

No mundo contemporâneo, são dois os maiores e mais importantes sistemas jurídicos: o “*Common Law*”, da Inglaterra e dos países de colonização inglesa, como os Estados Unidos, e o Sistema Romano-Germânico, também chamado “*Civil Law*”, do qual fazem parte os países da Europa continental (Alemanha, Itália, França etc.), da América Latina (quase todos, dentre os quais, o Brasil) e até mesmo da Ásia, como o Japão e a Coreia do Sul. O Sistema Romano-Germânico encontra seus fundamentos no direito romano, com as atualizações trazidas pela doutrina medieval, pelo chamado direito comum e, principalmente, pelos pandectistas alemães do séc. XIX.

O direito romano é, reconhecidamente, a base do nosso direito, especialmente do direito civil. Como apontam os estudiosos, aproximadamente dois terços dos artigos de nosso Código Civil (excluída a parte do Direito de Empresa) foram coligidos, direta ou indiretamente, das fontes jurídicas romanas.

O estudo da experiência jurídica romana não se traduz, como poderiam pensar alguns principiantes, em exame arqueológico de curiosidades históricas ou *antiquitates iuris*. O objeto da disciplina é o direito privado romano, construção lógica e sistemática do direito, uma ciência prática, enfim, que, por meio de seus princípios gerais, classificações e categorias jurídicas, conti-

Thomas Marky

CURSO ELEMENTAR DE DIREITO ROMANO

9ª edição
revista e atualizada
2019



YK
EDITORA

UTILIDADE DO ESTUDO DO DIREITO ROMANO

No mundo contemporâneo, são dois os maiores e mais importantes sistemas jurídicos: o “*Common Law*”, da Inglaterra e dos países de colonização inglesa, como os Estados Unidos, e o Sistema Romano-Germânico, também chamado “*Civil Law*”, do qual fazem parte os países da Europa continental, da América Latina (quase todos, dentre os quais, o Brasil) e até mesmo da Ásia, como o Japão e a Coreia do Sul.

O Sistema Romano-Germânico encontra seus fundamentos no direito romano, com as atualizações trazidas pela doutrina medieval, pelo chamado direito comum e, principalmente, pelos pandectistas alemães do séc. XIX.

Mas qual foi o ramo do direito romano a servir de fundamento para o “*Civil Law*”? Como essa própria denominação indica, não foi o direito público ou constitucional romano, nem tampouco o direito penal romano.

Tratou-se do direito privado romano, ou seja, direito civil, o direito do dia-a-dia dos cidadãos (“*cives*”) ou particulares (“*privi*”). Dele fazem parte: direito de família (filiação, matrimônio, adoção etc.); direito das sucessões (herança, testamento, legado etc.); direito reais ou das coisas (posse, propriedade, usufruto etc.), e, principalmente, direito das obrigações (compra e venda, locação, indenizações por danos extracontratuais etc.).

A experiência jurídica dos romanos que serviu de base para o direito moderno deu-se, fundamentalmente, nos campos do direito das coisas e (de modo especial) no do direito das obrigações. Foram nessas duas áreas que o gênio romano manifestou-se, com a criação de uma ciência do direito, por obra de juristas e magistrados romanos: um fenômeno único dentre os povos da antiguidade, a ponto de ser considerado, por alguns historiadores, a maior herança cultural dos romanos para o mundo moderno.

Qual, então, ainda hoje, seria a utilidade de estudar o direito privado romano? Em outras palavras, teria tal estudo ainda relevância na formação dos atuais operadores do direito (advogados, juízes, promotores etc.), vale dizer, do jurista contemporâneo?

Sim, sem dúvida. Justifiquemo-nos.

A ciência do direito romano não é um estudo puramente histórico, envolvendo questões e fenômenos que não mais se manifestam no mundo atual. Não se trata de “*archeologia iuris*”, ou seja, de uma arqueologia do direito, voltada para o exame de ruínas e restos de monumentos ou construções antigas não mais

existentes. Nem tampouco de mera “perfumaria jurídica”, isto é, de um estudo apenas “cosmético”, dirigido a meras curiosidades históricas que não afetam a substância do direito.

Ao contrário. A experiência jurídica romana serve, ainda hoje, para resolver casos práticos de grande atualidade, os quais apresentam, com frequência, os mesmos problemas enfrentados pelos romanos da Roma clássica. Consideremos alguns exemplos:

- i) Em certa ladeira, um veículo, por culpa do condutor, retrocede, abalroando outro que vinha atrás. Esse último, conduzido também culposamente pelo dono, atinge um terceiro, causando-lhe graves danos: contra quem poderá esse terceiro pleitear a indenização?
- ii) Um empresário, dono de uma fábrica de defumação de queijos, importuna os vizinhos com a fumaça gerada por sua produção: terão os vizinhos algum tipo de ação judicial para impedir a invasão da fumaça?
- iii) Um boxeador, ao desferir um golpe mais forte e certo contra seu adversário, provoca a sua morte: caberá indenização aos familiares da vítima?
- iv) Esses casos, aparentemente tão corriqueiros, que até parecem saídos de notícias de jornal, na verdade encontram-se nas fontes jurídicas romanas e ocorreram mais de dois mil anos atrás¹.

Isso não deve surpreender os principiantes no estudo do direito romano: praticamente 2/3 (dois terços) dos artigos do atual Código Civil brasileiro, como já ocorria com o anterior e à semelhança também dos Códigos Civis alemão (BGB), francês (*Code Napoléon*) e italiano (*Codice Civile*), foram coligidos, direta ou indiretamente, das fontes jurídicas romanas.

O direito privado romano é uma construção lógica e sistemática do fenômeno jurídico, constituindo uma ciência prática que, por meio de suas regras, princípios gerais, classificações e categorias, continua, ainda hoje, viva e atual. Muda o direito, entendido como norma positiva, mas o jurista moderno, em última análise, continua raciocinando com base nos mesmos conceitos a partir dos quais os jurisconsultos romanos desenvolviam sua lógica jurídica. De fato, muitos hoje em dia são romanistas e não o sabem.

Nesses termos, a experiência jurídica dos antigos romanos revela-se, ainda em nossos dias, de incontestável utilidade na formação do jurista moderno, já

¹ Cf., respectivamente, D. 9, 2, 52, 3 (Alfeno), D. 8, 5, 8, 5 (Paulo, Aristão e Alfeno) e D. 9, 2, 7, 4 (Ulpiano).

que fornece a técnica do raciocínio e da mentalidade jurídica, permitindo-lhe enfrentar os desafios do dia-a-dia, notadamente de direito civil ou privado. O direito romano continua oferecendo boas e velhas soluções para problemas novos.

Ensinado no início dos cursos jurídicos, o direito romano apresenta, assim, uma função propedêutica, introduzindo os novos estudantes na ciência do direito e preparando-os para enfrentar, de modo especial, a fundamental disciplina do direito civil moderno, alicerce de qualquer formação jurídico-acadêmica.

Não se cuida, por fim, como querem alguns, de apenas enaltecer o direito romano, evocando-o sempre no exame de qualquer questão de direito privado, por mera reverência histórica. Importa, isso sim, reconhecê-lo como um dos mais notáveis instrumentos da dogmática jurídica moderna. Ou seja: o direito romano é um excelente modelo de comparação, por conta de sua perfeição técnico-jurídica, não um mero argumento de autoridade para a interpretação de nossos textos legais.

Do quanto exposto, não é de se espantar que o direito romano tenha assumido um outro papel: modelo de construção para um direito comum (mundial ou regional) bastante útil nas tarefas de unificação legislativa (a exemplo da União Europeia). Assim, o direito romano contribui tanto para o aperfeiçoamento do direito vigente, quanto para a formação do direito do porvir.

INTRODUÇÃO HISTÓRICA

O direito romano é o complexo de normas vigentes em Roma, desde a sua fundação (lendária, no século VIII a.C.) até a compilação de Justiniano (século VI d.C.). A evolução posterior não será objeto de nossos estudos, porque a compilação justinianeia foi conclusiva: foram recolhidos os resultados das experiências anteriores e considerada a obra como definitiva e imutável.

Realmente, a evolução posterior dos direitos europeus e latino-americanos – e até mesmo de alguns países asiáticos, como Japão, Coreia do Sul e China – baseou-se nessa obra. Tanto assim que os códigos modernos, quase todos, trazem a marca de Justiniano.

Nos mais de treze séculos da história romana (de 754 a.C. a 565 d.C.), assistimos, naturalmente, a uma mudança contínua no caráter do direito, de acordo com a evolução da civilização romana, com as alterações políticas, econômicas e sociais que a caracterizavam.

Para melhor compreender essa evolução, costuma-se fazer uma divisão em períodos.

Tal divisão pode basear-se nas mudanças da organização política do Estado Romano, distinguindo-se, então, a Monarquia (da fundação de Roma, em 754 a.C., até a expulsão dos reis, em 510 a.C.), a República (até 27 a.C.), o Principado (de Augusto até Diocleciano, que iniciou seu governo em 284 d.C.) e o Dominato (iniciada por esse último imperador, perdurando até o fim do período por nós estudado, ou seja, até Justiniano, falecido em 565 d.C.).

Outra divisão, talvez preferível didaticamente, distingue as várias fases do direito romano de acordo com sua evolução interna: o período pré-clássico (da fundação de Roma no século VIII a.C. até o século II a.C.), o período clássico (até o século III d.C.) e o período pós-clássico (até o século VI d.C.).

O direito do período pré-clássico caracterizava-se pela sua primitividade, religiosidade, ritualismo, rigidez e formalismo. Assim, por exemplo, o jurista Gaio (Gai. 4, 30) relata o antigo caso de um agricultor que, tendo algumas videiras indevidamente cortadas por um vizinho, perdeu a ação indenizatória por não pronunciar as palavras solenes prescritas em lei (“árvores cortadas”) e sim outras (“videiras cortadas”).

O Estado tinha funções limitadas a questões essenciais para sua sobrevivência: guerra, punição dos delitos mais graves e, naturalmente, a observância das regras religiosas. Os cidadãos romanos eram considerados mais

como membros de uma comunidade familiar do que como indivíduos. A defesa privada tinha larga utilização: a segurança dos cidadãos dependia mais do grupo a que pertenciam do que do Estado.

A evolução posterior caracterizou-se por acentuar e desenvolver o poder central do Estado e, conseqüentemente, pela progressiva criação de regras jurídicas que visavam a reforçar sempre mais a autonomia do cidadão como indivíduo.

O marco mais importante e característico desse período é a codificação do direito vigente na Lei das XII Tábuas, realizada em 451 e 450 a.C. por um decenvirato especialmente nomeado para esse fim.

A Lei das XII Tábuas, chamada pelo historiador romano Tito Lívio (*Ab Urbe condita* 3, 34, 6), que viveu na época do primeiro imperador, Augusto (de 27 a.C. a 14 d.C.), de “fonte de todo o direito público e privado” (*fons omnis publici privatiq;ue iuris*), nada mais foi do que uma codificação de regras costumeiras, primitivas e, às vezes, até cruéis. A tábua VIII, por exemplo, previa a pena de talião – “olho por olho, dente por dente” – para os casos de lesão corporal grave.

Esse direito primitivo, intimamente ligado às regras religiosas, fixado e promulgado pela Lei das XII Tábuas, já representava um avanço na sua época. Com o passar do tempo, porém, e pela mudança de condições, tornou-se antiquado, superado e impeditivo de ulterior progresso.

Mesmo assim, o tradicionalismo dos romanos fez com que esse direito arcaico nunca fosse considerado formalmente revogado: o próprio Justiniano, dez séculos depois, fala dele com respeito.

O intenso desenvolvimento comercial decorrente da conquista de todo o Mediterrâneo pelos romanos exigia uma evolução equivalente no campo do direito. Foi então que o gênio romano atuou de maneira inovadora e surpreendente. Por exemplo, introduzindo contratos que se celebravam por simples acordo (contratos consensuais), tais como a compra e venda, sem necessidade de documento escrito ou de outras formalidades. Um segundo exemplo, a possibilidade de transferência de propriedade de quaisquer bens pela simples entrega manual (*traditio*), sem a prática de atos solenes.

A partir do século II a.C. assistimos a uma evolução e renovação constante do direito romano, durante todo o período clássico, que vai até o século III d.C. Essa revolução se fez, porém, por meios indiretos, característicos dos romanos e diferentes dos métodos modernamente usados.

A maior parte das inovações e aperfeiçoamentos do direito, no período clássico, foi fruto da atividade dos jurisconsultos e magistrados que, em princípio, não podiam modificar as regras antigas, mas que, de fato, introduziram as mais revolucionárias modificações para atender às exigências práticas de seu tempo.

Entre os magistrados republicanos, o pretor tinha por incumbência funções relacionadas com a administração da Justiça. Nesse mister, cuidava da primeira fase do processo entre particulares, verificando as alegações das partes e fixando os limites da lide, para depois remeter o caso a um árbitro particular escolhido de comum acordo pelas partes. Incumbia, então, a esse árbitro, verificar a procedência das alegações diante das provas apresentadas e, com base nelas, sentenciar dentro dos limites estabelecidos pelo magistrado. Havia um pretor para os casos entre cidadãos romanos (pretor urbano) e também, a partir de 242 a.C., um para os casos em que figuravam estrangeiros (pretor peregrino).

O pretor, como magistrado, tinha amplo poder de mando, denominado *imperium*. Utilizou-se dele, especialmente, a partir da Lei Ebuícia (*lex Aebutia*), do século II a.C., que, modificando o processo, deu a ele ainda maiores poderes discricionários. Por essas modificações processuais, o pretor, ao fixar os limites da lide, podia dar instruções ao árbitro particular sobre como esse deveria apreciar as questões de direito. Fazia isso por escrito, pela *formula*, instrumento processual por meio do qual podia incluir novidades até então desconhecidas no direito antigo.

Não só. Com esses poderes discricionários, podia deixar de admitir ações propostas perante ele, embora contempladas no direito arcaico – o que se chamava de “denegação da ação” (*denegatio actionis*) – ou, ainda, admitir ações não previstas no período pré-clássico. Nas palavras de Pompônio (D. 1, 1, 7, 1), “o direito pretório é aquele que os pretores introduziram para auxiliar, suprir ou corrigir o direito civil” (*ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*).

As diretrizes que o pretor iria observar eram publicadas no seu edito ao entrar no exercício de suas funções. Como o cargo de pretor era anual, os editos sucediam um ao outro, dando oportunidade a experiências valiosíssimas.

O resultado dessas experiências foi um corpo estratificado de regras, aceitas e copiadas pelos pretores que se sucediam. Finalmente, por volta de 130 d.C., foram codificadas pelo jurista Sálvio Juliano, por ordem do imperador Adriano.

Note-se bem, entretanto, que esse direito pretório nunca foi equiparado ao direito antigo (*ius civile*). A regra antiga, pela qual “o pretor não pode criar direito” (*praetor ius facere non potest*), continuou em vigor. Assim, esse direito pretório, constante do edito e chamado *ius honorarium*, foi sempre considerado diferente do direito antigo (*ius civile*) mesmo quando, na prática, o substituiu.

A essa característica peculiar da evolução do direito romano, temos que acrescentar uma outra, de igual relevância.

A interpretação das regras do direito antigo era tarefa importante dos

juristas. Originariamente só os sacerdotes conheciam as normas jurídicas. A eles incumbia, então, a tarefa de interpretá-las. Depois, a partir do fim do século IV a.C., esse monopólio sacerdotal da interpretação cessou, passando ela a ser feita também por juristas leigos. Nesse aspecto, saliente-se que a experiência jurídica romana foi única na Antiguidade. De fato, a existência de uma classe de juristas leigos é um fenômeno característico do sistema romano.

A atividade interpretativa dos juristas não consistia somente na adaptação das regras jurídicas às novas exigências, mas importava também na criação de novas normas. Isso contribuiu grandemente para o desenvolvimento do direito romano, especialmente pela importância político-social que os juristas tinham em Roma. Eles eram considerados pertencentes a uma elevada classe intelectual, distinção essa devida aos seus dotes de inteligência e aos seus conhecimentos técnicos.

Suas atividades consistiam em emitir pareceres jurídicos sobre questões práticas a eles apresentadas (*respondere*), instruir as partes sobre como agir em juízo (*agere*) e orientar os leigos na realização de negócios jurídicos (*cavere*). Exerciam essa atividade gratuitamente, pela fama e, evidentemente, para obter um destaque social, que os ajudava a galgar os cargos públicos eletivos da República romana.

Foi Augusto que, procurando utilizar, na nova forma de governo por ele instalada, os préstimos desses juristas, instituiu um privilégio consistente no “direito de dar pareceres em nome do imperador” (*ius respondendi ex auctoritate principis*). Esse direito era concedido a certos juristas chamados jurisconsultos (Inst. 1, 2, 8). Seus pareceres tinham força obrigatória em juízo. Havendo pareceres contrastantes, o juiz estava livre para decidir.

O método dos jurisconsultos romanos era casuístico. Examinavam, explicavam e solucionavam casos concretos. Nesse trabalho não procuravam exposições sistemáticas: eram avessos às abstrações dogmáticas e às especulações e exposições teóricas. Isso não impediu, entretanto, que o gênio criador dos romanos construísse um sistema de princípios e conceitos por intermédio dessa obra casuística dos jurisconsultos clássicos.

O último período, o pós-clássico, é a época da decadência em quase todos os setores. Assim, também no campo do direito. Vivia-se do legado dos clássicos, que, porém, teve de sofrer uma vulgarização para poder ser utilizado na nova situação, caracterizada pelo rebaixamento de nível em todos os campos.

Nesse período, pela ausência do gênio criativo, sentiu-se a necessidade da fixação definitiva das regras vigentes, por meio de uma codificação que os romanos, em princípio, desprezavam. Não é por acaso que, excetuada aquela codificação das XII Tábuas do século V a.C., nenhuma outra foi empreendida

pelos romanos até o período decadente da era pós-clássica.

Após algumas codificações de partes restritas do direito vigente (*Codex Gregorianus*, *Codex Hermogenianus*, *Codex Theodosianus*), foi Justiniano (527 a 565 d.C.) quem empreendeu uma grandiosa obra legislativa, mandando compilar oficialmente as regras de direito em vigor na época. Encarregou uma comissão de juristas de organizar uma coleção completa das constituições imperiais (leis emanadas dos imperadores), que foi completada em 529 d.C. e publicada sob a denominação de *Codex* (de que não temos texto nenhum).

No ano seguinte, em 530, determinou Justiniano que se fizesse a seleção de trechos de obras dos jurisconsultos clássicos, encarregando dessa tarefa Triboniano, que convocou uma comissão para proceder ao ingente trabalho. A comissão conseguiu, no prazo surpreendente de três anos, confeccionar o Digesto (ou Pandectas), composto de cinquenta livros, no qual foram reunidos trechos escolhidos de dois mil livros de jurisconsultos clássicos, totalizando cerca de três milhões de linhas.

Os compiladores tiveram autorização de alterar os textos escolhidos, para harmonizá-los com os novos princípios vigentes. Essas alterações tiveram o nome de “inserções de Triboniano” (*emblemata Triboniani*) e hoje são chamadas “interpolações”. A descoberta de tais interpolações e a reconstituição dos textos originais clássicos foi uma das preocupações da ciência romanística nos tempos modernos, sobretudo durante a primeira metade do século XX.

Paralelamente à compilação do Digesto, Justiniano mandou preparar uma nova edição do *Codex*, isso por causa da vasta obra legislativa por ele empreendida naqueles últimos anos. Em 534 foi publicado, então, o Código revisado (*Codex repetitae praelectionis*), cujo conteúdo foi harmonizado com as novas normas expedidas no curso dos trabalhos. Somente temos o texto dessa segunda edição do Código Justinianeus.

Além dessas obras legislativas, Triboniano, Teófilo e Doroteu – esses últimos professores das escolas de Constantinopla (atual Istambul) e de Berito (atual Beirute) –, elaboraram, por ordem de Justiniano, um manual de direito para estudantes, que foi modelado na obra clássica de Gaio, do século II a.C. Esse manual foi intitulado *Institutas* (*Instituitiones*), como o de Gaio, e foi publicado em 533.

Depois de terminada essa codificação, a qual, especialmente o *Codex*, continha a proibição de invocar qualquer regra que nela não estivesse prevista, Justiniano reservou-se a faculdade de baixar novas leis. Nos anos subsequentes a 535, até sua morte em 565 d.C., Justiniano, de fato, publicou um grande número de novas leis, chamadas “novas constituições” (*novellae constitutiones*).

A coleção dessas, intitulada "Novelas" (*Novellae*), constitui o quarto volume da codificação justiniana.

O *Codex*, o Digesto, as Institutas e as *Novellae* formam, então, o "Corpo do Direito Civil" (*Corpus Iuris Civilis*), título esse dado por Dionísio Godofredo, no fim do século XVI d.C.

Foi mérito dessa codificação a preservação do direito romano para a posteridade.

CAPÍTULO 2

FONTES DO DIREITO

A produção das regras jurídicas faz-se pelas fontes do direito. A expressão “fontes do direito” admite ao menos dois significados. Pode ser entendida, em primeiro lugar, como os órgãos que têm a função ou poder de criar normas jurídicas. Nesse sentido, são chamadas “fontes de produção”. Exemplo: as assembleias populares (*comitia*), que votavam as leis em Roma. Por outro lado, pode também entender-se como o produto da atividade desses órgãos que têm poder ou função de legislar. Nesse outro sentido, são denominadas “fontes de revelação”. Exemplo: a lei (*lex rogata*) resultante de uma proposta feita pelos magistrados e votada nas assembleias populares em Roma.

COSTUME

Entre as fontes do direito romano, no segundo sentido, está o costume (direito não escrito), que, no período arcaico, foi quase exclusivamente a sua única fonte. O costume (chamado em latim de *consuetudo*, *mos* ou, mais especificamente, *mores maiorum* – isto é, “costumes dos antepassados”) é a observância constante e espontânea de determinadas normas de comportamento humano na sociedade. Cícero o definiu como regra de conduta aprovada, sem lei, pelo decurso de longuíssimo tempo e pela vontade de todos: “aquilo que a vetustez (ou longo espaço de tempo) aprovou, sem lei, pela vontade de todos” (*quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* – *De inv.* 2, 22, 67). Juliano o caracterizava como “uso arraigado” (*inveterata consuetudo* – D. 1, 3, 32, 1) e Ulpiano como “uso diuturno” (*diuturna consuetudo* – D. 1, 3, 3, 3). De qualquer modo, a observância da regra consuetudinária deve ser constante e universal.

OUTRAS FONTES DO DIREITO

Ao tratar das fontes do direito na época clássica, Gaio, jurista do séc. II d.C., em suas *Institutas* (Gai. 1, 2), menciona apenas as fontes do direito escrito: a lei (*lex*), os plebiscitos (*plebiscita*), os senatusconsultos (*senatusconsulta*), as constituições imperiais (*constitutiones principum*), os editos dos magistrados (*edicta magistratuum*) e a jurisprudência (*responsa prudentium*).

i) Leis e plebiscitos

As leis e plebiscitos eram manifestações coletivas do povo. As primeiras, “leis propostas” (*leges rogatae*) por um magistrado, discutidas e aprovadas nas assembleias populares (*comitia*) por ele convocadas, de que só participavam cidadãos romanos (isto é, o povo romano – *populus Romanus*). Os segundos, plebiscitos (*plebiscita*), forma anômala de fonte de direito, eram decisões da plebe, reunida sem os patrícios. Essas deliberações passaram a ser obrigatórias para a comunidade toda desde que a Lei Hortênsia (*lex Hortensia*), de 286 a.C., assim determinou, equiparando-as, portanto, às leis.

Interessante observar que são pouquíssimas as leis romanas de grande importância para o direito privado: não mais de vinte e cinco. Conservou-se o nome de aproximadamente oitocentas leis nos quinhentos anos em que tais fontes produziram direito.

ii) Senatusconsultos

Os senatusconsultos (*senatusconsulta*) eram deliberações do Senado. Na República, eram dirigidos mormente aos administradores públicos, dando-lhes instruções sobre o exercício de suas funções. O Senado era, portanto, um órgão consultivo da administração pública. No início do Principado (final do séc. I a.C.), os senatusconsultos passaram a ser propostos pelos imperadores para votação e, a princípio, consistiam, também, em instruções aos administradores. Com o passar do tempo, porém, foram absorvendo as funções das assembleias populares e passaram a conter normas gerais, semelhantes às leis. A partir de então, foi reconhecida sua função legiferante. Mais tarde, a partir do imperador Adriano (117 – 138 d.C.), passou-se a aprovar simplesmente, por aclamação, a proposta do imperador (*oratio principis*), transformando-se, destarte, o senatusconsulto em uma forma indireta de legislação imperial.

iii) Constituições imperiais

O termo “constituição”, no contexto das fontes de direito romano, tem um sentido completamente diferente daquele do direito moderno. Nesse último, indica a lei fundamental ou carta magna de um país. Já na linguagem jurídica romana, as constituições imperiais eram deliberações do imperador que não só interpretavam a lei, mas, também, a estendiam ou inovavam. As denominações variavam, conforme o conteúdo ou natureza delas: editos (*edicta*), que eram normas de caráter geral, semelhantes aos editos dos magistrados republicanos, de que trataremos logo a seguir; decisões (*decreta*) do imperador, proferidas em um processo judicial; respostas escritas (*rescripta*) dadas pelo imperador a questões jurídicas a ele propostas por particulares em litígio ou por magistrados; e ordens (*mandata*) dadas pelo imperador, na qualidade de chefe supremo, aos funcionários subalternos.

iv) Editos dos magistrados

Os editos dos magistrados são fonte de direito importantíssima na República (510 – 27 a.C.) e no início do Império. A criação de regras jurídicas para as diversas atividades do cotidiano cabia aos administradores públicos (genericamente chamados, na linguagem romana, de “magistrados”), cada um em sua esfera de competência: por exemplo, a organização dos mercados e feiras ficava a cargo do edil curul (*aedilis curulis*); o uso das ruas era regulado pelo administrador das vias públicas (*magister viarum*); a auditoria da Fazenda Pública competia ao questor (*quaestor*).

Dentre esses, o pretor (*praetor*) tinha a função específica de cuidar da administração da justiça. Essa função chamava-se jurisdição (*ius dicere* – “dizer o direito” no litígio processual) e, no desempenho dela, os pretores tiveram prerrogativas bastante amplas, baseadas no poder de mando, denominado “império” (*imperium*). Podiam eles, quando julgavam necessário ou oportuno, denegar a tutela jurídica, mesmo contra as regras do direito quirritário; ou, inversamente, conceder ações judiciais e outros meios processuais a pretensões que não tinham amparo legal no mesmo direito. Assim, dependia de seu poder discricionário a aplicação ou não daquelas regras do direito quirritário. Tinham eles outros meios processuais também para introduzir inovações, a fim de ajudar, suprir e até corrigir as regras do direito quirritário.

Nesse mister, o pretor, tal qual os outros magistrados, promulgava seu programa ao assumir o cargo, revelando como pretendia agir durante o ano de seu exercício. Essa atividade normativa manifestava-se através do “edito” (*edictum*),

como era chamado aquele programa. Com o edito, na realidade, o pretor criava novas normas jurídicas, ao lado das do direito quiritário. Essas novas normas pretórias não podiam derogar o direito quiritário, mas existiam paralelamente a ele.

Embora houvesse a mudança anual dos magistrados, o edito passava a conter um texto estratificado, fruto da experiência acumulada dos antecessores, formando o chamado “edito translaticio” (*edictum translaticium*). Inovações também podiam ser introduzidas pelo novo pretor, mediante o edito chamado “repentino” (*repentinum*), no curso do mandato (depois proibido para evitar casuísmos, isto é, decisões diferentes para casos essencialmente idênticos).

A redação definitiva do edito do pretor foi obra do jurista Sálvio Juliano, por ordem do Imperador Adriano, por volta do ano 130 d.C., conhecido como “Edito Perpétuo de Sálvio Juliano” (*Edictum Perpetuum Salvii Juliani*). Tal compilação representou o fim da evolução dessa fonte de direito.

v) Jurisprudência (ciência do direito)

O termo “jurisprudência” tem dois sentidos técnicos: o mais comum, na linguagem jurídica corrente, é o de conjunto uniforme de decisões reiteradas de tribunais. Não é esse o sentido que aqui nos interessa. Já na terminologia romana, em seu sentido original e etimológico, significava a “ciência do direito”, isto é, a atividade intelectual dos cultores do direito; esses juristas eram chamados “jurisconsultos” (*iurisconsulti*) ou “sábios do direito” (*iurisprudentes*).

Os jurisconsultos recebiam esse nome porque eram consultados acerca de questões controversas do direito, e emitiam pareceres (*responsa*). Tais pareceres exerceram papel importante na evolução do direito romano desde os tempos antigos. As regras consuetudinárias do direito primitivo, bem como as da Lei das XII Tábuas e outras, todas bastante simples e rígidas, tinham de ser interpretadas para que pudessem servir às exigências de uma vida social e econômica cada vez mais evoluída.

Essa interpretação, nas origens remotas do direito romano, estava afeta aos pontífices, que eram chefes religiosos. Mais tarde, porém, passou a ser obra de juristas leigos. Eles inovavam, criavam novas normas, partindo das existentes: isso por meio da interpretação extensiva destas. Por exemplo: a Lei das XII Tábuas, ainda nos primórdios do direito romano, continha uma regra que punia, com a perda do pátrio poder, o pai de família que vendesse três vezes o filho. Dessa regra, a interpretação jurisprudencial criou o instituto da emancipação. Para isso, o pai deveria vender, formal e ficticiamente, três vezes seu filho a um amigo de

confiança. Esse o libertava imediatamente após cada venda, com o que o filho voltava automaticamente para o poder do pai. Após a terceira venda, porém, o filho libertado já não retornava à sujeição do pai, cujo poder sobre ele assim se extinguia.

A “interpretação dos jurisconsultos” (*interpretatio prudentium*), entretanto, não foi enquadrada entre as fontes do direito na época republicana, que somente conheceu uma influência de fato dos juristas de renome.

O papel oficial dos jurisconsultos na atividade produtora de normas jurídicas começou com o imperador Augusto (27 a.C. – 14 d.C.), que conferiu aos mais conhecidos e apreciados o privilégio de darem pareceres sobre questões de direito. Nesse mister, eles eram expressamente autorizados pelo imperador: tinham o “direito de responder por autoridade do imperador” (*ius respondendi ex auctoritate principis*). Por isso mesmo, esses pareceres vinculavam o juiz que decidia a causa, a não ser que houvesse pareceres contraditórios de igual valor.

Posteriormente, os pareceres (*responsa*) dos jurisconsultos, versando sobre a aplicação das regras jurídicas aos mais variados fatos da vida, concorreram para a elaboração dos princípios fundamentais do direito e representaram, desse modo, a manifestação mais original do gênio criador dos romanos nesse campo. Durante o Principado, nos primeiros séculos de nossa era, uma plêiade de ilustres jurisconsultos deu sua contribuição grandiosa à elaboração do direito de Roma.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FONTES DO DIREITO

Do ponto de vista histórico, o costume, as leis e os plebiscitos, com a respectiva interpretação jurisprudencial, representaram as fontes do direito quiritário (*ius civile*) na República (510 a.C. – 27 a.C.) e o edito do pretor, a fonte do direito pretório (*ius honorarium*) na mesma época.

Essas fontes continuaram formalmente no período do Principado (27 a.C. – 284 d.C.). Entretanto, decaindo a importância das assembleias populares e estratificando-se o edito pretório com o Editto Perpétuo de Sálvio Juliano, a atividade legislativa passou à alçada do imperador. Ele a exercia, primeiramente, pelos senatusconsultos por ele propostos e simplesmente aclamados pelos senadores. Depois, cada vez com menor disfarce, o imperador legislava por meio das constituições imperiais, que eram as normas jurídicas por ele expedidas.

Na época pós-clássica, de organização política monárquica absoluta (284 d.C. – 565 d.C.), a única fonte de direito era, praticamente, a vontade do imperador, expressa em suas constituições. O conjunto de regras de direito por ele editadas chamou-se *leges*, em contraposição ao direito elaborado pelos

pareceres dos jurisconsultos da época clássica, cuja importância jurídica e validade os imperadores reconheceram e que se denominou *iura*.

As compilações pós-clássicas, culminando com a de Justiniano (527 d.C. – 565 d.C.), continham justamente *leges e iura*. O Código de Justiniano compõe-se das constituições imperiais (*leges*). O Digesto é uma coleção de fragmentos das obras e pareceres dos jurisconsultos clássicos (*iura*).

CAPÍTULO 3

NORMA JURÍDICA

APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A norma jurídica contém disposições abstratas a serem aplicadas aos casos concretos que a vida apresenta. Por isso, sua aplicação pressupõe o conhecimento perfeito, seguro e completo da norma jurídica abstrata e dos fatos concretos.

i) Norma jurídica abstrata

O aplicador do direito (advogado, juiz etc.), diante do fato concreto, deve, em primeiro lugar, procurar identificar e conhecer a norma jurídica aplicável. No caso do juiz, pressupõe-se que a saiba (“o tribunal conhece o direito” – *iura novit curia*). Para esse conhecimento da norma jurídica, o aplicador tem de proceder, de início, a um trabalho de “crítica”, para verificar se a norma é válida e se o texto é autêntico.

“Conhecer as leis”, dizia o jurista Celso (D. 1, 3, 17), “não significa saber as suas palavras, mas compreender sua força e poder” (*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*), vale dizer, procurar estabelecer o verdadeiro sentido e alcance do seu texto.

Essa atividade chama-se interpretação da norma jurídica: é o procedimento técnico pelo qual, partindo-se das palavras da lei, e levando-se em consideração variados elementos (gramatical, histórico, cultural, sociológico, lógico-sistemático), chega-se a colher o pleno e exato significado, ou seja, reconstrói-se o pensamento ou vontade efetiva do legislador.

A interpretação pode ser autêntica ou doutrinal. A primeira é a que se faz mediante uma nova norma jurídica expedida pelo órgão legiferante competente. A segunda, por meio do trabalho dos cultores do direito. Quanto aos resultados da interpretação, pode ela simplesmente confirmar o sentido (*interpretatio declarativa*), estendê-lo (*interpretatio extensiva*) ou restringi-lo (*interpretatio*