Institutas ou o *Codex*, ou talvez o escrito do jurista Gaio, transmitido a nós fora da compilação, e que recebe igualmente o nome de Institutas.

A interpretação dessas fontes jurídicas romanas põe diante do estudante uma tarefa hoje - na era dos comentários - infelizmente muito pouco praticada. Ele está acostumado, nos demais exercícios sobre o direito moderno, a encontrar uma decisão para uma lide, ou uma solução para um problema jurídico. A interpretação da lei, em razão da completude da literatura e da jurisprudência já para isso existentes, fica na maioria das vezes muito limitada. **Na exegese do Digesto, ao contrário, não se trata de procurar uma solução, mas sim de dar uma explicação.** Pois a decisão do caso já foi dada pelo jurista romano nos seus escritos.

**A exegese, a interpretação, deve esclarecer essa decisão para o leitor de hoje, fazer-lhe o texto inteligível, explicar os institutos jurídicos nele referidos ou tacitamente pressupostos, elucidar a problemática contida no caso singular, pôr a claro sua relação com outras decisões em casos semelhantes e tentar encontrar as razões que levaram o jurista romano a essa decisão.**

Isso freqüentemente não é uma tarefa fácil. O estilo dos juristas romanos é as mais das vezes de uma brevidade lapidar. Os fatos e a decisão são artisticamente entrelaçados. Pressupostos evidentes para o leitor entendido de então são omitidos por completo, fundamentações raramente são dadas. À exegese cabe deslindar essa brevidade incompreensível para o leitor hodierno e tornar possível a um jurista entender a decisão em

sua completa extensão e na sua total problemática, mesmo que ele não tenha nenhum conhecimento do direito romano. Um exemplo deve esclarecer isso:

**Gai 10 ed. prov. D. 19.2.6:** *Is, qui rem conduxerit, non cogitur restituere id, quod rei nomine furti actione consecutus est.*

É um fragmento de um outro escrito do supracitado Gaio, que se encontra no Digesto. “D.” é a abreviatura de Digesto, **D.19.2.6 significa: está no 19º livro do Digesto, no 2º título desse livro, e é nesse título (*titulus* = capítulo) a 6ª “lex” ou o 6º fragmento.** Por Justiniano ficamos sabendo, ademais, de que obra do jurista esse trecho foi extraído: “10 ed. prov.”, o 10º livro do comentário de Gaio ao edicto provincial. A tradução reza o seguinte:

Quem recebeu alguma coisa em locação não está obrigado a restituir aquilo que recebeu pela coisa com a ação de furto.

Acerca da situação fática (*Sachverhalt*) Gaio só nos diz expressamente - em uma oração subordinada - que alguém alugou alguma coisa. Além disso - deve-se depreender da parte do fragmento que relata a decisão - o locatário obteve de um ladrão algo pela coisa com a *actio furti* (ação em razão de furto). Logo, a coisa lhe foi furtada, e ele moveu ação contra o ladrão. Dessa sentença de que ele não pode ser obrigado a restituir decorre, ademais, que um outro o está exigindo. E esse outro só pode ser o locador. É este, portanto, o autor da ação.

Portanto, a seguinte situação de fato é tratada por Gaio: o réu alugou alguma coisa do autor. A coisa lhe foi furtada. Ele moveu ação contra o ladrão. O ladrão foi condenado e pagou ao locatário o valor da condenação. O locador exige dele a entrega daquilo que foi assim obtido.

Para a solução deste problema jurídico apresentam-se as seguintes perguntas: Por que o locatário podia, ele próprio, mover ação contra o ladrão? Não o podia o locador? Em outras palavras: quem está ativamente legitimado para a ação contra o ladrão, para a *actio furti*? A que visa essa ação? O que dela obteve o locatário? Com que espécie de ação (em latim: com que *actio*) poderia, de todo modo, o locador exigir a sua entrega? Por que não tem êxito essa ação? Será em razão da espécie de coisa obtida? Pode o locador exigir de uma outra forma a mesma coisa ou uma outra compensação?

Em uma pequena sentença em latim está, portanto, contido um grande número de indagações. A arte da interpretação consiste primeiramente nisto: decompor a decisão do jurista romano nessas perguntas singulares. Só então se pode passar para a interpretação propriamente dita, para as respostas a elas. Para isso, em primeiro lugar, expor-se-ão as regras gerais dos institutos jurídicos que servem de base à decisão, aqui no caso o instituto da locação e a *actio furti*. Então devem-se esclarecer as questões especiais, aqui portanto a legitimação ativa na *actio furti* e a responsabilidade do locatário, e investigar se no Digesto ou nas demais fontes encontram-se outras decisões semelhantes,

quicá para a relação do vendedor antes da entrega, do comodatário, ou do depositário, para com o comprador, o comodante ou aquele que deu a coisa em depósito. Caso tudo isso não ofereça uma explicação satisfatória, deve-se verificar se a decisão não foi falseada em um tempo posterior, por meio de erros de cópia ou pelas assim chamadas interpolações, isto é, alterações intencionais do texto, por exemplo pela inserção de um *non*.

O texto a ser trabalhado, portanto, nunca é por si só suficiente para uma explicação, por mais que se possa e se deva inferir e completar a partir dele mesmo. Outras fontes, o mais possível contemporâneas, devem ser aduzidas, e em primeiro lugar precisamente as que relatam regras gerais para o instituto jurídico mencionado ou tacitamente subentendido no texto. Então devem ser procuradas as fontes que tratam das questões especiais, aqui portanto a legitimação ativa para a *actio furti* e a responsabilidade do locatário pelo perecimento da coisa locada. Decisões em casos semelhantes podem fornecer pontos de referência, e por fim também o nexa contextual com os fragmentos anteriores ou posteriores ao texto estudado podem trazer subsídios para a sua elucidação.

A literatura moderna sobre o direito romano freqüentemente dá indicações para a compreensão da passagem a ser interpretada. Aqui, especialmente nos maiores manuais didáticos, são feitas também remissões àquelas fontes nas quais se expõem os princípios gerais dos vários institutos jurídicos ou se discutem as questões especiais, como a responsabilidade do locatário. Também dos assim chamados e sempre muito procurados “fragmentos paralelos”, nos quais são decididos casos iguais ou semelhantes, encontram-se aqui citações. **Mas o sumo princípio da interpretação deve sempre ser que o intérprete se oriente com base nas fontes romanas, e utilize a literatura moderna apenas como meio auxiliar, o qual ele, em caso de necessidade, deve pôr em discussão de modo crítico.**

Faz parte, por fim, da interpretação, também a comparação com o direito vigente. Deve-se aqui dar para a mesma situação fática (*Sachverhalt*) a solução de acordo com o código civil e comparar com a decisão do jurista romano. Divergências devem ser explicadas - quicá pela diferente estrutura dos institutos no direito romano e no moderno - fundamentadas e avaliadas. Antes de, a seguir, detalhar-se mais acerca da utilização das fontes e da nova literatura, e das diversas partes de um trabalho escrito de exegese do Digesto, deve ser dada uma visão geral da estrutura externa de um tal trabalho.

## II. A Estruturação do Trabalho

Para isto já se impôs de maneira generalizada uma determinada ordenação. Ela não é, seguramente, a única apropriada. Pode-se divergir inteiramente dela. Ela deve, no entanto, ser tomada como base para a iniciação, porque já demonstrou ser adequada.

No início do trabalho vêm o texto latino e a sua tradução. Depois, como terceira parte, cumpre fazer uma breve descrição da vida e obra do jurisconsulto que é nomeado no Digesto (no início de cada *lex*, na sua *inscriptio*) como autor do texto. Muitas vezes, ainda, outros juristas são por ele citados no texto do fragmento. Também acerca

deles é mister, do mesmo modo, referir nesta parte do trabalho, ao tratar da *inscriptio*. Segue então a interpretação e por último a comparação com o direito vigente. No começo ou ao final deve-se apresentar a bibliografia.

Essa divisão do trabalho em cinco partes:

1. texto latino
2. tradução
3. notas à *inscriptio*
4. interpretação
5. comparação com o código civil

não pode, contudo, encobrir o fato de que **na interpretação é que deve ser vista a tarefa propriamente dita**, a coisa mais importante. As demais partes, em relação a ela, têm um significado secundário, mero “acessório” da interpretação, o qual só por razões de clareza é destacado dela. A extensão das várias partes do trabalho deve também corresponder a isso. **O tratamento da *inscriptio* e a comparação com o código civil deveriam, em regra, ocupar juntos não mais do que cerca de um quinto do trabalho.**

Para a extensão total do trabalho não é possível estabelecer uma regra geral obrigatória. Ela deverá variar conforme o grau de dificuldade de cada fragmento. Expressando-se de modo sucinto e preciso, **pode-se explicar muitos textos em menos de dez páginas**. Para outros será utilizado o dobro. Para exegeses de doutorado são feitas em parte exigências superiores às dos trabalhos de graduação. **Mais do que vinte páginas devem, entretanto, ser em regra excessivas**, a extensão normal situando-se entre dez e quinze páginas.

### III. As Fontes

Fontes são os escritos e documentos contemporâneos, por nós recebidos, que fornecem esclarecimentos acerca do direito romano. Contrapõe-se a isso a literatura secundária, que somente mais tarde - com base nessas fontes - trata do direito romano. A ela pertencem não apenas os manuais didáticos e tratados histórico-jurídicos, mas também os escritos dos juristas medievais, dos glosadores e pós-glosadores, os escritos de época posterior, como de Cujácio e Donelo, e a literatura pandectista dos séculos XVIII e XIX.

A exegese de um único texto jurídico latino é impossível sem informações adicionais sobre o pensamento jurídico daquela época. Somente inserido num contexto com outras fontes que tragam esclarecimentos sobre a estrutura geral do instituto jurídico mencionado no texto ou sobre decisões em casos iguais ou semelhantes pode o fragmento ser compreendido. É verdade que esses institutos gerais e a maioria dos problemas correspondentes são descritos e tratados na moderna literatura sobre o direito romano. Mas o intérprete não deve nunca esquecer que também essa literatura está fundada somente nas velhas fontes romanas. **E, tal como na metodologia jurídica a lei é a base de uma**

**decisão, e não a literatura e jurisprudência que a partir dela se desenvolveram, assim também na metodologia histórica para uma exegese as fontes estão no primeiro plano da interpretação.** Naturalmente também aqui é impossível ignorar a literatura secundária. Toda exegese deve tomar em consideração o estado mais recente da pesquisa histórico-jurídica.

Enquanto, porém, as fontes forem inequívocas e, no tocante à sua autenticidade, incontestes, deve-se recorrer a elas e não à literatura secundária. Se for encontrada no Digesto, por exemplo, uma clara declaração de que o herdeiro também no direito romano responde integralmente pelas dívidas do espólio, então deve-se recorrer, para a explicação, a esse fragmento, e não a uma citação a um livro didático ou manual moderno de direito romano. Também no direito moderno recorre-se para isso ao código civil e não a um comentário ou livro didático.

Para a exegese do Digesto deve-se, em regra, recorrer somente às fontes jurídicas. Apenas excepcionalmente deve-se lançar mão alguma vez da restante literatura romana, dos historiadores, oradores e poetas - com mais frequência, talvez, somente de Cícero.

A mais importante fonte jurídica é a que posteriormente foi chamada de *Corpus Iuris Civilis* do imperador Justiniano, da primeira metade do século VI depois de Cristo. Consistia, inicialmente, de três partes: as **Institutas**, o **Digesto** e o **Codex**. Uma quarta parte constituem hoje as **Novelas**, nas quais em essência estão compiladas as leis avulsas promulgadas posteriormente, durante o tempo de vida do imperador Justiniano.

As **Institutas** são um livro didático para principiantes escrito pelos juristas de Justiniano conforme o exemplo do escrito homônimo do jurisconsulto clássico Gaio, do qual passagens inteiras foram aproveitadas palavra por palavra. Elas se dividem em livros, títulos e parágrafos. A abreviatura para as Institutas é "I". "I. 2,1,40" significa portanto: no segundo livro das Institutas, no primeiro título, o parágrafo 40.

O **Digesto** é a parte mais importante do *Corpus Iuris Civilis*. Divide-se em cinquenta livros. Cada livro contém - com exceção dos livros 30 a 32 - diversos títulos, cada qual tratando de um assunto determinado. Assim, o título D.41,1 - no livro 41 o primeiro título - tem por cabeçalho "De adquirendo rerum dominio": tem por objeto a aquisição da propriedade. Em cada título estão, reunidos pela comissão de Justiniano para o Digesto, trechos, fragmentos, assim chamados "*leges*", das obras dos antigos jurisconsultos, e que por sua vez se subdividem em parágrafos. Seguindo uma antiga tradição, o primeiro parágrafo é denominado "*principium*" (pr.). D.41.1.31 pr. é, no 41º livro do Digesto, no primeiro título, na sua 31ª *lex*, o primeiro parágrafo, e D.41.1.31.1 é apenas o segundo parágrafo desse fragmento.

No começo de cada *lex* é nomeado o autor do fragmento e indicado de que obra do jurista ela foi extraída. D.41.1.31 tem a inscrição: "*Paulus libro trigensimo primo ad edictum*". Esse fragmento se origina portanto do 31º livro do grande comentário ao edito do jurisconsulto clássico-tardio Júlio Paulo, dos "*libri ad edictum*". "*Idem*" (o mesmo) no início de uma inscrição remete ao autor já nomeado no fragmento precedente.

Nos trabalhos escritos deve-se indicar para cada *lex* citada não somente a sua localização no Digesto, mas também o seu autor. No exemplo dado, portanto, a citação completa é: "Paul. D. 41.1.31 pr.". Todo o conteúdo da *inscriptio*, com indicação

abreviada da obra, “Paul. 31 ed. D.41.1.31 pr.”, é hoje reproduzido em trabalhos científicos. Isso só é necessário em trabalhos escritos de exegese do Digesto quando para a interpretação importar particularmente em que passagem da obra do jurisconsulto referido essa declaração originalmente apareceu.

Se em uma dissertação são citados consecutivamente diversos fragmentos de um mesmo título do Digesto, encontra-se muitas vezes na literatura o modo de citação abreviado com “*eod.*” ou “*D. eod.*”. “*eod.*” é a abreviatura de *eodem*, e significa: lá mesmo, no mesmo título. Se é ao título D.41.1 que se pretende referir, o exemplo dado seria citado como “Paul. *eod.* l. 31 pr.” ou “Paul. *D. eod.* 31 pr.”. O “l.” no começo é a abreviatura de *lex*.

Se em um trabalho trata-se de um determinado assunto, encontra-se a abreviatura “h. t.” (*huius tituli* = do título que se refere a esse assunto). Se o assunto for, por exemplo, a aquisição de propriedade, “h. t.” significa então: D.41.1.

Na literatura do século XIX citava-se de outra maneira. Indicava-se em primeiro lugar a *lex* e o parágrafo, depois o livro e o título, e se referia também o cabeçalho abreviado do título: “Paul. l. 31 pr. D. 41.1 (de adqu. rer. dom.)” = Paul. D.41.1.31 pr.

O *Codex*, a terceira parte do *Corpus Iuris Civilis*, contém em doze livros constituições imperiais, decisões, dos imperadores romanos de Adriano a Justiniano. Os livros se constituem de títulos, e estes de “*constitutiones*”. Para cada constituição indicam-se na *inscriptio* o nome do imperador e do destinatário para cuja pergunta a decisão foi emanada, e ao final, com o nome dos cônsules do ano em questão, é indicada a data - traduzida entre parênteses, nas edições mais novas, para a nossa contagem de tempo. é, no 6º livro, no seu 30º título, a segunda constituição, que foi promulgada por Alexandre Severo no ano 223 depois de Cristo (a.= *anno*).

No início de cada *inscriptio* no *Codex* são abreviadamente aduzidos antes e depois do nome do imperador os seus títulos nobiliárquicos. “Imp.” antes do nome significa: *imperator*, “A.” depois dele: *Augustus*. Se forem dois imperadores que conjuntamente promulgaram uma constituição, aparece então “Imp.” (*imperatores*) e “AA” (*Augusti*). Essas designações não são acolhidas na citação. Permanece, portanto, “Alex. C. 6.30.2 (a. 223)”. Também o destinatário, que é sempre nomeado no dativo - em C.6.30.2: “*Florentino militi*”, isto é, ao soldado Florentino - não precisa, em regra, ser citado.

As *Novelas* são simplesmente reunidas de forma contínua, sem divisão em livros e títulos. Ao todo são 168. Como quase todas originam-se de Justiniano, é, neste particular, supérflua a indicação do imperador. As mais extensas se subdividem em capítulos, e os capítulos em parágrafos. Modo de citar: “Nov. 99.4”.

O *Corpus Iuris Civilis* é hoje utilizado na edição organizada por **Theodor Mommsen e Paul Krüger** (reimpressão de 1954). As Institutas e o Digesto estão contidos no primeiro volume, no segundo o *Codex* e no terceiro as *Novelas* (editadas por **Schoell e Kroll**). Base para a crítica textual filológica ao Digesto é a grande edição em dois volumes de Mommsen (1870). No que tange à história da legislação justinianéia, confrontar os manuais didáticos de história do direito romano (*infra*, p. 14) de Dulckeit-Schwarz pp. 143 ss., Kaser pp. 214 ss., Kunkel pp. 143 ss, com literatura adicional em apêndice. As questões filológicas da crítica textual aos diversos manuscritos do Digesto, que nas edições



são abreviadas com F, F<sup>1</sup>, F<sup>2</sup>, S etc, são tratadas de forma inteligível também para os estudantes por **Fritz Schulz**, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916), pp. 1-17.

Fora do *Corpus Iuris Civilis* apenas poucos escritos jurídicos nos foram transmitidos. Eles foram reunidos nas coletâneas mais antigas de **Krüger-Mommsen-Studemund**, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, 3 volumes (1878-1890), de **Seckel-Kübler**, *Jurisprudentiae Anteiustinianae Reliquiae*, 2 volumes (1908-1911) e no segundo volume de **Fontes Iuris Romani Anteiustiniani** (“Auctores”, editado por Baviera e Furlani, 1940). Das Institutas de Gaio existem várias edições avulsas. Para a exegese do Digesto o melhor será utilizar as de **Krüger-Studemund** (7<sup>a</sup> edição, 1923), **Seckel-Kübler** (8<sup>a</sup> ed. 1939) ou de **David** (2<sup>a</sup> ed. 1964). Os cinco escritos mais extensos, e que também hão de ser utilizados com maior frequência na exegese do Digesto, citam-se da seguinte maneira:

Gai 1.21	= <i>Gai Institutiones</i> , livro 1, parágrafo 21.
Paul. 2.14.3 ou PS 2.14.3	= <i>Pauli sententiae</i> , livro 2, título 14, parágrafo 3.
Ulp. 11.2	= <i>Ulpiani regulae</i> , título 11, parágrafo 2.
Paul. vat. 307 ou Paul. Fragm. Vat. 307	= <i>Fragmenta Vaticana</i> , lex 307 (um fragmento de Paulo)
Pap. vat. 262 ou Pap. Fragm. Vat. 262	= <i>Fragmenta Vaticana</i> , lex 262 (um fragmento de Papiniano).
Ulp. coll. 7.4.2	= <i>Collatio legum Mosaicarum et Romanarum</i> , título 7, lex 2, parágrafo 2 (um fragmento de Ulpiano).
Paul. coll. 12.2.2	= <i>Collatio legum Mosaicarum et Romanarum</i> , título 12, lex 2, parágrafo 2 (um fragmento de Paulo).

A respeito da espécie, antigüidade e modo pelo qual chegaram a nós esses escritos, encontra-se tudo de essencial nos supracitados manuais didáticos de história do direito romano de Dulckeit-Schwarz, Kaser e Kunkel.

A **Lei das Doze Tábuas** não foi transmitida a nós autonomamente, mas apenas reconstruída de modo fragmentário a partir de citações. A mais nova compilação é a do primeiro volume de **Fontes Iuris Romani Anteiustiniani** (“*Leges*”, editado por Riccobono, 1941).

Os poucos **documentos** do direito romano que chegaram a nós são apenas raramente invocados para a exegese do Digesto. Foram reunidos por último no terceiro volume de **Fontes Iuris Romani Anteiustiniani** (“*Negotia*”, editado por Arangio-Ruiz, 1943).

Uma concisa e boa visão geral das fontes literárias nos dá **Eduard Norden**, *Die römische Literatur*, 6<sup>a</sup> ed., 1961. Em apêndice encontram-se minuciosas indicações sobre as edições que podem ser utilizadas. O modo de citar os escritores latinos é compilado de maneira exemplar no volume de índice do *Thesaurus Linguae Latinae*, um dos vocabulários universais da língua latina publicados pelas Academias de Ciências (*Index Librorum*, 1904). A respeito do conteúdo e problemas dos discursos de Cícero que com mais freqüência hão de ser aludidos dá-nos minuciosa informação **W. Drumann**, *Geschichte Roma*, volume V, 3<sup>a</sup> parte (2<sup>a</sup> edição, 1919), pp. 230-687. Literatura mais recente encontra-se em **Schanz-Hosius**, *Geschichte der römischen Literatur*, volume I, (4<sup>a</sup> edição, 1927, reimpressão 1959), pp. 404 ss.

#### IV. Literatura

Muita cautela é recomendada na utilização de literatura do século XIX e de época anterior, porque o direito romano era então tratado como direito vigente, não como direito histórico. Essa literatura está hoje em grande parte ultrapassada e desatualizada. Isso vale em parte também para uma realização tão brilhante do ponto de vista pedagógico e uma obra outrora tão difundida como o manual didático de **Rudolph Sohm** (*Institutionen*, revisto por **Mitteis e Wenger**, 1949), que dificilmente pode ainda ser utilizado para a exegese do Digesto. E finalmente - como nos trabalhos de direito moderno - pequenos livros didáticos, obras para estudantes ou outros resumos (por exemplo B. Schaeffer, *Grundriß*) não são fundamentos citáveis em um trabalho.

##### Livros didáticos e manuais:

**Jörs-Kunkel**, *Römisches Recht* (3<sup>a</sup> ed., 1949).

**Kaser**, *Das römische Privatrecht*, 2 volumes (1955, 1959).

**Mitteis**, *Römisches Privatrecht*, vol. I (1908; só o primeiro volume foi publicado).

**Rabel**, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, in: **Holtendorff-Kohler**, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, vol. I (7<sup>a</sup> ed., 1915) pp. 399-540 (também apareceu numa edição avulsa, sem alterações, em 1955).

**Schulz**, *Classical Roman Law* (1951).

**Siber**, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, vol. II: *Römisches Privatrecht* (1928).

Essas são as obras sobre o **direito privado** romano, nas quais é possível provisoriamente informar-se a respeito da questão tratada em um fragmento jurídico. Nelas são elencadas as correspondentes fontes romanas para as questões fundamentais, e lá também é indicada a literatura especializada para os diversos problemas. É melhor usar primeiramente o grande manual de **Kaser**, que é o mais recente e minucioso. Ao final do segundo volume há um minucioso **índice analítico** da obra inteira. Sobre o **Processo Civil** romano surgirá em 1966 um manual igualmente de **Kaser**. O livro didático de **Wenger** (*Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, 1925) está no momento desatualizado em razão das recentes pesquisas, assim como o seu “*Abriß des römischen Zivilprozeßrechts*”, na obra de **Jörs-Kunkel**.

#### **Material de apoio:**

**Heumann-Seckel**, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (9ª ed. 1907, reimpressão 1958).

*Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* (desde 1894, ainda incompleto).

*Index Interpolationum*, editado por Levy e Rabel, vol. I-III e Suplemento (1929-1935).

**Lenel**, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 volumes (1889).

**Lenel**, *Das Edictum Perpetuum* (3ª ed., 1927).

**Índice Geral da Revista Savigny**, (Seção romanística) para os volumes 1 a 50 (1932).

**Berger**, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953).

**Paulys** *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (desde 1893, ainda incompleta, até agora já saíram 64 volumes, cada um deles correspondendo a meio-tomo, e 10 volumes suplementares), abreviadamente: **RE**.

*Der Kleine Pauly* (desde 1964, ainda incompleto).

*Lexikon der alten Welt* da editora Artemis (1965).

A obra de **Heumann-Seckel** não é apenas um material de apoio indispensável para a tradução, mas além disso - por exemplo o artigo sobre a responsabilidade por “*custodia*” - uma exemplar descrição dos institutos jurídicos romanos, dotada de grande valor científico próprio.

O *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* mais raramente será empregado em uma exegese do Digesto. Ele dá, para cada palavra, todas as passagens do Digesto e dos escritos dos juriconsultos clássicos a nós transmitidos fora dele. O Digesto aqui não é citado da maneira habitual, mas segundo o volume, página e linha da edição do Digesto em

dois volumes de Mommsen (*supra*, p. 8). Essa numeração se encontra à margem da edição normal de Mommsen-Krüger. O traço acima do número da linha significa o segundo volume da edição de Mommsen:

Ulp. 281.<sup>5</sup> = Mommsen, volume 1, página 281, 5ª linha.  
 = Ulp. D.9.2.13.pr  
 Paul. 133.<sup>20</sup> = Mommsen, volume 2, página 133, 20ª linha.  
 = Paul. D. 33.8.1

O *Index Interpolationum*, para cada fragmento do Digesto, remete às opiniões representadas na literatura - e em parte muito hipotéticas - quanto à autenticidade do texto. Ele não dá, pois, nenhuma opinião própria e por isso não é, por si só, citável. Sobre a sua utilização e a questão da crítica interpolacionista cf. *infra* a seção nº 8. De resto, encontra-se aqui, ainda, a literatura especializada que se ocupa dos problemas jurídicos do texto em estudo, já que a questão da autenticidade geralmente só pode ser decidida no contexto da problemática da matéria.

Na *Palingenêse* (em grego: renascimento, renovação) de Lenel foram reconstruídas as diversas obras dos juriconsultos romanos, até onde o quanto chegou até nós desses textos o permite: os trechos dispersos no Digesto e alhures foram reunidos novamente por Lenel de acordo com a sua *inscriptio*, na ordem conjeturalmente original. Com isso se obtém para muitos fragmentos no mínimo um esclarecimento acerca do tema em cujo contexto eles foram escritos pelo seu autor, freqüentemente também sobre a conexão com outros fragmentos esparsos no Digesto, e assim conseguem-se preciosas indicações para a sua interpretação.

O *Edictum Perpetuum*, uma outra obra de Otto Lenel, procura reconstituir o teor do edito do pretor, redigido pelo juriconsulto Juliano por encargo do imperador Adriano (cf. a esse respeito Kunkel, *Römisches Rechtsgeschichte*, 4ª ed., 1964, pp. 88 ss.). Aqui se encontra o teor literal de cada *actio*, *exceptio* e cada *interdictum*, até onde foi possível investigar. No ponto central da *actio* e dos demais remédios jurídicos formais do direito privado dos romanos a sua textualidade foi muitas vezes de grande significação para a decisão de uma questão jurídica e há de ser levada em conta na interpretação de quase todo texto jurídico.

As designações AA e NN empregadas nas fórmulas são abreviaturas dos nomes genéricos dados ao autor (Aulus Agerius, de *agere*: agir, mover ação) e do réu (Numerius Negidius, de *negare*: negar). As formas declinadas são, por exemplo:

A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> = Aulus Agerius  
 A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> = Auli Agerii  
 N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> = Numerium Negidium

As abreviaturas mais importantes nas fórmulas são:

- S.P. = *si paret* (se ficar provado)  
 Q.D.A. = *quo de agitur* (de que se trata)  
 Q.D.R.A. = *qua de re agitur* (a coisa de que se trata)  
 C.S.N.P.A. = *condemnato, si non paret absolvito* (condena; se não ficar provado, absolve)

No **Índice Geral da Revista Savigny** há um índice de assuntos e de fontes para os primeiros cinquenta volumes (1880-1958). O índice para os volumes 51 a 75 (1931-1958) deve sair em breve.

Um ótimo material de apoio para uma primeira orientação é o dicionário temático do direito romano de **Adolf Berger** (*Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953). Mas também nas três outras enciclopédias sobre a antigüidade (*RE, Der Kleine Pauly, Artemis-Lexikon*) encontram-se diversos artigos sobre questões jurídicas.

## Periódicos

Os mais importantes periódicos histórico-jurídicos são:

- BIDR** = Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano (Roma, desde 1888, desde 1940 Milão).  
**IURA** = Iura, Rivista internazionale di diritto romano e antico (Nápoles, desde 1950)  
**Labeo** = Labeo, Rassegna di diritto romano (Nápoles, 1955)  
**RH** = Revue historique de droit français et étranger (Paris, desde 1877)  
**SDHI** = Studia et documenta historiae et iuris (Roma, desde 1935)  
**SZ** = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung (Weimar, desde 1880); **também abreviada ZSt.**  
**TS** = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Haarlem, desde 1918, desde 1950 Groningen)

Depois de examinados os manuais e o material de apoio de acordo com a literatura, dever-se-iam folhear as últimas edições dessas revistas, a fim de averiguar se nos

últimos tempos apareceram novos estudos sobre a interpretação do fragmento em análise e dos problemas a ele conexos.

### Antigas obras de comentários

Em regra, a mais recente literatura sobre o direito romano fornece indicações bastantes para a interpretação, e apenas excepcionalmente será necessário utilizar os comentários mais antigos, cujo grande valor entretanto consiste em que eles por vezes dão mais informações sobre os fragmentos das fontes do que a literatura mais nova. Os quatro mais importantes são os **escólios das Basílicas**, a **Glosa** (*Glossa ordinaria*), e os trabalhos de **Cujácio** e **Donelo**.

Apesar da proibição de Justiniano aos comentários, promulgada no prólogo ao Digesto (Const. Tanta 21), logo surgiu no império romano do oriente uma volumosa literatura de comentários, que está contida nos **escólios às Basílicas**. As “Basílicas” são uma nova versão, em grego, da legislação justinianéia, concluídas em Bizâncio sob o imperador Leão o Sábio (886-911), à qual foram apensados escólios (em grego: explicações). Para a exegese do Digesto é melhor utilizar a edição de **Heimbach** (seis volumes, 1833-1870), porque nela os escólios estão associados às Basílicas e tanto o texto das Basílicas quanto os escólios estão acompanhados de uma tradução latina. Acerca da história das Basílicas e dos escólios, e das novas edições, cf. por exemplo Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte* (4<sup>a</sup> ed., 1964), pp. 156 ss, com literatura adicional.

A contrapartida ocidental, mais recente, dos escólios às Basílicas é a **Glossa ordinaria** de Acúrsio, anexada às velhas impressões do *Corpus Iuris Civilis*, e na qual o trabalho dos glosadores do norte da Itália no século XIII foi compilado (cf. Kunkel, op. cit., pp. 158 ss). Como não existe uma edição moderna dessa glosa, é preciso utilizar uma das edições originadas geralmente no século XVI ou XVII. Comentários minuciosos a cada um dos fragmentos do Digesto e do *Codex* estão contidos na obra de ambos os grandes juristas do Humanismo, **Cujácio** (1522-1590) e **Donelo** (1527 até 1591; sobre ambos, cf. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, vol. I, 1880, pp. 375 ss.), que apareceram em diversas edições conjuntas em vários volumes nos séculos XVII a XIX. Algumas dessas edições têm um volume de índice, com cujo auxílio o fragmento desejado pode ser encontrado.

### Literatura sobre a *inscriptio*

Sobre vida e obra do autor de um fragmento do Digesto e dos juristas mencionados em seu texto encontra-se informação nos seguintes livros:

**Dulckheit-Schwarz**, *Römische Rechtsgeschichte* (4<sup>a</sup> ed., 1965).

**Kaser**, *Römische Rechtsgeschichte* (1950).

- Kipp**, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* (4<sup>a</sup> ed., 1919)
- Krüger**, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, (2<sup>a</sup> ed., 1912).
- Kunkel**, *Römische Rechtsgeschichte* (4<sup>a</sup> ed., 1964)
- Kunkel**, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952).
- Schulz**, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961).
- Wenger**, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953).

As informações mais minuciosas sobre a vida dos jurisconsultos nos dá Kunkel no seu livro sobre sua origem e posição social. As obras são melhor caracterizadas na história das fontes de Krüger e em Schulz.

Com freqüência - e raramente sem mal-entendidos - recorre-se também à obra de Wieacker sobre as fases de um texto (*Textstufen klassischer Juristen*, 1960) para tratar da *inscriptio* na exegese do Digesto. Esse livro trata das complicadas questões da história da transmissão dos escritos dos jurisconsultos, desde a sua primeira publicação até a sua recepção no Digesto. Em regra, não é necessário entrar nessas questões. Basta que a obra do jurisconsulto seja brevemente descrita com base nos livros de Krüger e Schulz. Só em casos excepcionais dever-se-á entrar também na história da sua transmissão posterior, se isso no caso específico - quiçá para o problema das interpolações pré-justinianéias - também for de importância para a interpretação do fragmento em tela.

### Literatura metodológica

- Sturm**, *Anleitung zur Anfertigung von Digestenexegesen*, JuS 1962, pp. 387-394 (observações fundamentais), pp. 427-437 (exemplo de uma exegese, para trabalho escolar), pp. 471 até 476 (exemplo de uma exegese, para exame escrito); faz exigências um pouco elevadas demais.
- Troje**, *Digestenexegese in den Fakultäten*, JuS 1963, pp. 459-460 (visão geral).
- Troje**, *Digestenexegese: Scaev. D. 44.4.17.1*, JuS 1964, pp. 451-455 (exemplo de exegese com observações gerais).

### Bibliografia, abreviaturas

Na bibliografia só se devem incluir as obras citadas no texto do trabalho. Material de apoio não deve ser mencionado. Não é obrigatória uma subdivisão em gêneros.

A *Realencyclopädie* (RE) ou os periódicos não devem ser citados em bloco, mas conforme o autor, volume e página, por exemplo:

Weiss, *Stipulatio*, RE 2ª série, 6º meio-tomo (1929), col. 2540 ss.

Nörr, *Zur Herkunft des Irnerius*, SZ 82 (1965), pp. 327 ss.

Em citações e notas de rodapé é melhor orientar-se pelo índice de abreviaturas do manual de Kaser (*Das römische Privatrecht*, vol. I, pp. XX a XXVI; vol. II, pp. XV a XXIII).

## V. A Preparação do Trabalho Escrito

Para redigir um trabalho de exegese é recomendável informar-se primeiramente sobre o autor do fragmento e sua obra, e reunir anotações para o tratamento da *inscriptio*. Saber-se-á, então, de que época é originário o texto, em que contexto ele se inseria na obra do juriconsulto, e com isso se obterão já alguns pontos de referência para a interpretação, com os quais a seguir se poderá começar.

Aqui predomina então de modo generalizado o mau hábito de imediatamente lançar mão dos índices das fontes - o índice geral da revista Savigny ou o *Index Interpolationum* - em busca da literatura especial, monografias ou artigos em revistas ou coletâneas, onde sempre é analisado o fragmento em questão, para então, com o auxílio de alguma tradução do Digesto feita no século XIX, “solucionar o problema do fragmento” - e com isso já estar no melhor caminho para escrever um trabalho inaproveitável. Pois, em primeiro lugar, a literatura especial geralmente trata dos fragmentos do Digesto apenas sob o estreito ponto de vista de um tema específico, ao passo que a exegese deve dar uma explicação do conteúdo inteiro do fragmento, em todas as direções, sem limitar-se a um ou mais “problemas”. E, em segundo lugar, as traduções prontas muito freqüentemente impedem uma reflexão própria sobre o texto: tudo parece claro, e muita coisa que requer esclarecimento passa despercebida.

O primeiro passo para a interpretação é portanto a tentar fazer uma tradução **própria**, independente e **provisória**. Para isso se utiliza o dicionário de **Heumann-Seckel**, no qual o significado jurídico das expressões latinas é encontrado. Latinistas fracos sempre podem, então, comparar seu próprio esboço com as velhas traduções do Digesto.

Mas tampouco após essa tradução - que sempre só pode levar a um entendimento provisório e incompleto - deve-se compulsar já a literatura especial, mas primeiro tentar informar-se nos manuais e livros didáticos sobre os institutos que servem de base para a decisão do juriconsulto, ler as fontes a isso referentes - citadas nos manuais - alcançar por si mesmo a problemática do caso e então chegar a uma interpretação própria do texto inteiro. E não importa se, para um trabalho a ser concluído no prazo de três semanas, três ou quatro dias forem distendidos nisso. Somente depois disso procurar-se-á reunir a literatura especial, que se encontra ou nos manuais indicados ou nos supracitados



meios de apoio (*Index Interpolationum*, índice geral da revista Savigny), comparar-se-á a própria interpretação com as opiniões lá representadas e ter-se-á então a liberdade necessária para discutir criticamente essas opiniões.

Em seguida, a formulação de uma tradução definitiva constitui a conclusão da interpretação, e a solução do caso de acordo com o direito moderno o último passo na preparação do trabalho escrito.

## VI. As tarefas secundárias

### 1. Reprodução do texto latino

A reprodução do texto latino - com a *inscriptio* completa - serve para o próprio controle de quem faz o trabalho. Antes da redação definitiva da interpretação deve ele deste modo ser forçado a verificar se tomou por base para ela o teor correto e integral do fragmento.

As indicações sobre as variações dos diversos manuscritos (assim chamados “aparato crítico”) possivelmente dadas em notas de rodapé na edição de Mommsen e Krüger, ou sobre melhoramentos próprios no texto (“emendas”) por esses dois ou outros editores do Digesto, devem ser incluídas na reprodução. As variações do texto podem ser de considerável significação prática para a interpretação de um fragmento, quando por exemplo se tratar do correto preenchimento de lacunas ou da eliminação de erros na transmissão do texto que lhe tenham deturpado o sentido. Uma decisão sua própria acerca da correção da variante escolhida respectivamente pelos vários editores em princípio não precisa, porém, ser tomada, pois se trata de questões mais filológicas da composição do texto justinianeu do Digesto, que o jurista iniciante não é capaz de, sem mais, apreciar. Cf. para isso a (supracitada na pág. 9) *Einführung in das Studium der Digesten* de Fritz Schulz, pp. 1-17.

Disso se há de rigorosamente distinguir a conjectura acerca de interpolações, isto é, alterações de conteúdo no texto do jurisconsulto feitas no período clássico, até a sua recepção no Digesto, e portanto devidas a revisores em época pré-justinianéia, ou à própria comissão compiladora do Digesto. **Referências a tais interpolações não fazem parte do texto.**

No primeiro caso - crítica filológica ao texto, variações entre os diversos manuscritos que nos chegaram dos séculos VI a XII, no *aparato crítico* - trata-se da reconstituição do texto justinianeu do Digesto, da eliminação de erros de cópia mecânicos, não intencionais. A crítica interpolacionística, ao contrário, ocupa-se - partindo do texto do Digesto assim reconstituído - da determinação do teor original da decisão do jurisconsulto clássico, que em época posterior pode ter sido conscientemente desfigurada por meio de acréscimos explicativos, abreviações ou alterações de conteúdo. Suposições acerca de interpolações não fazem parte da reprodução do Digesto de Justiniano, pois nele essas alterações já foram publicadas como parte integrante do texto oficial. Por isso, as correspondentes referências da crítica textual (entre chaves ou colchetes, cf. seção 8 *infra*), não fazem parte da reprodução do texto.

Infelizmente, e ainda por cima de modo um tanto falto de critério, foram em parte feitas indicações sobre tais suspeitas de interpolação na edição Mommsen-Krüger - na forma de chaves no texto com o aditamento “*Iust.*” (Iustinianus) em nota de rodapé. Também essas indicações devem, pois, ser postas de lado.

## 2. A tradução

A tradução que no trabalho escrito é exteriormente anteposta à interpretação é o resultado, a soma dessa interpretação do fragmento (cf. *supra* pág. 16). Ela deve ser redigida o mais possível ao pé da letra, mas ao mesmo tempo reproduzir também o sentido correto. Na dúvida, deve-se dar prioridade à interpretação que corresponda ao sentido.

O mais importante material de apoio aqui é o dicionário de **Heumann-Seckel**. Em caso de necessidade pode-se também recorrer ao grande dicionário latino de **Georges** (2 volumes, reimpressão da 8<sup>a</sup> edição, 1959) e a uma gramática latina escolar (p. ex.: **Rubensbauer-Hoffman**, *Lectiones Latinae - Lateinische Grammatik*, 7<sup>a</sup> ed., 1963).

## 3. O tratamento da *inscriptio*

Na terceira parte preparatória do trabalho deve-se apresentar um breve relato acerca do autor do fragmento e dos juristas por ele citados, sendo indicados, até onde forem conhecidos, os anos em que viveram e exerceram cargos públicos, e as suas obras mais importantes, e por fim descrever um pouco mais exatamente a obra, mencionada na *inscriptio*, de onde foi extraído o fragmento, e esclarecer o contexto temático no qual ele originariamente se inseria. Sobre essas questões preliminares da interpretação, que não requerem nenhuma pesquisa à parte, **não se precisa escrever mais do que uma ou no máximo duas páginas.**

Até onde se puderem simples e diretamente atestar nas fontes especificações sobre a biografia, devem-se aqui também citar as fontes, e não a literatura secundária. Que, p. ex., Juliano foi aluno de Javoleno e além disso pretor e cônsul, pode-se atestar imediatamente de um fragmento do Digesto (Jul. D. 40.2.5). Para datar com exatidão que ele provavelmente nasceu em torno de 100 d.C. e se fez cônsul no ano 148 d.C., pode-se invocar sem mais provas nem exame de questões controversas a opinião dominante na literatura (para Juliano: Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 1952, pp. 157 ss.).

A literatura a empregar está elencada *supra* nas págs. 14 ss, e também lá já foi referido que a moderna pesquisa das fases de um texto só em casos excepcionais deve ser tomada em consideração em uma exegese do Digesto. A mais importante fonte para a história da jurisprudência romana até os tempos do imperador Adriano é o breve compêndio de Pompônio (*liber singularis enchiridii*: “manual em um volume único”), quase integralmente transmitido em D. 1.2.2. As biografias dos imperadores, às vezes citadas na literatura somente em forma abreviada “*vita Carac. 8,3*” ou “*vita Getae 2,4*”, designam uma fonte em parte questionável quanto a seu valor histórico, a *Scriptores historiae Augustae* (citação completa: “*Script. hist. Aug., vita Carac. 8,3*” etc, a utilizar na

edição de Hohl, 2 volumes, 1955; sobre essa obra, Norden, *Die römische Literatur*, 1954, pág. 101). Com mais frequência são indicadas coletâneas de epígrafes. “CIL” significa: *Corpus Inscriptionum Latinarum*; “Dess.”: **Dessau**, *Inscriptiones Latinae selectae* (3 volumes, 1892-1961; a respeito de ambas: Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, pág. 168). Essas fontes não precisam ser examinadas criticamente para o tratamento da *inscriptio*, mas então também não podem ser citadas. Basta a alusão à moderna literatura histórico-jurídica.

Sobre o significado dos cargos públicos dos juristas o melhor é informar-se nos mais recentes manuais de história do Direito Romano (**Dulckeit-Schwarz**, pp. 74 ss, 169 ss; **Kaser**, pp. 34 ss, 96ss; **Kunkel**, pp. 23 ss, 57 ss). Uma breve visão geral das abreviaturas das denominações oficiais, empregadas nas fontes e na literatura, e sobre os cargos públicos especiais no tempo do império é dada *infra* no apêndice à pág. ....

A antiga localização do fragmento na obra do jurista encontra-se na Palingênese de **Lenel**, referida e descrita *supra* nas págs.11 e 12. Quando for possível, deve-se esclarecer aqui também o contexto temático no qual se situava a opinião citada de um outro jurista, na obra do mesmo. Também para isso se encontram indicações em **Lenel** - por meio da inclusão dessas citações nos fragmentos do jurista citado, em itálicos .

#### 4. A comparação com o direito vigente

O trabalho será concluído com uma comparação entre o direito romano e o direito alemão vigente. Com isso a exegese do Digesto cumpre a tarefa, também imposta à História do Direito, de compreender o presente a partir da evolução do passado. A comparação não pode restringir-se a exposições gerais acerca da estrutura do instituto em exame em ambas as esferas jurídicas. O caso concreto proposto ao jurista romano e por ele decidido deve primeiramente ser resolvido novamente conforme o direito vigente - levando em conta a doutrina e a jurisprudência. Somente então é possível um confronto das soluções e com isso também uma comparação dogmática geral.

Muitas vezes uma comparação direta é impossível, porque alguns institutos do direito romano são estranhos ao Código Civil e assim também certos contornos da situação fática (*Sachverhalt*) não podem ser transportados para o direito moderno: não há mais escravos, a *stipulatio* foi substituída por diversos institutos singulares e pela liberdade contratual geral no direito das obrigações moderno, e apenas raramente corresponde à promessa abstrata do § 780 do BGB (Código Civil Alemão) etc. Conforme a problemática do caso não possa ser mantida ou uma comparação por meio de uma remodelação não mais possa ser vista como sensata, deve então ser construído um caso comparável, por meio de modificação na situação fática (*Sachverhalt*), ou então não ser feita a comparação. Alguns exemplos devem elucidar isso:

1. **Lab. D.19.2.60.7:** *Servum meum mulionem conduxisti: neglegentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi*

*dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret*<sup>1</sup>.

Aqui um escravo foi alugado como almocreve e por negligência sua uma mula foi morta. Labeão trata da responsabilidade do locador nos três casos: que o próprio escravo determinado ou o seu dono fez a locação, ou que apenas um escravo qualquer foi alugado, sem determinação da pessoa.

Os escravos eram vistos, no Direito Romano, não somente como coisas, mas também, no comércio jurídico, como pessoas (cf. p. ex. a aqui aludida responsabilidade por negócios jurídicos de pessoas sob o poder de outrem, com a *actio de peculio vel de in rem verso*) e por isso daí decorre que, ao mantermos a situação fática (*Sachverhalt*) restante, o escravo aqui deve simplesmente ser substituído por um preposto (*Erfüllungsgehilfe*<sup>2</sup>) para o cumprimento de um contrato de locação de serviços, conforme os §§ 611 e 278 do BGB (Código Civil Alemão), tanto mais que locação de coisas e de serviços eram regulados no Direito Romano por um mesmo instituto jurídico (*locatio-conductio*).

Mas mesmo assim o caso da auto-locação não é mais passível de transpor-se para o direito moderno, pois a problemática da responsabilidade por negócios jurídicos de pessoas submetidas ao poder de outrem é inteiramente estranha ao BGB (o proprietário de escravos responde com o patrimônio especial confiado à administração daqueles, o *peculium*, ou com aquilo que ele obteve do negócio do escravo, *quod in rem domini versum est*). E no segundo caso merece tento além disso que Labeão em sua decisão orientou-se pela responsabilidade por vícios da coisa alugada (cf. Ulp. D.19.2.19.1), viu o escravo, portanto, como coisa, não como pessoa. Quando muito no último caso vem à baila uma espécie de responsabilidade por prepostos (porém somente pela escolha destes, cf. Ulp. D.9.2.27.9). Um correspondente caso de comparação para a problemática percebida por Labeão como uma unidade não pode ser construído, e seria particularmente insensato acolher a tripartição encontrada por ele. A comparação com o Código Civil deve portanto limitar-se a correspondentes observações gerais sobre a estrutura dos institutos jurídicos da locação e dos contratos de prestação de serviços e de empreitada, e sobre a

<sup>1</sup> Tu alugaste meu escravo como almocreve. Por negligência dele a tua mula pereceu. Se ele próprio se tiver contratado, só deverei, na minha opinião (*dico*) reparar o dano com a *actio de peculio vel de in rem verso*. Mas se eu mesmo o aluguei, só serei responsável perante ti por dolo ou culpa própria. E se tu alugaste de mim um almocreve, sem especificar a pessoa, e eu te dei aquele por cuja negligência o animal pereceu, responderei a ti, na minha opinião (*aio*), por culpa na escolha do escravo que te causou esse dano. (**Nota do tradutor:** Por fidelidade ao original, optamos aqui por traduzir o texto desta nota de rodapé a partir da tradução alemã dada por Wesel, e não diretamente a partir do texto latino).

<sup>2</sup> **Nota do tradutor:** *Erfüllungsgehilfe* é um termo técnico do BGB que dificilmente se traduz em termos exatos para o português. Significa um auxiliar ou preposto empregado pelo devedor para o cumprimento de uma prestação; pode ser uma pessoa sob o poder legal do devedor, um empregado seu, ou até mesmo um trabalhador autônomo contratado. O devedor responderá pelos atos do preposto incondicionalmente (responsabilidade objetiva), cf. § 278 do BGB. Opõe-se a *Verrichtungsgehilfe*, também um preposto, mas sempre uma pessoa sujeita ao poder de mando de alguém, que responderá pelos atos daquele unicamente se teve culpa própria (*in eligendo* ou *in vigilando*), cf. § 831 do BGB. O primeiro termo se refere apenas à responsabilidade contratual, e o segundo somente à extra-contratual.

responsabilidade nesses contratos de acordo com o Direito Romano e o direito civil moderno.

2. **Iav. D.12.1.36:** *Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spondesti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Atii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor*<sup>3</sup>.

Um credor (*ego*) deu ao seu devedor de uma *stipulatio* (*tu*) ordem para prometer a Átio a soma devida, por uma nova *stipulatio*, sob condição (suspensiva). É problemático se ele durante a pendência ainda pode exigir do devedor o pagamento (cf. o modelo de exegese *infra*).

A *stipulatio* é uma promessa oral de dívida - freqüentemente abstrata - que se realiza por meio de uma pergunta formal do credor e uma correspondente resposta do devedor (cf. Gai. 3.92). Mesmo se no caso da *lex 36* se tratasse de uma *stipulatio* abstrata, seria aqui supérfluo admiti-la no caso para comparação como uma promessa abstrata de dívida (§ 780 do BGB). A ordem dada, com a conseqüente *stipulatio* novatória (i.e., que extingue a dívida antiga) do devedor para com o novo credor substituiu muito mais a cessão de crédito, desconhecida do Direito Romano (Gai. 2.38). Por isso é melhor construir o caso para comparação como cessão condicional de dívida: A cede sob condição suspensiva a C um crédito contra B (§§ 398, e 158 I do BGB). Pode ele durante a pendência da condição exigir ainda o pagamento ?

Seria porém possível o acolhimento no caso para comparação da ordem dada pelo credor: A dá ordem a seu devedor B para que pague a C uma determinada quantia. B acata a ordem (§§ 783, 158 I e 784 do BGB). À primeira vista este caso parece oferecer um paralelo melhor, pois como no Direito Romano contrapõem-se agora também dois créditos. Mas bem aqui existe uma diferença fundamental. Os créditos de ambas as *stipulationes* romanas situam-se - separados pela condição - um depois o outro: com o surgimento do crédito da *stipulatio* de Átio, extingue-se o do antigo credor. De acordo com o § 787 do BGB persistem, ao contrário, os dois créditos, um ao lado do outro, até o pagamento ao novo credor. Além disso, pelo § 784 I 2 do BGB, este adquire um crédito abstrato,

<sup>3</sup> O dinheiro que me debes sem condições prometeste, por ordem minha, a Átio, sob uma condição: não conseguirei eu nada se demandar durante a pendência da condição, porque a tua dívida perante mim se encontra em uma situação como se tu me tivesses prometido o dinheiro sob a condição oposta ? Ele respondeu: não duvido de que o meu dinheiro, que eu fiz ser-me prometido sem condição, permaneça em crédito também se não se implementar a condição na pessoa de Átio, que com minha anuência fez ser-lhe prometido o mesmo dinheiro sob condição (é como se nenhuma *stipulatio* se tivesse interposto): mas durante a pendência da condição eu não posso exigir o mesmo, porque pareço estar exigindo antes do tempo, se não é certo se dessa *stipulatio* pode ser devido. (**Nota do tradutor:** Tradução feita a partir da versão alemã de Wesel, e não do texto original latino, pelo motivo já explicado na nota 1 *supra*).

inteiramente independente da dívida antiga, enquanto na *delegatio* conforme o Direito Romano em regra transformava a existência da dívida velha no conteúdo da nova *stipulatio*, quando o novo credor faz ser-lhe prometido “o que tu deves a Tício” (assim chamada *stipulatio* causal, cf. no início da *lex 36*: “*Pecuniam, quam mihi... debebas... promisisti Attio...*”). Isso mostra que apesar da harmonia exterior da *delegatio* com a ordem dada, de acordo com o § 783 do BGB, a adoção de uma simples cessão de crédito conforme os §§ 398 e 158 I do BGB se aproxima muito mais da problemática do caso, e ainda mais, dessa forma ambos os credores, também como em Javoleno, têm direitos um após o outro - separados pela condição.

3. **Cels. D.12.1.32** *Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi ( hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est<sup>4</sup>.*

Este é novamente um caso de uma *delegatio*. Alguém tinha pedido empréstimo a duas pessoas. Ele faz ser-lhe prometida uma determinada pelo devedor de um dos credores e por ordem dele, mas acreditando que aquele fosse devedor do outro credor. Está ele obrigado à restituição ao verdadeiro credor ?

Uma simples cessão de crédito não se pode aqui admitir, ao contrário da *lex 36*, porque então faltaria o erro quanto à pessoa do credor, pois conforme o §398 do BGB o contrato de cessão deve ser firmado com ele próprio. A razão para isso deve por fim ser vista no fato de que já em Celso se tratava também de uma “cessão de crédito” atípica. É que, na *stipulatio* com o devedor que recebeu a ordem, o nome do seu credor não pode ter sido mencionado. Não foi, pois, como na *lex 36*, e era, aliás, bem usual (cf. *infra*, pág. ....) não ser prometido o dinheiro “*que tu deves a Tício*”, mas uma determinada soma puramente abstrata. A isso corresponde no moderno direito civil o cumprimento de uma ordem de pagamento. O caso para comparação reza, portanto: **A** pede empréstimo a **B** e a **C**. Ambos o remetem, cada um respectivamente, a um devedor. **D**, o devedor de **B**, recebe uma ordem para pagar a **A**, transmitida oralmente (acerca disso, BGHZ, 3.238). **A** julga que **D** seja devedor de **C**. Está ele obrigado, após o pagamento por parte de **D**, a pagar de volta a **B** ?

Os exemplos mostram que regras rígidas não podem ser fixadas. Conforme a situação fática (*Sachverhalt*) tratada pelo jurista romano deve-se tratar o escravo como coisa, representante ou preposto (*Erfüllungsgelhilfe*), e a *stipulatio* como um simples crédito, ordem de pagamento cumprida ou uma promessa obrigacional abstrata. Alguns

<sup>4</sup> Se tu pediste dinheiro emprestado a mim bem como a Tício e eu instruí meu devedor a prometer-te o dinheiro, e tu deixaste ser-te prometido o dinheiro julgando que ele fosse o devedor de Tício, estarás tu obrigado para comigo ? Tenho dúvida disso, porque tu não realizaste negócio comigo. Mas é mais razoável supor que tu estarás obrigado, e não porque eu te tenha dado o dinheiro em empréstimo (pois tal só pode acontecer quando ambos concordam); porém porque o meu dinheiro passou para ti, é justo e eqüitativo que tu o devolvas a mim. (**Nota do tradutor**: Esta tradução segue a versão alemã de Wesel, não tomando por base o original latino, cf. notas 1 e 2 *supra*).

casos não permitem que se transponha a sua problemática para o direito moderno (cf. exemplo nº 1), e portanto também não que se resolva em um caso de comparação.

## VII. A exegese

Na exegese o texto de um fragmento jurídico deve ser explicado no seu conteúdo e no seu significado. Isso soa simples e óbvio. Mas muito freqüentemente essa frase simples e óbvia é esquecida, a exegese se distancia do texto concreto e do caso concreto, e se perde em uma exposição abstrata dos institutos de direito e dos problemas jurídicos.

Explicação do texto não significa apenas discussão da problemática do fragmento em questão. Não é tarefa de uma exegese do Digesto escrever uma dissertação geral sobre um tema que possa servir de fundamento à decisão do jurista romano. Está errada uma exegese que se poderia por exemplo intitular “O Problema da Novação Condicional no Direito Romano, Com Especial Atenção Sobre o Texto de Jav. D.12.1.36”, se em vez disso o texto de D.12.1.36 é que deva ser interpretado.

A excessiva concentração sobre “o problema do fragmento” induz muitas vezes a não atentar para o seu teor textual e com isso possivelmente deixar passar despercebidos pensamentos essenciais contidos na decisão. Especialmente o - evidentemente necessário - emprego da moderna literatura histórico-jurídica freqüentemente faz com que o principiante não se dê conta de que, em primeira linha, o texto deve ser explicado a partir dele próprio.

**A arte da interpretação consiste em perseguir cuidadosamente o curso do pensamento do jurista, palavra por palavra e oração por oração, atentando para cada nuance na expressão e na escolha de palavras, e refletir sobre o caso, sua solução e fundamentação, do modo como ele outrora foi pensado pelo jurista, conforme a escolha e a seqüência das palavras.**

Esse é por si um axioma que deve ser considerado a cada interpretação, também na interpretação das fontes do direito modernas. No Direito Romano, contudo, o estilo sucinto e conciso dos juristas clássicos impõe com particular relevância que se considere e se pondere escrupulosamente cada uma de suas palavras. Para isso, um exemplo:

**Iav. D.12.1.36:** *Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spondesti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa*

*condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor*<sup>5</sup>.

*Ego* tem um crédito contra *tu* proveniente de uma *stipulatio*. Ele dá ordem a ele de prometer a soma devida a *Átio*. Essa segunda *stipulatio* submete-se a uma condição suspensiva e por isso a primeira, pelo direito clássico, ainda não foi revogada (*novada*). *Javoleno* trata do problema de saber se o credor antigo (*ego*) durante a pendência da condição pode ainda demandar contra o devedor (*tu*) com êxito, com base na primeira *stipulatio*. É esse o caso da *novação condicional*, tratado *infra* no modelo de exegese e já *supra* às páginas 21 ss. Seja aqui antecipado um problema da interpretação.

Ao primeiro credor indagado parece duvidosa a possibilidade de demandar, porque durante o tempo de pendência o seu próprio crédito “parece, por assim dizer, estar submetido à condição oposta”. A isso responde *Javoleno* na terceira oração do fragmento: “*Non dubito, quin mea pecunia... etiam si condicio ... non extiterit, credita esse permaneat*”. Essa frase é aparentemente paradoxal. É que “mesmo que a condição não se implementar”, significa ao mesmo tempo: “com maior razão se ela se implementar” continua mantida a dívida. Mas se a condição se implementa, torna-se plenamente eficaz a *novação*. Não mais o antigo, porém o novo credor pode então exigir o pagamento do devedor. A obrigação perante o primeiro credor se extingue.

O *etiam* por isso é visto por *Mommsen* como adulteração do texto, e riscado. A oração fica então em ordem: *si condicio... non extiterit* significa desse modo então apenas: se a condição não se implementar, o antigo credor pode exigir o pagamento. *Kaden* substituiu o *etiam* por um *quamdiu*: “enquanto” a condição não se implementar, permanece o dinheiro em crédito. Esse melhoramento do texto tem a vantagem de que com isso a resposta de *Javoleno* corresponderia diretamente à pergunta que foi feita acerca do tempo de pendência antes do implemento da condição.

Uma interpretação penetrante e bem exata foi dada por *Wolff*. Ele tentou compreender o texto no teor literal em que ele nos foi transmitido. *Javoleno* usa as palavras *pecunia credita esse permaneat*. Numa leitura despreocupada relaciona-se isso somente ao crédito do primeiro credor - como *Mommsen* e *Kaden* o fizeram - por causa da pergunta precedente daquele. Mas então esse *etiam* não pode ser de autoria do *Javoleno*, pois esse crédito também não continua existindo se a condição se implementa.

Porém não é nomeado um credor determinado. *Wolff* observa diante disso: o texto significa simplesmente que o dinheiro permanece em crédito. *Javoleno* não escreveu: *obligatio permaneat*. Isso só se poderia referir ao primeiro credor, pois com isso somente se pode ter aludido a um crédito determinado - qual seja, o primeiro. *Pecunia credita esse permaneat* pode porém referir-se a ambos. E, assim compreendido, também o *etiam* dá um sentido razoável: no implemento da condição o devedor deve pagar o dinheiro a *Átio*, pois este está no crédito de *Átio*. Mas “mesmo que a condição não se implemente, permanece o dinheiro em crédito”, e ele não fica liberado, mas deve pagar então ao primeiro credor.

<sup>5</sup> Veja a tradução *supra*, pág. Erro! Fonte de referência não encontrada. Erro! Indicador não definido.



Javoleno responde, com essa constatação preliminar, à opinião expressa na pergunta, de que o primeiro crédito submete-se “por assim dizer, à condição oposta”. Ele diz que, em cada caso, um dos dois créditos permanece (isso era controverso no direito romano antigo, cf. Gai. 3,179). Se a condição se frustrar, permanece o primeiro crédito. E com isso se disse ao mesmo tempo: portanto ele permanece também durante o tempo de pendência, e sem nenhuma condição oposta, como se depreende do *permanere* (continuar existindo). Também antes do implemento da condição o dinheiro está em crédito.

Decisiva para a compreensão dessa oração foi, pois, a precisa interpretação de ambas as palavras *pecunia credita*. O esforço dedicado e pertinaz em torno do texto permite então que também a problemática jurídica especial apareça com grande clareza. Jamais se poderá enfatizar isso o suficiente com relação à exegese do Digesto.

Mas não apenas o texto do fragmento é muitas vezes condenavelmente negligenciado pela excessiva concentração sobre o “problema do fragmento”, também a elucidação dos princípios gerais dos institutos jurídicos referidos no fragmento, que em grande parte constituem, em última análise, o fundamento da decisão, fica freqüentemente muito reduzida. Esses institutos jurídicos devem, já por um lado, ser explicados em um trabalho escolar porque a exegese deve possibilitar também a um jurista não versado em história do direito entender o texto integralmente.

Mesmo sem levar isso em conta, uma elucidação tão ampla quanto possível dessas regras elementares dos vários institutos do Direito Romano é com freqüência, no entanto, de significância decisiva para a compreensão da problemática especial, do “problema do fragmento”. Ocorre que o principiante está sempre tentando adotar na interpretação princípios gerais do direito vigente, sem verificar se eles já tinham sido desenvolvidos com essa forma no Direito Romano. Principalmente no direito das obrigações isso é muito perigoso. Destarte, por exemplo as questões relativas à reparação do dano e da culpa, que no BGB são regulados unitariamente nos §§ 249 ss e §§ 276 ss, foram julgadas de modo em parte muito diferente para os diversos institutos. Quando não se verifica isso e em vez disso se atribui aos jurista romano concepções próprias tomadas do direito vigente, ou se chega a explicações completamente erradas ou no mínimo se perde de vista uma parte essencial do problema. Para isso um exemplo:

**Ulp D.19.2.13.4** *Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de aquilia supra diximus. iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipendi.*<sup>6</sup>

<sup>6</sup> O mesmo escreveu Juliano no 86<sup>o</sup> livro do seu Digesto: se um sapateiro tiver batido tão forte com a forma de sapatos em um aprendiz que tenha feito algo ruim, que lhe tenha perfurado o olho, o pai deste poderia acioná-lo com a *actio locati*: pois embora aos professores seja permitido um castigo leve, o sapateiro excedeu essa medida. Mas também da *Lex Aquilia* falamos acima. Juliano é além disso da opinião que a *actio iniuriarum* não seja concedida, porque ele não agiu com intenção de injuriar, mas sim de dar uma lição.

Um sapateiro bateu em um aprendiz de modo que este perdeu um olho. Ulpiano discutiu em conexão com Juliano a questão da responsabilidade pelo contrato de aprendizagem com *actio locati*, por danos materiais com a *actio legis Aquiliae* e por ofensas físicas com a *actio iniuriarum*. É problemático aqui, em primeiro lugar, se a *lex Aquilia* no direito clássico era empregada no caso de ferimentos a pessoas livres - aqui um *filius familias*. Essa questão é ainda controversa na literatura histórico-jurídica (cf. Kaser, RPR I 520 nota 19). Na explicação da relação da responsabilidade pela *lex Aquilia* (que era considerada clássica), e pela *actio locati*, lê-se então em uma exegese do Digesto (ensejada por uma manifestação de Ulpiano em D. 9.2.7 pr.), que a diferença deve ser vista no fato de que com a *actio locati* deveria ser reparado o dano surgido do insucesso do ensinamento, e com a *actio legis Aquiliae* os danos causados pela perda do olho, acrescendo-se os custos do tratamento. Essa última asserção é, porém, incompatível com os princípios gerais que hoje são aceitos pela opinião dominante na literatura histórico-jurídica acerca do direito dos danos materiais segundo a *lex Aquilia* (cf. a opinião divergente de Daube in Kaser, RPR I 145). Pois, de acordo com a *lex Aquilia*, em caso de destruição ou danificação de coisas não se deve indenizar o dano individual, como nos §§ 249 ss do BGB, mas sim, como penalidade, deve-se pagar o valor mais elevado que a coisa tenha tido no último ano ou no último mês antes da destruição ou da danificação.

Essa regulamentação não foi tratada na referida exegese, porque o seu autor partiu da concepção dos §§ 249 ss do BGB e absolutamente não considerou a regulamentação inteiramente diferente da *lex Aquilia* - por não ter esta nenhum nexo reconhecível com o “problema do fragmento”, o ferimento de pessoas livres. Se ela tivesse sido exposta, com a citação do teor da lei, transmitida em Gai. D.2.2.pr. e Ulp. D. 9.2.27.5, então teria também sido reconhecida a igualmente importante problemática de como, nos ferimentos a pessoas livres, esse “valor mais elevado” era calculado, ou se Ulpiano pode estabelecer de outro modo o valor do dano. Pois o mais tardar na formulação dessas regras gerais o autor teria percebido, que sua suposição de que pela *lex Aquilia* haveriam de ser indenizados os custos com o tratamento, não é em absoluto compatível com o teor dela.

Tão importante como, para a *lex Aquilia*, o teor da lei, pode em outros casos ser por exemplo o teor da *actio* correspondente, na compra e venda ou na locação, por exemplo, a ordem contida na *actio empti* ou na *actio locati* para que as obrigações do comprador ou do locatário sejam julgadas *ex fide bona*, conforme a boa-fé.

A caracterização desses princípios gerais nunca é, no entanto, um fim em si mesmo, mas sempre serve apenas ao esclarecimento do fragmento em questão, que foi trazido à interpretação. Só se deve aprofundar nisso até onde for necessário para a caracterização do instituto jurídico analisado e para a interpretação. O texto do fragmento deve permanecer como fundamento de todas essas explicações. Se, pois, no exemplo Ulp. de D. 19.2.13.4 o instituto da *locatio-conductio* desempenha algum papel, então deve este ser brevemente caracterizado com base nas fontes. Explicar-se-á que a *locatio-conductio* compreendia um certo número de institutos vários, que nós hoje diferenciamos como locação de coisas, arrendamento, locação de serviços e empreitada, que também o contrato

---

(Nota do tradutor: Esta tradução, como as anteriores, foi calcada na tradução alemã de Wesel, e não no original latino).

de aprendizagem se enquadra entre eles, por que o mestre deve ser visto como *conductor* e o pai do rapaz como *locator*, que a *locatio-conductio* é um contrato consensual e um *bonae fidei iudicium*, quais são em geral e aqui em especial os deveres do *locator* e do *conductor* e como reza a fórmula da *actio locati* mencionada no texto.

Seria porém fora de propósito ir também mais fundo ainda nos deveres do *locator*, por exemplo sobre a responsabilidade pelos vícios da coisa locada ou sobre o princípio romano “a compra rompe a locação”, se no fragmento apenas o dever de reparação de danos do *conductor*, do mestre, está em discussão.

Cada fragmento tem as suas peculiaridades. Na maioria das vezes se trata de decisões sobre um caso concreto. Também há, porém, fragmentos, que tratam somente de questões gerais. Em outros são logo decididos diversos casos. Por isso não é possível dar um esquema genericamente válido para a estruturação de uma interpretação. Não obstante pode-se bem dizer que em regra quatro perguntas devem ser clarificadas, as quais seriam talvez propostas da seguinte maneira:

1. De que situação fática (*Sachverhalt*) parte o jurisconsulto ?
2. Qual o teor da decisão ?
3. Como foi ela fundamentada ?
4. Foi ela transmitida a nós sem alterações ? Se não, qual tinha sido o teor da decisão do jurisconsulto?

A construção da exegese apenas raramente resultará de maneira direta da seqüência dessas quatro perguntas. Elas em parte se entrelaçam estreitamente uma na outra e nem sempre são factíveis de separar-se claramente. (Com respeito à questão de as interpolações deverem ser tratadas em conexão com a interpretação do texto ou em uma seção à parte, cf. *infra* pág. 30). Apesar disso, elas poderiam na maioria dos casos servir como fundamento para a estruturação do trabalho. Se o fragmento contém diversas decisões de casos em estreita conexão, deve-se, para evitar repetições, combinar correspondentemente o tratamento dessas perguntas.

O significado da **primeira pergunta** não pode ser subestimado. Às vezes já começam aqui as dificuldades da interpretação. Um exemplo - simples - da reconstrução do *Sachverhalt* foi dado *supra* à pág. 4 e seguintes.

A **segunda pergunta** é a que proporciona menos dificuldades. A decisão que se encontra no fragmento, ao contrário do *Sachverhalt* e da fundamentação, quase sempre é dada em sua plenitude também no teor literal do fragmento. Com isso, para responder a essa pergunta, que fornece o ponto de partida para responder às duas seguintes, não importa se a decisão há de ser encarada como autêntica ou declarada interpolada. Isso só poderá ser julgado se primeiramente estiver estabelecido que sentença foi dada consoante o teor literal do fragmento.

As decisões raramente são fundamentadas. É portanto uma das mais importantes tarefas da exegese reconstruir a **fundamentação**, o curso de pensamento do

jurisconsulto. Para isso principiar-se-á em regra com uma breve caracterização do instituto jurídico tratado no fragmento e com uma explanação - acompanhada de indicações das fontes - de suas regras gerais. Frequentemente já resultam da estrutura desses institutos e de suas regras básicas indicações acerca das razões que levaram o jurisconsulto à sua decisão. Por fim deve-se então tentar deduzi-las a partir de outras decisões em casos iguais ou semelhantes, com uma problemática afim.

A autenticidade do fragmento é objeto da **quarta pergunta**. Se a exegese deve perseguir o curso do pensamento do autor, precisa para tanto também da certeza de que o texto na forma em que foi transmitido não foi alterado - interpolado. E se for verificado que ele nessa forma não pode ter-se originado do seu autor, ela deve tentar o mais possível restaurá-lo em seu estado antigo. Isso - a descoberta da textualidade alterada e a reconstituição da original - é tarefa da crítica interpolacionista. Ela será tratada à parte na próxima seção.

Antes porém deve ser repetido mais uma vez o que se disse *supra* à pág. 6 e seguintes sobre o significado das fontes: **Até onde for possível, tudo o que for aduzido acerca do Direito Romano e não inferido imediatamente do fragmento deve na exegese ser documentado mediante recurso às fontes e as fontes devem não apenas ser citadas, mas também lidas e verificadas.**

Finalmente, um último conselho enfático. Alguns trabalhos escolares contêm passagens da literatura transpostas literalmente ou são até compostos apenas dessa forma. Todo examinador razoavelmente familiarizado com a literatura romanística reconhecerá isso imediatamente, ainda que a literatura não esteja citada - o que ocorre com freqüência. Citações textuais só são admissíveis se a expressão de uma opinião não for possível de outro modo. **Tudo o que não for realização própria não pode ser apresentado como tal.** Note bem: *Contaminari non decere fabulas* (não convém remendar as fábulas, Terêncio, prólogo de *Andria*, linha 16).

### VIII. Sobre a crítica interpolacionista

**Dulckeit-Schwarz**, *Römische Rechtsgeschichte* (4<sup>a</sup> ed. 1966), pp. 153 ss.

**Kaser**, *Römische Rechtsgeschichte* (1950), pp. 228 ss.

**Kunkel**, *Römische Rechtsgeschichte* (4<sup>a</sup> ed. 1964), pp. 150 ss.

Os fragmentos reunidos no Digesto são trechos de escritos dos antigos jurisconsultos. Quando o Digesto foi publicado no ano 533 d.C., os mais velhos desses textos já tinham mais de seiscentos anos, e a maioria no mínimo acima de trezentos. Como se sabe, eles não permaneceram intactos até a sua inclusão no Digesto e já no período pós-clássico, nos séculos III e IV, foram guarnecidos com acréscimos explicativos (glossemas) e reformulados por redatores posteriores. A comissão organizadora do Digesto, por fim, pôs de lado institutos jurídicos obsoletos, introduziu novas regulamentações e em parte

abreviou o texto consideravelmente. Precisa-se, pois, contar com interpolações pré-justinianéias e justinianéias.

A palavra derivou-se do latim *interpolare*: interpolar, adulterar, corromper, falsificar. As interpolações, como intervenções intencionais no texto, hão de distinguir-se dos erros mecânicos de transmissão dos mesmos, que se baseiam em enganos de copista. A sua eliminação é tarefa da assim chamada crítica conjetural (*Konjunkturalkritik*) (“aparato crítico”, cf. *supra* pág.17 ss). Somente com o fundamento do teor literal assim reconstituído pode a crítica interpolacionista investigar se o texto também sofreu alterações intencionais.

Cada fragmento do Digesto tem um duplo significado. Por um lado ele é, como parte do Digesto, parte integrante da legislação justinianéia, direito justinianeu. Até aí as interpolações são sem importância para a questão da autenticidade. Por outro lado, ele é, como parte do escrito do juriconsulto romano, um testemunho da situação jurídica de seu tempo - na maioria dos casos, do direito clássico. Esse testemunho é falsificado por meio das interpolações.

Embora o trabalho seja denominado “interpretação do Digesto”, não é sua tarefa interpretar o fragmento como parte integrante do Digesto de Justiniano, como direito justinianeu. O texto deve, ao contrário, ser tratado como parte integrante do escrito do jurista romano. Não se deve explicar o que pensavam os compiladores quando admitiram o fragmento no Digesto com essa textualidade, mas sim como o entendeu o juriconsulto ao redigi-lo. Por isso, deve-se procurar livrá-lo das interpolações. Só se deve abordar o direito justinianeu se com isso puder ser esclarecido porque o teor do fragmento foi alterado.

Essa opção em favor do período clássico é consequência de o direito romano tornar-se histórico a partir de 1900. Depois de o Digesto, com a entrada em vigor do Código Civil, não mais ter de ser tratado como direito vigente, concentramo-nos sobre as suas bases históricas. A codificação justinianéia era apenas um resumo. A criação do Direito Romano foi obra dos juriconsultos clássicos e seus antecessores. Ter recebido os seus escritos em suas partes essenciais é o maior mérito histórico do Digesto de Justiniano. Somente em segunda linha ele é hoje objeto de interesse histórico-jurídico como direito justinianeu.

A literatura da crítica interpolacionista de cada fragmento está compilada no *Index Interpolationum* (três volumes com um volume adicional acerca dos doze primeiros livros do Digesto, editado por Levy e Rabel, 1929-1935). Já se referiu *supra* na página 12 que aqui não se trata de suposições próprias dos editores sobre as interpolações, mas sim de indicações bibliográficas. Os sinais da crítica interpolacionista são explicados no início do primeiro volume (pág. 8). Os dois mais importantes são os colchetes quadrados e os pontiagudos:

[...] Os colchete quadrado significa que o referente trecho do fragmento supõe-se interpolado.

<...> O colchete pontiagudo reconstitui - de modo igualmente hipotético - o teor original que foi omitido por interpolação. Então, por exemplo:

**Iul. D.41.1.39:** *Etiam furtivus servus bonae fidei emptori acquirit, quod ex re eius stipulatur aut per traditionem accipit.*

No *Index Interpolationum* encontra-se com relação a isso a indicação:

“[*per traditionem*] <*mancipio*> Schloßmann GrünhZ 8 (1881) 443 n 1, Gradenwitz SZ 6 (1885) 59, Kr”.

Schloßmann, Gradenwitz e Krüger (Kr. na edição Mommsen-Krüger do *Corpus Iuris*) são portanto da opinião que ambas as palavras “*per traditionem*” não são de Juliano, e que este teria em vez disso escrito “*mancipio*”, de sorte que o texto original, segundo o parecer deles, rezava: “... *quod ex re eius stipulatur aut mancipio accipit*”.

Interpolações podem-se reconhecer com base em critérios linguísticos ou jurídicos de conteúdo. Detalhes a esse respeito se encontram nos três manuais didáticos de história do Direito Romano supracitados. Uma introdução minuciosa nos dá **Fritz Schulz**, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916).

Ao avaliar esses critérios tornamo-nos hoje muito mais cuidadosos do que há, digamos, trinta ou quarenta anos. A compreensão histórica do Direito Romano se aperfeiçoou mais. Não se vê mais ele como uma unidade lógica fechada em si, na qual contradições e assistematismos não são possíveis. O Direito Romano desenvolveu-se lentamente. É possível que um jurista do segundo século decidisse diversamente de um seu antecessor do século primeiro depois de Cristo. E também entre contemporâneos podia haver diferenças de opiniões. De dois fragmentos contraditórios, portanto, não necessariamente um terá sido interpolado pela comissão compiladora do Digesto e o outro por ela despercebido.

Pede-se igualmente grande cautela na avaliação dos critérios linguísticos. Nem toda violação de regras de gramática ou divergência do estilo conciso do período clássico é indício certo de interpolação. Também os juristas clássicos não observavam sempre a *consecutio temporum* e podiam às vezes expressar-se um tanto desajeitada ou prolixamente. E, por fim, as formulações que linguisticamente devam ser necessariamente atribuídas a um redator posterior não são tampouco, por si sós, prova de que também a decisão foi alterada no seu conteúdo jurídico, pois muitas vezes os textos foram apenas reformulados, abreviados ou comentados, para torná-los mais compreensíveis, sem que algo se modificasse no resultado.

Muitas das antigas suposições de interpolação devem por isso ser encaradas hoje como questionáveis. Se outrora, no excesso da recém-desenvolvida crítica interpolacionista, com demasiada facilidade se resolvia declarar interpolados os textos, se eles contradiziam uma hipótese pessoal acerca do direito clássico, hoje, ao contrário, somos comedidos e procuramos em primeiro lugar pôr à prova as próprias hipóteses, antes de remodelar o texto com suposições de que foi interpolado. Ainda com maior razão ficamos mais cuidadosos na reconstrução do teor literal original. As mais das vezes limitamo-nos a apenas lhe descrever o sentido.

A crítica interpolacionista - para a interpretação, a quarta pergunta, cf. *supra* pág. 27 - só é possível, no trabalho escrito, de separar externamente da explicação do

instituto jurídico e das razões para a decisão, se partes não essenciais do fragmento forem questionáveis em sua autenticidade. Em geral se trata também de problemas acerca do conteúdo jurídico, sem cujo esclarecimento não é possível a exposição do instituto e das razões. Devem portanto ser tratados no contexto da interpretação dessas perguntas. Nisso não se deve contudo esquecer que a exegese deve explicar o texto e não proceder exclusivamente proceder à crítica interpolacionista.

## ÍNDICE GERAL

<b>I. INTRODUÇÃO</b>	<b>3</b>
<b>II. A ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO</b>	<b>5</b>
<b>III. AS FONTES</b>	<b>6</b>
<b>IV. LITERATURA</b>	<b>10</b>
LIVROS DIDÁTICOS E MANUAIS:	10
MATERIAL DE APOIO:	11
PERIÓDICOS	13
ANTIGAS OBRAS DE COMENTÁRIOS	14
LITERATURA SOBRE A <i>INSCRIPTIO</i>	14
LITERATURA METODOLÓGICA	15
BIBLIOGRAFIA, ABREVIATURAS	15
<b>V. A PREPARAÇÃO DO TRABALHO ESCRITO</b>	<b>16</b>
<b>VI. AS TAREFAS SECUNDÁRIAS</b>	<b>17</b>
1. REPRODUÇÃO DO TEXTO LATINO	17
2. A TRADUÇÃO	18
3. O TRATAMENTO DA <i>INSCRIPTIO</i>	18
4. A COMPARAÇÃO COM O DIREITO VIGENTE	19
<b>VII. A EXEGESE</b>	<b>23</b>
<b>VIII. SOBRE A CRÍTICA INTERPOLACIONISTA</b>	<b>28</b>