

DIREITO ROMANO



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

Professor titular aposentado de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente de Direito Civil e Romano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade Tor Vergata de Roma II.

Doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

DIREITO ROMANO

18ª edição

Revista



IV

O PRINCIPADO

Sumário: 24. Antecedentes. 25. Otaviano e a fundação do principado. 26. Caracterização dessa forma de governo. 27. As províncias. 28. O destino das instituições políticas da República. 29. O *princeps*. 30. Os funcionários imperiais. 31. As fontes de direito. 32. A jurisprudência clássica.

24. Antecedentes – Os acontecimentos desde o início do século I a.C. indicavam que a república não poderia subsistir muito tempo.

Com a reforma da organização militar realizada por Mário, deu-se a Roma exército à altura da conservação de seu vasto império, mas, internamente, dela decorreu uma consequência funesta à república: o poder dos generais de livremente recrutar soldados e de receber o seu juramento vinculou estes àqueles, e não, como anteriormente, os soldados a Roma.

Sila foi o primeiro a servir-se dessa arma poderosa – a fidelidade pessoal que lhe tributava o exército – para a dominação política interna. De 82 a 79 a.C., exerceu a ditadura (no sentido moderno de tirania), realizando várias reformas políticas.

Mas, em 79 a.C., Sila espontaneamente abdicou do poder, e morreu um ano mais tarde.

Segue-se o período em que se projetam dois homens: Pompeu e Júlio César. Ambos intentavam assumir o poder supremo, mas por métodos diversos: Pompeu, provavelmente, pretendia alcançar sua aspiração galgando o poder com o consentimento do Senado republicano (instaurar-se-ia, assim, em Roma, o *principado*); Júlio César, ao contrário, visava ao mesmo fim com a implantação da monarquia absoluta (o que mais tarde ocorreria no *dominato*).

O conflito entre eles era inevitável. Desencadeia-se, quando César, em 49 a.C., desrespeitando o Senado, não licencia suas tropas, atravessa o Rubicão, e invade Roma. Pompeu, com magistrados republicanos e vários senadores, se retira para Tessalônica. Em 48 a.C., no entanto, César vence a batalha de Farsália, e sua vitória se consolida posteriormente com a derrota dos partidários de Pompeu, em Tapsa e Munda.

De 48 a 44 a.C. – data do assassinio de César –, este, embora não seja reconhecido oficialmente como rei, age como se de fato o fora, a ponto de Cícero denominar esse período de *dominatus* (dominato, monarquia absoluta).¹

¹ *Epistolae ad familiares*, IV, 8, 2.

Com a morte de César, há uma série de agitações da qual decorre a criação de nova magistratura que é o *segundo triunvirato*², formado por Otaviano (sobrinho e filho adotivo de César), Marco Antônio e Lépido.

A pouco e pouco, porém, Lépido é posto de lado, e o triunvirato se transforma num duunvirato. Otaviano e Marco Antônio, então, dividem entre si o poder: Otaviano fica com o Ocidente; Marco Antônio, com o Oriente.

25. Otaviano e a fundação do principado – Em 2 de setembro de 31 a.C., Otaviano derrota, na batalha de Ácio, Marco Antônio, e se torna o detentor único do poder.

Já desde alguns anos antes, vinha Otaviano obtendo prerrogativas que lhe preparavam caminho para a implantação do regime pessoal em Roma. Assim, em 36, foi-lhe conferida a *tribunicia potestas*, confirmada em 30, ano, aliás, em que um plebiscito lhe reconhece o direito de administrar a justiça. Em 29, o Senado lhe confirma o título de *imperator* (que lhe dava a posição de herdeiro de César, e que se transmitiria aos seus próprios herdeiros). Em 28, atribuiu-se-lhe o título de *princeps senatus*.

Em 13 de janeiro de 27 a.C., surge o *principado*. Otaviano, diante do Senado, depõe seus poderes extraordinários, e declara retornar à condição de simples cidadão romano. O Senado lhe suplica volte atrás nessa resolução, ao que Otaviano acede, impondo duas limitações ao seu poder: 1ª, que as províncias romanas se repartam entre o Senado (*províncias senatoriais*, pacificadas, e, portanto, sem necessidade de exército nelas sediadas) e ele (*províncias imperiais*, conturbadas por agitações, e demandando, conseqüentemente, a presença de tropas); 2ª, que o exercício de suas funções extraordinárias se limitem, no tempo, por dez anos.

Em 23, Otaviano (a quem o Senado, dias depois da sessão de 13 de janeiro de 27 a.C., havia outorgado o título de *Augustus*) renuncia ao consulado que vinha exercendo ininterruptamente desde 31. Graças a essa renúncia, ele recebe o proconsulado sem as limitações existentes na república, pois ele exerce essa magistratura em toda a extensão do Estado Romano. Consolidava-se, assim, Otaviano na posição de *princeps*: com o proconsulado, tinha o comando geral dos exércitos romanos; com a *tribunicia potestas*, a inviolabilidade pessoal e o veto às decisões dos magistrados republicanos.

26. Caracterização dessa forma de governo – O principado apresenta dupla face: em Roma, é ele monarquia mitigada, pois o príncipe é apenas o primeiro cidadão, que respeita as instituições políticas da república; nas províncias imperiais, é verdadeira monarquia absoluta, porque o *princeps* tem, aí, poderes discricionários.

Mas o principado, como regime de transição da república à monarquia absoluta, encaminha-se, paulatinamente, para o absolutismo.

Em face das peculiaridades que apresenta o principado, há controvérsia entre os autores modernos sobre a natureza desse regime. Mommsen pretende que ele seja uma

2 O primeiro triunvirato constituído, em 60 a.C., por Pompeu, César e Crasso, era aliança de caráter particular.

diarquia: de um lado o príncipe, e, de outro, o Senado. Para Arangio-Ruiz e outros, como Lauria, é o principado um protetorado, em que o príncipe é o protetor e o Estado Romano, o protegido. Já De Francisci vê nele a superposição de um novo órgão (*o princeps*) às instituições republicanas.³

27. As províncias – No principado, as províncias se dividem em *senatoriais* e *imperiais*.

As províncias senatoriais são governadas pelos procônsules, que exercem as funções geralmente durante um ano. São seus auxiliares os legados e um questor. Nelas, continua formalmente o sistema de governo observado na república.

As províncias imperiais, mais numerosas, são administradas pelos *legati Augusti* (legados de Augusto) designados, por tempo indeterminado, pelo imperador, e auxiliados pelos *comites* e um *procurator*.

Em todo o território provincial continuam a existir cidades de diversos tipos de organização, como, por exemplo, os municípios e as colônias.

28. O destino das instituições políticas da República – Como já salientamos, no principado subsistiram as instituições políticas da república, mas com suas atribuições cada vez mais reduzidas, por se tratar de regime de transição para a monarquia absoluta, a qual é incompatível com essas instituições nos moldes em que existiram na república.

Analisaremos, a seguir, o estado a que se reduziram as funções da magistratura, do Senado e dos comícios republicanos.

A) Magistratura

1. *Consulado* – É, como salienta Emílio Costa,⁴ uma sombra vã do consulado republicano, pois, privado de qualquer poder fora da Itália, mesmo no território italiano não dispõe do comando militar, e seus poderes civis estão limitados pela *tribunicia potestas* do príncipe. De magistratura anual, passa, no início do principado, a semestral; depois, a quadrimestral, a trimestral, e, enfim, no tempo de Nero, a bimestral. Mas o consulado perdura durante todo o principado.

2. *Pretura* – Foi a magistratura que mais resistiu à absorção de poderes por parte do príncipe. Os pretores urbano e peregrino exercem, em Roma e na Itália, a jurisdição civil. A pretura urbana persiste durante o principado; a peregrina desaparece no tempo do imperador Caracala. Surgem, nesse período, alguns pretores dotados de competência específica, assim, por exemplo, o *praetor tutelaris*, encarregado da nomeação dos tutores.

3. *Censura* – Reduzida, desde o início do principado, às funções de redação das listas dos cidadãos de Roma, e de coordenação dos recenseamentos realizados por magistra-

3 Cf. Grosso, ob. cit., § 121, p. 370 e segs.; ampla bibliografia a respeito em De Martino, ob. cit., IV, 1, p. 234 e segs.

4 *Storia del Diritto Romano Pubblico*, p. 287, Firenze, 1906.

dos municipais, a censura deixa de existir, como magistratura autônoma, no tempo do imperador Domiciano (81 a 96 d.C.), o qual a assumiu vitaliciamente.

4. *Questura* – Durante o principado, encontramos 20 questores com funções muito reduzidas. Dois deles serviam como secretários do príncipe (*quaestores principis*). Os questores estavam obrigados a prestações pecuniárias para, a princípio, o calçamento de ruas, e, depois, os jogos de gladiadores.

5. *Edilidade curulê da plebe* – A partir de César, os edis, em número de seis, se dividem, dois a dois, em três categorias: edis curuis, plebeus e *ceriales* (estes, encarregados do aprovisionamento de Roma). A pouco e pouco, porém, suas funções são atribuídas a funcionários imperiais, até que deixa de existir a edilidade no século III d.C. (por volta do ano 240).

6. *Tribunato da plebe* – Não obstante tenha perdurado por todo o principado, suas funções, que vinham da república, se transferem para o imperador. Suas novas atribuições são de ordem administrativa, como, por exemplo, a vigilância das sepulturas.

B) Senado

Em 18 a.C., Augusto reduziu o número dos senadores – que, no segundo triunvirato, chegara a mais de 1.000 – a 600, possibilitando, assim, que o Senado realmente funcionasse. Com efeito, uma assembleia de mais de 1.000 membros, como salientou Carlyle, pode fazer apenas uma coisa: destruir.

Durante o principado, o Senado manteve-se, aparentemente, em posição de destaque. Na realidade, porém, sua atividade foi inspirada e orientada pelo príncipe. Os senadores eram eleitos entre os ex-magistrados, e, como a influência do *princeps* era decisiva nessa eleição, os membros do Senado eram homens de sua confiança. Por outro lado, o príncipe tinha livre iniciativa para convocar o Senado, e a ele apresentar propostas.

No principado, o Senado perdeu, em favor do príncipe, os poderes fundamentais que detinha na república. Assim, a direção da política externa. De outra parte, no entanto, absorveu as funções eleitorais e legislativas dos comícios, embora, ainda nisso, enorme fosse a influência exercida pelo *princeps*.⁵

C) Comícios

Observa-se, no principado, a gradativa perda, por parte dos comícios, das funções judiciárias, eleitorais e legislativas. Com Augusto os comícios perdem o poder judiciário; sob Tibério suas funções eleitorais são transferidas para o Senado; e o poder de legislar, que os comícios ativamente exerceram no tempo de Augusto e de Tibério, desaparece no reinado de Nerva, pelo desuso, pois expressamente nunca lhe foi retirada essa faculdade.

A partir de então, o povo reunido em comício se limita a aprovar, por aclamação, a *lex de imperio*, que, proposta a ele pelo Senado, conferia poderes ao novo *princeps*.

29. **O *princeps*** – Para que a administração, no principado, pudesse funcionar, fazia-se mister, tendo em vista a decadência das magistraturas republicanas que não se coadu-

navam com o regime pessoal, a organização de aparelhamento administrativo à altura do império romano. Para isso, foram nomeados pelo príncipe funcionários imperiais.

Formou-se, assim, uma escala hierárquica de funcionários que auxiliavam o *princeps*. Acima deles, encontrava-se, obviamente, a figura do príncipe, cujo modo de designação, prerrogativas e poderes estudaremos, sumariamente, a seguir.

A) Modo de designação

Para a designação do *princeps* não vigorava o princípio da hereditariedade, nem o puramente eletivo: o sucessor era geralmente designado pelo antecessor, quer pela adoção, quer mediante simples designação ou atribuição dos poderes fundamentais do *princeps*, como a *tribunicia potestas*. De fato, no entanto, era grande a influência do exército na designação do príncipe. O escolhido era, a seguir, consagrado pelo voto do Senado e do povo (pura formalidade), de cujas mãos recebia a sua investidura pela *lex de imperio*.

B) Prerrogativas

Tinha o *princeps* direito à cadeira curul; ocupava lugar de honra entre os dois cônsules; vestia, geralmente, a *toga praetexta*; usava a coroa de louros; sua efigie era cunhada nas moedas; e era divinizado quando morria.

C) Poderes

Além da *tribunicia potestas*, o príncipe celebrava a paz e declarava a guerra, concluía tratados, fundava e organizava colônias, concedia aos estrangeiros direito de casamento legítimo (*ius conubii*) e a cidadania, convocava o Senado, cunhava moedas e tinha jurisdição civil (em grau de recurso) e criminal.

Para as deliberações mais importantes, o *princeps* geralmente consultava o *consilium principis*, órgão estável a partir de Adriano, e formado por amigos e companheiros do príncipe, bem como por eminentes juristas.

30. **Os funcionários imperiais** – Os funcionários imperiais se classificam em: *legados, prefeitos, procuradores e auxiliares*.

Os *legados* são lugares-tenentes do *princeps* na administração das províncias.

Os *prefeitos* (e a palavra *praefectum* significa *representante de uma autoridade superior*) representam o próprio *princeps*.

Os *procuradores* são mandatários do *princeps* especialmente no tocante à administração financeira.

Os *auxiliares* desempenham diferentes funções de secretariado junto ao *princeps*.

Desses funcionários, os mais importantes são os *prefeitos (praefecti)*, que, por sua vez, se dividem em:

1. *Praefecti praetorio* – Em número, geralmente, de dois ou três, eram funcionários submetidos ao princípio da colegialidade. De início, suas funções são militares, já que comandam a guarda imperial e as tropas de Roma e da Itália; depois, atribui-se-lhes jurisdição criminal na Itália, e suas funções civis acabam predominando sobre as militares, razão por que notáveis juristas foram *praefecti praetorio*.

⁵ Vide, a propósito, C. Longo e Scherillo, *Storia del Diritto Romano*, p. 250, Milano, 1935.

2. *Praefecti urbi* – Desempenham função policial, com jurisdição criminal em Roma e até um raio de 100 milhas dela.

3. *Praefecti annonae* – Encarregados do abastecimento de Roma, com jurisdição sobre os delitos a ele relacionados.

4. *Praefectus uigilum* – Incumbido do policiamento noturno e da extinção de incêndios, tinha, também, jurisdição sobre os delitos correlatos.

5. *Praefectus aerarii* – Substitui os questores republicanos na administração do tesouro público, e tem jurisdição em negócios fiscais.

No principado, encontramos, ainda, alguns funcionários que conservam muitos traços das magistraturas republicanas. São eles os diversos *curatores* (assim, por exemplo, os *curatores uiarum publicarum* e os *curatores aquarum*).

31. As fontes de direito – São as seguintes as fontes de direito nesse período: costume, leis comiciais, edito dos magistrados, *senatus consultos*, constituições imperiais e respostas dos jurisconsultos.

A) Costume

Os juristas clássicos (Gaio, Inst. I, 2; e Papiniano, D. I, 1, 7, pr. e 1) não incluem o costume na relação das fontes do direito. E isso talvez porque eles consideram o costume como um fato.⁶ O que é certo, porém, é que sua importância, nesse período, é menor do que nos anteriores, até porque, quando começava a formar-se um costume, o pretor podia acolhê-lo em seu edito, dando-lhe o caráter de norma do *ius honorarium*.

Um fragmento atribuído a Juliano (D. I, 3, 32, I) – que tem dado margem a grande controvérsia sobre se foi, ou não, reelaborado no dominato,⁷ mas que, possivelmente, conserva o pensamento de Juliano⁸ – dá, como fundamento do costume, o consentimento tácito do povo, em contraposição à lei, em que esse sentimento se manifesta explicitamente.

Por outro lado, nos textos jurídicos desse período,⁹ verifica-se que, para a existência do costume, era necessário que a prática fosse observada por longo tempo (*diuturna, longa, inueterata consuetudo*), embora não se estabelecesse um limite mínimo.

O costume *praeter legem* – que é o que preenche lacuna da lei – era, sem dúvida, obrigatório. Quanto ao costume *contra legem* – o que é contrário à lei –, e que se distingue do desuso (*desuetudo*) – aquele é o comportamento positivo contrário à lei, enquanto este é o comportamento negativo de não observância da lei, sem ser acompanhado de

6 Nesse sentido, Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, n° 413, p. 570, Paris, 1967.

7 Vide, a propósito, entre outros, Gallo, *Interpretazione e Formazione Consuetudinaria del Diritto*, p. 55 e segs., Torino, 1971.

8 Assim, Riccobono (*Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano*, pp. 146/147), que observa que não teria sentido que os compiladores do *Digesto* houvessem alterado esse fragmento para declarar o que não mais tinha valor em seu tempo.

9 Vide Gaudemet, ob. cit., n° 579, p. 729 e nota 4.

comportamento positivo contrário a ela –, não revogava ele a lei. Já o desuso (*desuetudo*), como transparece do texto de Juliano acima referido,¹⁰ a revogava.¹¹

B) Leis comiciais

No tempo de Augusto, os comícios votam uma série de leis propostas por ele com base em sua *tribunicia potestas*. Assim, entre outras, as *Leges Iuliae Iudicariae* e a *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*.

Depois de Augusto, no entanto, a legislação comicial entra em decadência. Sob Tibério e Cláudio, encontramos ainda algumas leis votadas pelos comícios. Do tempo do imperador Nerva data a última lei comicial que conhecemos.

É certo, todavia, que o poder legislativo dos comícios não foi abolido, expressamente, mas desapareceu por ter, de fato, deixado de ser exercido pelos comícios.

C) Edito dos magistrados

No principado, o pretor – cujos editos, como vimos, eram os mais importantes na república –, embora não tenha perdido, até o tempo do imperador Adriano, o poder de, indiretamente, criar direitos por meio de elaboração de seu edito (*ius edicendi*), na prática se limita, geralmente, a copiar os editos de seus antecessores, e isso, por certo, pela posição subalterna a que ficou reduzida, nesse período, a pretura.

Assim, o edito já se consolidara, de fato, pela ausência de modificações introduzidas pelos pretores que se sucediam. E essa situação de fato se converteu em situação de direito na época de Adriano, imperador que ordenou ao jurisconsulto Sálvio Juliano a fixação definitiva do texto dos editos. A esse trabalho foi dada a denominação *Edictum Perpetuum* (Edito Perpétuo)¹² pela imutabilidade de seu texto. A partir de então, o pretor somente pode criar novos meios processuais por solicitação do *princeps* ou do Senado.

O *Edictum Perpetuum* sistematizou não apenas o edito do pretor urbano, mas também o dos edis curuis, anexando-o ao primeiro como apêndice. Parece que foram, igualmente, sistematizados de modo definitivo o edito do pretor peregrino e um protótipo de edito provincial.

10 Constantino, no C. VIII, 52, 2, afirma, no dominato, o princípio contrário: o desuso não revoga a lei. Acentua Gallo, ob. cit., p. 56, que o contraste entre a constituição de Constantino e o fragmento de Juliano depõe a favor da genuinidade, pelo menos substancial, deste.

11 Essa revogação decorre, também, de textos de Aulo Gélío (*Noctes Atticae*, XI, 18, 4; XII, 13, 5; e XX, 1, 22). Solazzi (*La Desuetudine della Legge*, in *Scritti di Diritto Romano*, III, p. 275 e segs., Napoli, 1960), porém, sustenta a tese de que, no direito clássico, o desuso não revogava a lei, e, mesmo no tempo de Justiniano, é duvidosa a força ab-rogatória do desuso.

12 A mais perfeita reconstituição do *Edictum Perpetuum* é devida a Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cuja 3ª ed. foi reproduzida, em 1956, por Scientia. *Antiquariat Aalen*. Dessa obra há tradução francesa de Peltier (*Essai de Reconstitution de L'Edit Perpétuel*, 2 vols., Paris, 1901/1903).

Um romanista moderno, Guarino,¹³ tendo em vista certas circunstâncias (assim, por exemplo, as notícias escassas existentes sobre esse trabalho de Sálvio Juliano, e devidas a autores muito distantes dele no tempo), levantou a tese de que o *Edictum Perpetuum* elaborado por Juliano é uma lenda criada pelos autores que nos informam a respeito, pois o que houve, em verdade, foi a fixação do texto de Edito feita apenas pela ausência de modificação por parte dos magistrados, o que se tornou praxe sempre observada. Essa tese, no entanto, não encontrou ressonância entre os romanistas, por não ter Guarino conseguido afastar argumentos favoráveis à tradição de que o *Edictum Perpetuum* foi elaborado por Sálvio Juliano.¹⁴

D) *Senatusconsultos*

Embora, como já salientamos, o Senado tivesse, na república, influência, por intermédio dos magistrados, na formação do direito, as suas deliberações (*senatusconsultos*) não eram fonte de direito. Quando muito – e isso apenas nos fins da república –, o Senado se arrogou a faculdade de, sem ratificação dos comícios, dispensar alguns cidadãos da observância de certas leis (*legem aliquem soluere*).

No início do principado, porém, os *senatusconsultos* passam a ser fonte de direito, não só em virtude do exaurimento do poder legislativo dos comícios, como também pela circunstância de que, não estando ainda os tempos devidamente amadurecidos para que o *princeps*, abertamente, usurpasse o poder legislativo, propunha ele as medidas que lhe pareciam necessárias, e o Senado sobre elas deliberava. Com o tempo, e graças à autoridade do príncipe, a proposta passa a ter mais valor do que a deliberação do Senado, uma vez que este se manifesta sempre pela aprovação. Daí, em vez de falar-se em *senatusconsultum*, dizer-se *oratio* (proposta do príncipe). No tempo dos Severos, essa prática está consagrada.

No principado, encontramos vários *senatusconsultos* de grande importância para o direito privado, como, por exemplo, o *senatusconsulto tertuliano*, a respeito de sucessão hereditária.

E) *Constituições imperiais*

Ao príncipe jamais foi atribuída expressamente a faculdade de legislar, mas em decorrência dos poderes que absorveu das magistraturas republicanas e da *autoritas* que lhe era reconhecida, ele, desde o início do principado, interferiu na criação do direito, com as *constitutiones* (constituições imperiais), que não indicavam um ato formal do *princeps* para criar direito, mas qualquer ato dele emanado, e que eram fonte de direito quando continham novo preceito jurídico.

As constituições imperiais se apresentam, principalmente, sob um dos quatro seguintes tipos:¹⁵

1º) *edicta* (editos) – normas gerais que, em virtude do *ius edicendi* do príncipe, dele emanavam, e se assemelhavam, na forma, às oriundas dos magistrados republicanos;

2º) *mandata* (mandatos) – instruções que o príncipe transmitia aos funcionários imperiais, principalmente aos governadores e funcionários das províncias (a partir do século V d.C., desapareceram totalmente);¹⁶

3º) *rescripta* (rescritos) – respostas que, sobre questões jurídicas, o imperador dava a particulares, ou a magistrados e a juizes; no primeiro caso, diziam-se *subscriptiones*, porque eram escritas abaixo da pergunta, para que a resposta desta não se separasse; no segundo, *epistulae*, pois eram redigidas em carta; e

4º) *decreta* (decretos) – eram sentenças prolatadas pelo príncipe em litígios a eles submetidos em primeira instância ou em grau de recurso.

As constituições imperiais mais importantes para o direito privado se apresentavam sob o tipo de *decreta* ou de *rescripta*.

F) “*Responsa prudentium*” (respostas dos *jurisconsultos*)

Antes de Augusto, os *jurisconsultos*, na qualidade de particulares, respondiam a consultas das partes litigantes, dos magistrados ou dos juizes. Augusto, no entanto, introduziu o *ius respondendi ex auctoritate principis*, pelo qual o príncipe concedia a alguns juristas uma espécie de patente – o *ius publice respondendi* – pela qual as suas respostas tinham maior autoridade que a dos juristas sem o *ius respondendi*.

Os imperadores que sucederam a Augusto continuaram a observar essa prática.

Sob Adriano, os *responsa prudentium* (respostas dos *jurisconsultos*) abrangem não só os pareceres dados sobre casos concretos (como na época de Augusto), mas também as opiniões em geral dos *jurisconsultos* com *ius respondendi*, manifestadas sobre casos concretos ou em obras doutrinárias. Os *responsa prudentium* eram, então, fonte de direito – portanto, vinculavam o juiz – se constituíssem *opinio communis* (opinião comum). Se houvesse divergência de opiniões, o juiz julgava segundo a que lhe parecesse melhor.¹⁷

13 *Lesaurimento del “ius honorarium” e la pretesa codificazione dell’editto*, artigo reproduzido na obra *L’Ordinamento Giuridico Romano*, pp. 396 a 424, Napoli, 1964.

14 A propósito, vide Robleda, *Introduzione allo Studio del Diritto Privato Romano*, 2ª ed., p. 251, Roma, 1979.

15 Sobre a aplicação, às constituições imperiais, da distinção entre *leges generales* e *leges speciales*, vide Guarino, *Storia del Diritto Romano*, § 279, p. 417 e segs.

16 Como salienta Kipp (*Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, § 12, p. 69), os *jurisconsultos* romanos não incluíam – ao contrário do que, em geral, ocorre com os romanistas modernos – os *mandata* entre as *constitutiones principum*.

17 Seguimos, no texto, a interpretação tradicional a respeito dos *responsa prudentium*; sobre as teses mais modernas, vide Kunkel, *Das Wesen de ius respondendi*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, vol. LXVI (ano de 1948), p. 423 e segs.; Ventura, *Manual de Direito Romano*, vol. I, tomo I, n° 30, p. 83 e segs., Lisboa, 1963; e Horvat, *Note Intorno allo “ius respondendi”*, in *Syntheleia* Vincenzo Arangio-Ruiz, vol. II, p. 710 e segs., Napoli, 1964.

32. **A jurisprudência clássica**¹⁸ – No início do principado, vamos encontrar os jurisconsultos romanos divididos em duas escolas: a dos Proculeianos e a dos Sabinianos. A primeira fundada por Antístio Labeo, mas cujo nome veio de um de seus seguidores: Próculo; a segunda, por Atéio Cápito, advindo a sua denominação do jurisconsulto Masúrio Sabino. Entre os principais juristas pertencentes à primeira escola, temos os dois Nervas (pai e filho), os dois Celsos (pai e filho), Pégaso e Nerácio Prisco; já com relação à segunda, destacam-se, entre outros, Cássio, Célio Sabino, Javoleno e Sálvio Juliano. As divergências entre elas não se prolongam além do reinado de Adriano (117-138 d.C.), e o fato de Gaio,¹⁹ que viveu posteriormente a essa época, dizer-se sabiniano nada mais significa – segundo tudo indica – do que a existência de ressonância, nas províncias (Gaio era provinciano),²⁰ de divergências que já não existiam em Roma.

Há, entre os romanistas, grande controvérsia sobre as características diferenciadoras das duas escolas.²¹ Pompônio, jurisconsulto romano desse período, diz que os proculeianos eram inovadores, e os sabinianos, conservadores.²² Vários autores modernos, no entanto, não encontram essas características nas controvérsias – de que temos conhecimento – dessas escolas. Por isso, procuram eles outros critérios para distingui-las. É possível que fossem elas apenas estabelecimentos rivais de ensino.²³

Depois da época do imperador Adriano, em que se destacou o jurista Sálvio Juliano, o elaborador do *Edictum Perpetuum*, e modernamente considerado o maior jurisconsulto romano clássico,²⁴ surgiram três notáveis juristas: Papiniano (o imperador Justiniano e os romanistas antigos o julgavam o maior que Roma tivera), Paulo e Ulpiano. Viveram eles no século III d.C.

A série dos jurisconsultos clássicos se encerra, pouco depois, com Modestino, que também viveu no século III d.C.

18 Sobre os diversos jurisconsultos romanos do principado, vide Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der Römischen Juristen*, p. 114 e segs., Weimar, 1952.

19 A respeito de Gaio, vide os vários estudos que se encontram em *Gaio nel suo tempo – Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, e em *Il Modello di Gaio nella Formazione del Giurista – Atti del Convegno Torinese (4-5 Maggio 1978) in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981. Sobre se Gaio era um jurisconsulto ou simplesmente um mestre-escola, vide Diosdi (*Gaius: Rechtsgelehrte oder Schullehrer?* in *Études offertes à Jean Mac Queron*, pp. 225 a 234, Aix-en-Provence, 1970), que se manifesta pela primeira alternativa.

20 A propósito, vide Mommsen, *Gaius ein Provinzialjurist*, in *Juristische Schriften, zweiter Band*, 2ª ed., p. 26 e segs., Berlin-Dublin-Zürich, 1965.

21 Sobre as diferentes teses a respeito, vide Wenger, ob. cit., § 76, p. 499; e Gian Luigi Falchi, *Le Controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, *passim*.

22 D, I, 2, 2, 47 a 53; Riccobono (*Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano*, § 13, p. 66, nota 1, *in fine*) considera plausível a opinião de Pompônio.

23 A propósito, vide Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 121 e segs.

24 Para pormenores sobre a vida e obra de Sálvio Juliano, vide Boulard, L. *Salvus Julianus, son oeuvre – ses doctrines sur la personnalité juridique*, Paris, 1903.

Os juristas clássicos escreveram, além de monografias, várias obras que seguiam, principalmente, um dos seguintes tipos: *institutiones*, *regulae*, *enchiridia* e *definitiones* (livros destinados ao ensino); *sententiae* e *opiniones* (obras também elementares, mas que visavam mais à prática do que ao ensino); *responsa* (livros de consultas e respostas sobre casos concretos); *quaestiones* e *disputationes* (repositórios de controvérsia jurídica); *libri ad*, *libri ex* e *notae ad* (comentários ou notas de um jurista à obra de um seu antecessor, cujo nome – ou denominação de seu trabalho – se seguia a essas expressões latinas); *libri ad edictum* (obras que obedeciam ao plano do *Edictum Perpetuum*, e se ocupavam do *ius honorarium*); e *digesta* (espécie de enciclopédias sobre o *ius civile* e o *ius honorarium*).²⁵

De todas as obras dos juristas clássicos, apenas três – afora alguns pequenos fragmentos²⁶ – chegaram até nós, embora somente uma (as *Institutas* de Gaio) com redação próxima à original.²⁷ São elas:

I – *Institutas de Gaio* (*Gai Institutionum Commentarii Quattuor*)²⁸ – livro de escola, mas que é de inestimável valor pelas informações que nos fornece sobre o direito romano clássico, foi descoberto, em 1816, pelo historiador Niebuhr,²⁹ num palimpsesto, do século V ou VI d.C., da biblioteca da Catedral de Verona (a melhor leitura desse palimpsesto é devida ao filólogo Studemund); em 1927, Hunt publicou três fragmentos, descobertos na cidade de Oxirincó, no Egito, de uma cópia das *Institutas* de Gaio escritos em papiro do século III d.C.; finalmente, em 1933, Medea Norsa comprou, no Cairo, duas folhas e meia de pergaminho escritas no século V d.C., as quais contêm parte de cópia das mesmas *Institutas*.³⁰

25 Cf. Wenger, ob. cit., § 76, p. 493 e segs.

26 Esses fragmentos – bem como as três obras a que aludimos – se acham publicados em coletâneas da natureza dos *Textes de Droit Romain publiés et annotés par P. F. Girard*, 6ª ed., Paris, 1937; das *Fontes Iuris Romani Antiqui edidit Carolus Georgius Bruns*, 7ª ed., publicada por Otto Gradenwitz, duas partes em um só volume, Tübingen, 1909 (há reimpressão feita, em 1969, por *Scientia Verlag Aalen*); e da de S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini, J. Furlani, V. Arangio-Ruiz, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars altera (auctores)*, Florentiae, 1940.

27 Sobre as alterações introduzidas nas obras clássicas em decorrência de revisões a que as submetteram juristas do período pós-clássico, vide Schulz, *History of Roman Legal Science*, p. 141 e segs.; acerca do mesmo problema com relação às *Institutas* de Gaio, há trabalho de Albertario (*Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*) reproduzido in *Studi di Diritto Romano*, V, p. 441 e segs., Milano, 1937.

28 Sobre a transmissão, a estrutura e o estilo das *Institutas* de Gaio, vide H. L. W. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981. Quanto às omissões das *Institutas*, vide Renato Quadrato, *Le Institutiones nell'Insegnamento di Gaio – Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979.

29 Sobre essa descoberta vide Savigny, *Neu entdeckte Quellen des Römischen Rechts*, in *Vermischte Schriften*, vol. 3, p. 155 e segs. Berlim, 1850.

30 A melhor edição das *Institutas* de Gaio é a Krueger-Studemund, *Gai Institutiones*, tomo I da *Collectio Librorum Iuris Antejustiniani*, 6ª ed., Berlim, 1912. Boa edição, com tradução para o inglês e comentários, é a de Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, 2 vols., reimpressão, Oxford, 1951. Entre as traduções para o francês, é de destacar-se a de Julien Reinach, *GAIUS Institutes*, publicada, em Paris, em 1950, pela Société d'Édition Les Belles Lettres, da qual há uma 2ª tiragem revista e corrigida, de 1965.

II – *Regras de Ulpiano (Ulpiani liber singularis regularum)*³¹ – o manuscrito que conhecemos não contém a obra original de Ulpiano, mas, apenas, um epítome com 29 títulos e 1 proêmio; segundo Schulz,³² trata-se de um epítome pós-clássico elaborado com base no *liber singularis regularum* de Ulpiano e em outras obras, inclusive nas *Institutas* de Gaio; e

III – *Sentenças de Paulo (Pauli sententiarum ad filium libri V)* – dessa obra do jurisconsulto Paulo chegou até nós aproximadamente uma sexta parte em forma de epítome elaborado pelos organizadores da *Lex Romana Visigothorum* (vide nº 37), a qual pôde ser acrescida de fragmentos tirados de outras fontes, como, por exemplo, dos *Fragmenta quae dicuntur Vaticana* (vide nº 37); sobre se a obra realmente seja de Paulo há grande controvérsia entre os romanistas.³³

Com introdução bastante informativa e largamente anotada é a tradução para o espanhol de Alfredo Pietro (*Gayo – Institutas – texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro*, 3ª ed., Buenos Aires, 1987).

Amplios comentários são os de F. Knip, *Gai Institutionum Commentarius primus, secundus, tertius*, 5 vols., Jena, 1911/1917. Schulz (*History of Roman Legal Science*, p. 166) os considera “muito caprichosos e insatisfatórios”.

Sobre os fragmentos de Gaio descobertos em Oxirincó, vide Levy, *Zum Gaius von Oxyunchos*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. II, p. 277 e segs., Milano, 1930.

Com relação aos fragmentos descobertos em 1933, vide Arangio-Ruiz, *Lex nouveaux fragments des Institutes de Gaius*, in *Scritti di Diritto Romano*, III, pp. 3 a 24, Camerino, 1977; Collinet, *Les Nouveaux Fragmentes des Institutes de Gaius* (PSI, 1.182), extrato; e Monier, *Les Nouveaux Fragments des Institutes de Gaius* (PSI nº 1.182) et leur importance pour la connaissance du Droit Romain, Paris, 1933.

Em 1898, Chatelain descobriu, em Autun, um palimpsesto que contém amplo fragmento de comentários às *Institutas* de Gaio, obra de autor desconhecido, mas que deve ter sido professor em Autun, que era um centro de ensino na antiguidade. Observa Albertario (*Introduzione Storica allo Studio del Diritto Romano Giustiniano*, pp. 113/114, nota 99, Milano, 1935) que seu autor importou do Oriente a substância e a forma do ensino que ali se fazia, apresentando sua obra semelhanças com a *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo (vide nº 43), que lhe é posterior. Sobre esse fragmento, vide, também, Carlo Augusto Cannata, *Sull'origine dei fragmenta Augustodunensia*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. XXIX (1963), pp. 238/251.

31 Dessa obra há tradução para o português feita por Gaetano Sciascia: *Regras de Ulpiano; introdução, tradução e notas de Gaetano Sciascia*, São Paulo, 1952.

32 *History of Roman Legal Science*, p. 181.

33 A propósito, vide Riccobono, ob. cit., p. 195 e segs., e Lauria, *Ricerche su “Pauli Sententiarum Libri”*, in *Studdi e Ricordi*, p. 150 e segs., Napoli, 1983.

V

O DOMINATO

Sumário: 33. A instauração do dominato. 34. As instituições políticas. 35. A organização provincial. 36. As fontes de direito. 37. As compilações pré-justinianeias. 38. A jurisprudência e as escolas de direito, no Oriente, no século V d.C. 39. O *Corpus Iuris Ciuilis*. 40. Modos de citação do *Corpus Iuris Ciuilis*. 41. As interpolações. 42. A influência do cristianismo no direito romano.

33. A instauração do dominato – Como já acentuamos, o principado foi regime de transição entre a república e a monarquia absoluta. Se, em Roma, o *princeps* era somente o primeiro cidadão, nas províncias era ele o monarca. Gradativamente, porém, os imperadores romanos vão firmando seu poder absoluto até em Roma. Assim como ocorrera com o principado que já se prenunciara nos fins da república, o mesmo sucedeu com o dominato: Pompeu, na república, foi o precursor de Augusto; Sétimo Severo, no principado, foi o precursor de Diocleciano e Constantino, os instauradores do dominato.

No século III d.C., deu-se, depois da morte de Alexandre Severo, crise maior do que a que se verificara nos fins da república. Durante aproximadamente 50 anos, sucederam-se vários imperadores, que não conseguiram impor-se por períodos superiores a cinco e seis anos. Alguns permaneceram no poder apenas meses.

Com a ascensão de Diocleciano, em 284 d.C., terminou essa crise. Deixando de lado a política seguida por Augusto e seus sucessores, bem como a antiga constituição republicana, Diocleciano implantou a monarquia absoluta, dando nova organização ao Império. Sua obra foi completada e aperfeiçoada por Constantino.

Dada a complexidade dos problemas políticos e administrativos decorrentes da vastidão do Império Romano, bem como a necessidade de um sistema organizado para a sucessão dos imperadores, julgou Diocleciano que a forma de resolver essas questões seria dividir de fato (juridicamente ele continuava uno) o Império Romano em *pars Orientis* e *pars Occidentis*. Em cada uma delas haveria um *augustus* e um seu lugar-tenente (um *caesar*, que deveria sucedê-lo no trono). Reservando a *pars Orientis* para si, Diocleciano, que havia designado seu companheiro de armas, Maximiano, para *augustus* da *pars Occidentis*, não dividiu propriamente o poder com este, pois, na realidade, estava ele colocado em posição superior à de Maximiano.

A essa organização dá-se o nome de tetrarquia, pois há dois augustos e dois césares.

Com Constantino ocorre a fusão da *pars Orientis* com a *pars Occidentis*, tendo sido a capital do Império Romano transferida para Bizâncio, cujo nome passou a ser Constantinopla.

A reunião das duas *partes* persistiu até a morte de Teodósio I, quando se verificou a divisão definitiva do Império Romano entre seus dois filhos: Honório ficou com o Império do Ocidente; Arcádio, com o do Oriente. É de notar-se, porém, que os dois Impérios se conservaram como uma unidade ideal, tanto assim que, quando um dos imperadores morria, até que fosse escolhido seu sucessor, o outro tinha o seu poder dilatado a todo o Império Romano.

O Império do Ocidente teve um fim prematuro. Assediado pelos bárbaros, cai em 476 d.C. Mais tarde, em 553, Justiniano – Imperador do Oriente – consegue retomar a Itália, mas a reconquista foi efêmera, pois, em 568, os lombardos expulsaram os bizantinos do norte da Itália, e, a pouco e pouco, a ocuparam quase totalmente. No século IX, o domínio bizantino na Itália está totalmente extinto.

Já o Império do Oriente perdurou até o ano de 1453, quando Constantinopla foi tomada pelos turcos otomanos comandados por Maomé II.

34. As instituições políticas – O dominato, quanto às instituições políticas, se caracteriza por ampla burocratização administrativa.

Pacchioni¹ comparou o corpo de funcionários que governam e administram o Império Romano, nesse período, a uma pirâmide, em cujo topo se encontra o imperador e em cuja base se acham os numerosos funcionários subalternos.

O imperador, nessa época, é o senhor absoluto, *concebido*, segundo as ideias orientais, como *deus* e *dominus*.

Abaixo dele há diferentes funcionários que estão submetidos a rígido princípio hierárquico: a autoridade de qualquer um deles está subordinada à do funcionário de escalão superior. Eles se classificam segundo as *dignitates*, que são de duas ordens: *dignitates palatinae* (cargos da corte) e *dignitates do Estado*. Pertenciam à primeira os seguintes dignitários: 1º *magister officiorum* (com variadíssimas atribuições, para cujo desempenho contava com inúmeros auxiliares, bem como com os outros dignitários que se seguem nesta enumeração); 2º *quaestor sacri palatii* (com funções principalmente jurídicas e legislativas); 3º *comes sacrarum largitionum* (que era o ministro das finanças imperiais); e 4º *comes rerum priuatarum* (o administrador do patrimônio privado do imperador). Os dignitários do Estado ou eram funcionários civis ou militares. Funcionários civis eram: 1º *praefecti praetorio et urbi* (que se achavam à frente das quatro grandes prefeituras em que se dividia o Império, duas no Ocidente e duas no Oriente: Itália, Gália, Oriente e Ilíria); 2º *uicarii* (governavam as dioceses, que eram grupos de províncias); e 3º *praesides* (governadores de províncias). Funcionários militares eram: 1º *praefecti praetorio*; 2º *magistri peditum*; e 3º *magistri equitum*.

Das magistraturas originárias da república, persistem no dominato o consulado (com funções puramente honoríficas),² a pretura urbana (sem jurisdição e com o ônus de, a suas expensas, dar jogos públicos) e o tribunato da plebe (com existência apenas nominal; desaparece no século V).

O Senado, nesse período, reduz-se à condição de mero conselho municipal. Existe um em Roma, e outro em Constantinopla.

35. A organização provincial – No dominato, há estreita dependência da administração provincial ao governo central.

Como as antigas províncias eram muito extensas para que pudesse haver integral subordinação aos delegados do poder central, foram elas fracionadas em novas províncias, com território reduzido.

Constantino dividiu o império romano em quatro grandes prefeituras: Oriente, Ilíria, Itália e Gália. Elas, por sua vez, se subdividiram em dioceses (subordinadas aos *uicarii*), cada uma das quais compreendia várias províncias. Essas províncias (em 285 d.C., eram 187, número que aumentou posteriormente) eram dirigidas por governadores (*praesides*, *rectores* ou *iudices*). Dentro de cada província havia um certo número de cidades (*ciuitates*).

Com a divisão, em 395 d.C., do Império Romano em Império do Ocidente e Império do Oriente, a este ficam pertencendo as prefeituras do Oriente e da Ilíria; àquele, as da Itália e da Gália. As duas últimas desaparecem com a queda do Império do Ocidente, em 476 d.C.

36. As fontes de direito – No principado, por ser período de transição, encontramos o maior número de fontes de direito que Roma conheceu sob determinado regime. No dominato (monarquia absoluta), há apenas uma fonte atuante de criação organizada do direito: a *constituição imperial*³ (então denominada *lex*). A seu lado, persiste o costume como fonte espontânea de direito, mas limitado a preencher as lacunas das constituições imperiais, sendo pequena sua importância para o direito privado.⁴ No entanto, continuam

1 *Breve Storia dell'Impero Romano narrata da un giurista*, p. 185, Padova, 1935.

2 No Império do Ocidente, o último cônsul foi Décio Teodoro Paulino (534 d.C.); no Império do Oriente, Flávio Basílio (541 d.C.). A partir de então, os imperadores passaram a outorgar-se o título de cônsul (cf. Ugo Coli, *Consoli (Diritto Romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, ristampa, p. 243, 1979).

3 Na época pós-clássica (cf. Gaudemet, *La Formation du Droit Séculier et du Droit de l'Église aux IVe et Ve Siècles*, p. 27, Paris, 1957), só há dois tipos fundamentais de constituição imperial: as *leges generales* e os rescritos (aquelas, medidas gerais; estes, medidas particulares). Ambos denominam-se *leges*. Os mandatos perderam o papel que desempenhavam, porque as instruções aos funcionários passaram a ser dadas pelas *leges generales* ou por *carta*. E os decretos se confundiram com os rescritos. Uma nova espécie de constituição imperial que se cria nessa época é a *sanctio pragmatica*, lei geral, de conteúdo vário, elaborada pelo imperador a pedido de algum alto funcionário.

4 Salienta, porém, Gaudemet (*La coutume au Bas-Empire – Rôle pratique et notion théorique*, in *Études de Droit Romain*, vol. I, p. 67 e segs., Camerino, 1979) que, paradoxalmente, é no Baixo Império que o costume ganha maior importância aos olhos dos juristas, esboçando-se uma teoria sobre

em vigor as normas decorrentes das fontes de direito dos períodos anteriores, desde que não revogadas. E, como no início do *dominato* é muito acentuada a decadência da jurisprudência – não há grandes juristas, mas, sim, práticos –, conhecem-se essas normas não do estudo da própria fonte, mas, indiretamente, por intermédio da obra dos juristas clássicos. Por isso, ao lado das constituições imperiais (*leges*), vigora, também, o direito contido nessas obras (e que é denominado, nesse tempo, *iura*).⁵

A invocação de normas jurídicas constantes das obras de juristas antigos acarretou um grande inconveniente: advogados habilidosos induziam ao erro os juizes com citações capciosas ou falsas, que eram atribuídas àqueles juristas. Em face disso – do que decorria a incerteza do direito –, os imperadores procuraram, de início, combater o abuso por meio de constituições imperiais que restringiam a invocação dos *iura*. Assim, em 321 d.C., Constantino⁶ declarou sem eficácia as notas que Paulo e Ulpiano haviam feito à obra de Papiniano; mas o mesmo imperador, pouco depois, confirmou a autoridade das demais obras de Paulo, especialmente das *Sentenças (Pauli Sententiarum ad filium libri V)*.⁷ Pouco mais de um século após, Teodósio II e Valentiniano III tomaram providência mais radical, na constituição que os autores modernos denominam *lei das citações*.⁸ Essa constituição imperial criou um verdadeiro tribunal de mortos, pois estabeleceu que somente poderiam ser invocados em juízo os escritos de cinco juristas (Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino), bem como as opiniões dos autores citados por qualquer deles, desde que o original fosse trazido a juízo. No caso de divergência de opiniões, prevalecia a da maioria; se houvesse empate, preponderaria a opinião de Papiniano; e, caso, enfim, este, na última hipótese, não se tivesse manifestado, o juiz seguiria a orientação que lhe parecesse melhor. As notas de Paulo e Ulpiano às obras de Papiniano continuaram sem validade.

ele. Dois pontos, no costume, chamam a atenção dos juristas pós-clássicos: o fundamento da força obrigatória e sua relação com a lei escrita. Nos textos pós-clássicos, encontra-se o fundamento (que vem do direito clássico) da *uetustas*, bem como o da *uoluntas omnium* (a que os juristas clássicos não se referiam) e o da *ratio* (que surge no tempo de Constantino – C. VIII, 52, 2). É de um desses fundamentos – o da *uoluntas omnium* – que os juristas pós-clássicos vão extrair a posição de igualdade entre o costume e a lei, admitindo que, como a lei nova revoga a lei anterior, o costume novo pode acarretar o desuso da lei.

Na época de Justiniano, o desuso, sem dúvida, revoga a lei (*vide*, a propósito, Scherillo, *Consuetudine (Diritto Romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, ristampa, p. 305, 1979).

5 A opinião dominante é a de que a oposição entre os *iura* e as *leges* existiu no *dominato*. Gaudemet (“*Ius*” et “*Leges*”, in *Études de Droit Romain*, vol. I, pp. 441 a 470, Camerino, 1979), porém, depois de aludir às incertezas da doutrina moderna sobre os limites do *ius*, sustenta que essa oposição só foi adotada no Ocidente no século V, tendo triunfado no Breviário de Alarico, mas foi abandonada em seguida, sendo quase desconhecida das compilações bizantinas.

6 Código Teodosiano, I, 4, 1.

7 Código Teodosiano, I, 4, 2.

8 Código Teodosiano, I, 4, 3.

37. As compilações pré-justinianeias – Essas providências, no entanto, não resolviam o problema, numa época de decadência, do conhecimento das opiniões daqueles cinco juristas, nem da dificuldade, em face do número elevado de constituições imperiais que se sucediam, de saber quais as em vigor. Para obviar a esses obstáculos, compuseram-se, no *dominato*, algumas compilações, que denominamos *compilações pré-justinianeias* para distingui-las das elaboradas por ordem do imperador Justiniano. As compilações pré-justinianeias se classificam em dois grupos: 1º) umas só contêm *leges*; 2º) outras, *leges e iura*.⁹

Só abrangem *leges* os *Códigos Gregoriano*¹⁰ *Hermogeniano*¹¹ e *Teodosiano*. Os dois primeiros foram elaborados por particulares (talvez por juristas chamados, respectivamente, Gregoriano e Hermogeniano), e deles nos restam escassos fragmentos. Muito mais importante é o Código Teodosiano, que, aliás, ratificou os dois anteriores. O Código Teodosiano¹² foi mandado elaborar por Teodósio II, que, a princípio, tinha ambição mais ampla, pois desejava fazer uma compilação das *leges* e dos *iura*; mas, por inexistência de juristas à altura dessa obra, reduziu-se o trabalho à compilação de constituições imperiais a partir das de Constantino, ordenadas cronologicamente.¹³ Boa parte dos 16 livros que o compunham chegou até nós.¹⁴

9 Essas compilações (com exceção do Código Teodosiano, do qual a melhor edição é a de Mommsen-Meyer, *Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes*, 2 volumes em 3 tomos, *editio secunda*, Berlim, 1954, e da *Lex Romana Visigothorum*, da qual a melhor edição é a de Hanel, publicada em 1849 e reimpressa, em 1962, por Scientia Verlag und Antiquariat Kurt Schilling) se encontram publicadas no 2º volume das *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, de Riccobono, Baviera, Ferrini, Furlani e Arangio-Ruiz, 2ª ed., Florença, 1940. Do Código Teodosiano há tradução para o inglês: *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions, a translation with commentary, glossary and bibliography*, by Clyde Pharr, Princeton University Press, 1952.

10 Sobre o Código Gregoriano, *vide* Marco Urbano Sperandio, *Codex Gregorianus Origini e Vicende*, Napoli, 2005.

11 Sobre os códigos Gregoriano e Hermogeniano, *vide* Gaudemet, *La Formation du Droit Seculier et du Droit de L'Église aux IVe et Ve Siècles*, pp. 40 a 44, Paris, 1957.

12 Sobre o Código Teodosiano, *vide* Volterra (*Intorno alla formazione del Codice Teodosiano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, Terza serie*, vol. XXII (1980), pp. 109 a 145, e *Sul contenuto del Codice Teodosiano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, Terza serie*, vol. XXIII (1981), pp. 85 a 124), Albanese, *Sul Programma legislativo esposto nel 429*, in *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors*, I, pp. 123/140, Pamplona, 1987, e Gaudemet (*Le Code Théodosien*, in *Études de Droit Romain*, vol. I, pp. 285 a 300, Paris, 1957).

13 Depois da publicação do Código Teodosiano, e a começar dos próprios Teodósio II e Valentiniano III, os imperadores promulgaram novas constituições imperiais (*novellae constitutiones*) a que se dá a denominação de *Novelas pós-teodosianas*, objeto de várias compilações no Oriente e no Ocidente (estas as únicas que nos chegaram), as quais abrangem as constituições imperiais de 438 a 468 d.C.

14 Nas citações de passagens do Código Teodosiano, adota-se uma destas siglas C. T., C. Th. ou Cód. Theod., seguida da indicação numérica, respectivamente, do livro, do título e da constituição imperial. Assim, por exemplo, C. Th. VI, 2, 12 significa: Código Teodosiano, livro VI, título 2, constituição imperial 12. Por outro lado, das edições antigas do Código Teodosiano destaca-se de

Em maior número são as compilações de *leges* e *iura*. Algumas são obras de particulares; outras, oficiais.

Com relação às primeiras, temos: 1º) O *livro siro-romano* (obra de direito romano, escrita no Oriente, em grego, e da qual possuímos apenas traduções em árabe, aramaico e siríaco; discute-se se se trata de obra didática, ou com finalidades práticas); 2º) *Fragmenta quae dicuntur Vaticanæ* (fragmentos de vasta compilação de *leges* e *iura* encontrados no século XIX, na biblioteca do Vaticano); 3º) *Mosaicarum et romanarum legum collatio* (*Comparação das leis romanas e mosaicas*) – compilação de autor desconhecido, talvez de um judeu romano, pois não há qualquer citação do Novo Testamento, na qual se compara o direito romano com as leis de Moisés; e 4º) *Consultatio ueteris cuiusdam iurisconsulti* (*Repertório de consultas dadas por um antigo jurisconsulto*) – trata-se de obra de autor desconhecido, e que contém respostas, com base em textos jurídicos romanos, a consultas de advogados.

Já as compilações oficiais de *leges* e *iura* são as seguintes: 1ª) *Lex Romana Visigothorum* ou *Breviarium Alaricianum* (*Lei Romana dos Visigodos* – compilação elaborada por ordem do rei bárbaro Alarico II, para ser aplicada aos seus súditos romanos da Espanha e da Aquitânia; data de 506 d.C.),¹⁵ 2ª) *Lex Romana Burgundionum* (provavelmente de 516 d.C., essa compilação foi feita por ordem do rei bárbaro Gondebaldo, para ser aplicada aos seus súditos romanos, em Borgonha)¹⁶ e 3ª) *Edictum Theodorici Regis* (*Edito de Teodorico*, compilação elaborada em 500 d.C., para aplicação a romanos e ostrogodos).

38. A jurisprudência e as escolas de direito, no Oriente, no século V d.C. – No dominato, não encontramos nenhum grande jurisconsulto. Como salienta Wenger,¹⁷ os nomes dos juristas desse período, na sua quase totalidade, foram esquecidos: a jurisprudência, nessa época de decadência, torna-se anônima.

No século V, no entanto, há o ressurgimento do estudo do direito, graças às escolas do Império Romano do Oriente, dentre as quais se destacam a de Constantinopla, e, principalmente, a de Berito.¹⁸ Alguns dos mestres desse tempo ficaram célebres, como Cirilo, Eudóssio e Patricio.

Apesar desse reflorescimento, não se encontra, durante todo o dominato, obra verdadeiramente criadora. Os professores dessas escolas de direito, em geral, se dedicaram ao estudo das obras dos juristas clássicos para adaptá-las, por via de reelaboração, às necessidades sociais de sua época.

Foi, porém, graças a essas escolas que Justiniano encontrou – o que, como vimos, não foi possível a Teodósio II – juristas e material para a elaboração do *Corpus Iuris Ciuilis*.

Jacques Godefroy, notável pelo riquíssimo comentário que a acompanha; à melhor edição moderna aludimos neste capítulo, na nota 9.

15 Sobre a *Lex Romana Visigothorum* ou *Breviarium*, vide Gaudemet, *Le Bréviare d'Alaric et les Epitome*, in *Ius Romanum Medii Aevi*, pars I, 2 b aa B, Milano, 1965.

16 Sobre a *Lex Romana Burgundionum*, vide Chevrier-Pieri, *La Loi Romaine des Burgondes*, in *Ius Romanum Medii Aevi*, pars I, 2 b aa D, Milano, 1969.

17 Ob. cit., § 77, p. 531.

18 Sobre a escola de Berito, vide o livro de Collinet, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*, Paris, 1925.

39. O Corpus Iuris Ciuilis – Em 527 d.C., sobe ao trono, em Constantinopla, Justiniano, que inicia ampla obra militar e legislativa. Da primeira, daremos notícia no capítulo seguinte; agora, ocupar-nos-emos, apenas, da segunda.

Pouco depois de assumir o poder, Justiniano, em 528 d.C., nomeou comissão de dez membros (entre os quais Triboniano, ministro do imperador e jurisconsulto de grande mérito) para compilar as constituições imperiais vigentes. Em 529, estava a compilação pronta, e foi intitulada *Nouus Iustinianus Codex*.

Realizada a compilação das *leges*, era necessário resolver um problema com relação aos *iura* (que não tinham sido ainda compilados): havia entre os jurisconsultos antigos uma série de controvérsias a solucionar. Para isso, Justiniano expediu 50 constituições (as *Quinquaginta Decisiones*). É provável que durante a elaboração delas surgisse a ideia da compilação dos *iura*.

Nos fins de 530, Justiniano encarrega Triboniano de organizar comissão destinada a compilar os *iura*. Para o término desse projeto grandioso, previu Justiniano prazo mínimo de dez anos. No entanto, a comissão de 16 membros (professores de direito e advogados), sob a presidência de Triboniano, depois de compulsar quase dois mil livros, concluiu o trabalho em apenas três anos. Era o *Digesto*, também denominado *Pandectas*.¹⁹

Terminada a elaboração do *Digesto*, mas antes de sua promulgação, Justiniano escolheu três dos compiladores – Triboniano, Doroteu e Teófilo – para a organização de um manual escolar que servisse aos estudantes como introdução ao direito compendiado no *Digesto*. Seguindo as *Institutas* de Gaio, essa comissão elaborou as *Institutiones* (*Institutas*). Ambos (*Digesto* e *Institutas*) entraram em vigor na mesma data: 30 de dezembro de 533 d.C.²⁰

Mas, com a elaboração do *Digesto*, surgiu um novo problema: entre o *Nouus Iustinianus Codex* e as *Pandectas* havia contradições que necessitavam de ser sanadas. Por isso, Justiniano nomeou comissão de cinco membros para atualizar o *Codex*. Em 29 de

19 Deve-se a Bluhme (*Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten*, publicado in *Zeitsh. f. gesch. Rechtswissenschaft*, IV – 1820 –, p. 257 e segs.; e republicado in *Labeo*, vol. 6 – 1960 –, pp. 50/96, 235/277 e 368/404, sem as páginas que, na publicação originária, contém o sumário) a descoberta, em 1820, da ordem e do método que os compiladores seguiram na elaboração do *Digesto*. Pormenores a esse respeito se encontram em Bonfante, *Storia del Diritto Romano*, II, 4ª (ristampa), p. 100 e segs., e em Mantovani, *Digesto e Masse Bluhmiane*, Milano, 1987. Sobre como os compiladores elaboraram o *Digesto*, vide Wieacker, *Zur Technik der Kompilatoren*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* –, vol. 89 (1972), p. 293 e segs.; A. M. Honoré e Alan Rodger, *How the Digest Commissioners worked*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* –, vol. 87 (1970), p. 246 e segs.; Antonio Guarino, *La Compilazione dei "Digesta Iustiniani"*, in *Studi in Onore di Gaetano Scherillo*, II, pp. 717 a 748, Milano, 1972; Aldo Dell'Oro, *Il Digesto di Giustiniano e la Legge delle Citazioni*, in *Synthese Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, pp. 354 a 358, Napoli, 1964; e Aldo Cenderelli, *Digesto e Predigesti – Riflessioni e Ipotesi di Ricerca*, Milano, 1983.

20 Para o estudo do *Digesto*, vide Roby, *Introduzione allo Studio del Digesto Giustiniano*, trad. Pacchioni, Firenze, 1887; Ferrini, *Il Digesto*, Milano, 1893; e Schulz, *Einführung in das Studium der Digesto*, Tübingen, 1916.

dezembro de 534 d.C., a nova edição do *Código* foi promulgada. Como a primeira (a elaborada em 528) foi revogada por esta segunda, e, portanto, deixou de ser utilizada, dela possuímos apenas pequeno fragmento do índice, constante de papiro encontrado no Egito (P. Oxy. XV 1814), no início do século XX.²¹

As *Institutas*, o *Digesto* e o *Código* foram as compilações feitas por ordem de Justiniano. No entanto, depois de elaboradas, Justiniano introduziu algumas modificações na legislação mediante constituições imperiais – a que se deu a denominação de *Nouellae constitutiones* ou, simplesmente, *Nouellae* (Novelas) –, que pretendia reunir num corpo único. Sua morte, porém, não lhe permitiu realizar o intento, o que foi feito posteriormente, por particulares.²²

A obra legislativa de Justiniano, por conseguinte, consta de quatro partes: *Institutas* (manual escolar), *Digesto* (compilação dos *iura*), *Código* (compilação das *leges*) e *Novelas* (reunião das constituições promulgadas, posteriormente, por Justiniano). A esse conjunto, o romanista francês Dionísio Godofredo, em 1538, na edição que dele fez, denominou *Corpus Iuris Ciuilis* (*Corpo do Direito Civil*), designação essa que é hoje universalmente adotada.

A melhor edição do *Corpus Iuris Ciuilis* é a devida aos alemães Mommsen, Krueger, Schoell e Kroll. O primeiro editou o *Digesto*; o segundo, as *Institutas* e o *Código*; e os dois últimos, as *Novelas*.²³

40. Modos de citação do *Corpus Iuris Ciuilis* – Antes de estudarmos os modos de citação das partes do *Corpus Iuris Ciuilis*, são necessárias certas noções sobre sua estrutura.

21 Esse papiro arrola as constituições contidas nos títulos 11 a 16 do livro I, e mostra que é muito pequena a correspondência da ordem das constituições aí referidas e as que se encontram nos mesmos títulos da nova edição do *Código*, que é a que chegou até nós.

22 As mais conhecidas dessas coleções feitas por particulares são três: *Epitome Iuliani*, *Authenticum* e *Collectio Graeca*.

A mais antiga – *Epitome Iuliani* – é assim denominada por causa do nome do professor de Constantinopla, contemporâneo de Justiniano, que presumidamente foi seu autor. As constituições nela reunidas são 124 (em verdade, 122, pois duas são repetidas), e datam de 535 a 555 d.C. Nessa coleção as constituições não aparecem na íntegra, mas em resumos e em língua latina.

O *Authenticum* é uma coleção de 134 constituições dos anos 535 a 556 d.C. que se acham reproduzidas integralmente e escritas em latim (as escritas originariamente em grego estão traduzidas literalmente).

A *Collectio Graeca* é a mais completa dessas coleções. Contém 168 constituições na língua em que originariamente foram escritas (a maior parte em grego, e somente 20 em latim). Seu autor – como o do *Authenticum* – é desconhecido.

Sobre as coleções das novelas do imperador Justiniano, vide Noailles, *Les Collections de Nouvelles de l'empereur Justinien*, vol. I (*Origine et formation sous Justinien*), Paris, 1912.

23 *Corpus Iuris Ciuilis*, 3 vols., editio stereotypa decima, octava, tertia, Berolini, apud Weidmannos, 1905, 1906, 1904 (há reimpressão de 1954).

As *Institutas* estão divididas em quatro livros, subdivididos em títulos, e estes em uma parte inicial (*principium*) e em parágrafos. O *Digesto* se compõe de 50 livros, divididos em títulos (exceto os livros XXX, XXXI e XXXII), subdivididos em leis ou fragmentos (os quais são precedidos do nome do jurisconsulto romano e da obra de onde foram retirados), e estes modernamente (nas edições antigas não o eram) em uma parte inicial (*principium*) e em parágrafos. O *Código* é constituído de 12 livros, divididos em títulos, subdivididos em leis (também chamadas *constituições*), e estas modernamente em uma parte inicial (*principium*) e em parágrafos. Finalmente, as *Novelas* se integram de constituições imperiais que apresentam prefácio, capítulos e epílogo.

A abreviatura das *Institutas* é *I* ou *Inst.*; do *Digesto*, *D.* ou *Dig.* (algumas vezes *P.*, de *Pandectas*, a outra designação do *Digesto*; nas edições antigas, *ff.*, de origem controvertida);²⁴ do *Código*, *C.* ou *Cód.*; das *Novelas*, *N.* ou *Nov.*

Há várias maneiras de se citarem as partes do *Corpus Iuris Ciuilis*. Limitar-nos-emos às mais comuns. Os romanistas antigos não usavam números em suas citações, mas apenas as palavras iniciais do fragmento ou da constituição, do parágrafo e do título (assim: 1. *hoc edicto § ait Praetor ff. de dolo*, que significa: *Digesto*, livro IV, título 3, fragmento 1, parágrafo 4). Modernamente, utilizam-se, nas citações, números. Maneira de citar muito usada hoje é a indicação da abreviatura de uma das quatro partes do *Corpus Iuris Ciuilis*, seguida – se se tratar do *Digesto* ou do *Código* – dos números correspondentes ao livro, ao fragmento ou constituição, e ao parágrafo (se, ao invés de parágrafo, for o *principium*, usa-se a abreviação *pr.*). Com relação às *Institutas*, a abreviatura *I.* ou *Inst.* é acompanhada das indicações numéricas do livro, título e parágrafo (ou *pr.*, se *principium*). Quanto às *Novelas*, à sigla *N.* ou *Nov.* seguem-se os números relativos à novela em causa (são elas numeradas), ao capítulo e ao parágrafo.

Um exemplo: *D. XLI, 1, 5, 1* significa: *Digesto*, livro XLI, título 1, fragmento 5, parágrafo 1.

É comum também, para evitar enganos, fazer seguir, ao número referente ao título, a abreviação de sua rubrica: *D. XIII, 6, commodati, 5, 6* (isto é, *Digesto*, livro XIII, título 6 – cuja rubrica é *Commodati uel contra* –, fragmento 5, parágrafo 6).

41. As interpolações²⁵ – Para que os *iura* e as *leges* constantes no *Corpus Iuris Ciuilis* pudessem ter aplicação na prática, foi preciso, muitas vezes, que os compiladores fizessem substituições, supressões ou acréscimos nos fragmentos dos jurisconsultos clássicos ou nas constituições imperiais antigas. Essas alterações denominam-se *interpolações* ou *tribonianismos*.

24 Para Ferrini (*Il Digesto*, p. 115, Milano, 1893), esse sinal seria uma corruptela do *d* longobardo; para Roby (*Introduzione allo Studio del Digesto Giustiniano*, trad. Pacchioni, p. 262, Firenze, 1887), ele teria decorrido do desenvolvimento caligráfico da letra atravessada por uma linha.

25 A propósito, vide Max Kaser, *Las Interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, trad. Coma e Gallenkamp, Madrid. Sem data, bem como nosso estudo “*As interpolações*”, publicado na *Revista Jurídica* da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, vol. XIX, p. 19 a 30, e republicado no nosso livro *Estudos de Direito Romano*, p. 155 e segs., Brasília, 2009.

Das interpolações distinguem-se os *glosemas*, denominação dada, em geral, aos erros dos copistas ou, então, às alterações introduzidas, antes da época de Justiniano, nas obras de juristas clássicos por particulares ou comissões legislativas como a que organizou o Código Teodosiano.²⁶

Tendo chegado até nós apenas parte diminuta da literatura jurídica do período clássico, para que conheçamos o direito romano dessa época é indispensável que de-

26 Há, entre os romanistas, grande divergência quanto à denominação a ser dada às alterações pré-justinianeias, abrangidas, geralmente, na designação *glosema*. Para maior precisão terminológica, podemos dizer que se denominam alterações pré-justinianeias as modificações introduzidas, voluntária ou involuntariamente, nos textos jurídicos clássicos. Se essas modificações foram involuntárias (devidas a erros de copistas), designam-se *glosemas pré-justinianeus*; se voluntárias (acréscimo, supressão ou alteração introduzidas no texto clássico para coaduná-lo com o direito vigente), *interpolações pré-justinianeias*. A descoberta da existência das interpolações pré-justinianeias decorreu do estudo das interpolações no *Corpus Iuris Civilis*. Na segunda metade do século XVIII, Eckhard, na *Dissertatio de Interpolationibus legum eiusque cognoscendi principii*, aludiu às interpolações pré-justinianeias para salientar que o método mais seguro de identificação das interpolações no *Digesto* (o *textual*, que determina o confronto entre texto de jurista clássico e sua transcrição nas *Pandectas*) ainda era falho, porquanto os raros textos clássicos que conhecemos já tinham sido alterados pelos jurisconsultos do período pós-clássico, anteriores a Justiniano. Nos fins do século XIX, Cogliolo e Bekker voltaram a chamar a atenção para as interpolações pré-justinianeias. Mas esse estudo só foi levado a sério a partir do início do século XX, em virtude, principalmente, das teses de Hofmann (*Die Compilation der Digesten Justinians*, Wien, 1900), de Ehrenzweig (*Die Compilation der Digesten Justinians*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 28, pp. 313 a 340, Wien, 1901) e de Peters (*Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, Leipzig, 1913), os quais – salientando a impossibilidade material de, em três anos apenas, os compiladores do *Digesto* terem compulsado, como acentua Justiniano, cerca de 2.000 livros, e (o que é mais) interpolado inúmeros textos clássicos – sustentaram, respectivamente, que os compiladores se haviam valido de compilações anteriores e de obras glosadas no período pós-clássico (Hofmann), que a ordem e o método de trabalho que Bluhme descobriu no *Digesto* vinha de coleções anteriores que serviam de fonte e de modelo a Justiniano (Ehrenzweig), e que o *Digesto* fora precedido no Oriente de uma compilação pré-justinianeia (de origem privada) de fragmentos de autores clássicos já largamente interpolados (Peters), e compilação esta que Rotondi denominou *Pré-Digesto*. Ampla refutação às teses de Hofmann e de Peters se encontra (com a indicação bibliográfica pertinente) em Bonfante, *Storia del Diritto Romano*, vol. II, ristampa della IV edizione, p. 114 e segs. Vide, também, Collinet, *La Genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, p. 63 e segs., Paris, 1952, que propõe um novo sistema a esse respeito. São vários os métodos preconizados para a identificação das interpolações pré-justinianeias. Assim, por exemplo, em geral têm origem pré-justinianeias as explicativas *id est, hoc est, scilicet, sicut*; os acréscimos com *uel, siue*; soluções dúbias, motivações incertas, advertências, objeções, repetições, generalizações que se exprimem com *et ceteri, et alii, et similes*; palavras ou frases suspensas; afirmações do uso de princípios na prática com palavras como *hodie in usu servatur*. Sobre eles, vide Albertario, *Glossemi e interpolazioni pregiustinianeae*, in *Studi di Diritto Romano*, V, p. 379 e segs., Milano, 1937; e, para visão sintética do problema, *Diritto Romano*, p. 44 e segs., Milano-Messina, 1940, do mesmo autor. Por outro lado, Collinet, *Le Rôle de la Doctrine et de la Pratique dans le Développement du Droit Romain Privé au Bas-Empire*, procurou estabelecer critérios para a determinação da data aproximada e do local (se no Oriente, ou no Ocidente) em que se introduziu, no texto clássico, a interpolação pré-justinianeia.

terminemos, aproximadamente, as interpolações nos textos que compõem o *Digesto* e o *Código*, pois, assim, conseguiremos restaurar, até certo ponto, o seu primitivo teor.

O estudo das interpolações só foi iniciado, realmente, na Renascença,²⁷ quando os jurisconsultos da Escola Culta (dela nos ocuparemos no capítulo seguinte) procuraram, com a identificação das substituições, supressões e acréscimos introduzidos nos textos que integram o *Corpus Iuris Civilis*, restaurar o direito clássico romano em sua pureza. Nos séculos XVI e XVII, muito se trabalhou nessa pesquisa,²⁸ destacando-se romanistas do porte de Cujácio e Antônio Favre. Posteriormente, o estudo das interpolações quase foi deixado de lado.²⁹ Apenas no final do século XIX, com a publicação, em 1887, da célebre obra de Gradenwitz, *Interpolationem in den Pandekten* – onde se sistematizaram os métodos de busca às interpolações³⁰ –, é que essa pesquisa ressurgiu com grande intensidade. No início do século XX, de tal modo se dedicaram os romanistas à caça das interpolações que se chegou ao exagero.³¹ Mais recentemente, processou-se movimento de revisão crítica com referência às passagens consideradas interpoladas.

Para a identificação das interpolações, há vários métodos. Alguns demonstram, com segurança, a existência delas; outros não, mas servem, utilizados em conjunto, para evidenciá-los. Entre os métodos existentes destacam-se:

- 27 Como observa Cannata (*Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, II, 2ª ed., p. 183, nota 7, Torino, 1976), os glosadores tinham conhecimento da existência das interpolações, e não se pode dizer que não lhes deram nenhuma atenção, pois, na glosa *per omnia exequata* (D. XXX, 1), se adverte que os compiladores retiraram algo do texto de Ulpiano, e, com esta subtração, inovaram: “... *Vel dic quod aliquid est hic detractum a uerbis Ulpiani a compilatoribus noui iuris: et illud detractum inducit nouitatem*”.
- 28 Vide, a respeito, Endrich, *Alcuni Tribonianismi avvertiti dei culti della scuola francese*, in *Studi Economico-Giuridico* (R. Università di Cagliari), anno VIII (1916), p. 248 e segs.; *idem*, *Alcuni Tribonianismi avvertiti da un seguace spagnolo dell'Alciato* (Antônio Agostino), *ibidem*, anno IX (1917), p. 151 e segs.; e Biondi, *Il Tribonianismi avvertiti da J. J. Wissembach ed H. Eckard*, Palermo, 1911.
- 29 A propósito, vide Finetti, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris Giustiniano*, Milano, 1953.
- 30 *Interpolationem in den Pandekten*, § 3º e segs., p. 15 e segs., Weidmann, 1887.
- 31 De 1929 a 1935, Levy e Rabel publicaram, em Weimar, em 3 volumes e 1 suplemento, um índice das interpolações que se apontam no *Digesto* – é o *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*; e, em 1969, G. Broggin publicou o *Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, onde se reuniram as interpolações ao texto do Código de Justiniano indicados nos escritos anteriores a 1936. Nesse terreno, merecem citação, também, as seguintes obras: Volterra, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustiniane occidentali* (trabalho incompleto, publicado na *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. VIII – 1935 –, fascs. I e III; e vol. IX, 1936 –, fasc. III); Guarneri Citati, *Indice delle parole, frasi costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani* (publicado em 1927, foi acrescido de dois suplementos, um inserto nos *Studi in onore di S. Riccobono*, I, p. 699 e segs., Palermo, 1936; e, outro, no *Festschrift Koschaker*, I, pp. 117 a 156, Weimar, 1939); e De Dominicis, *Registro delle alterazioni (Glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del Codice Teodosiano e nelle novelle postteodosiane segnalate dalla critica*, in *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vols. 57-58 (1953), pp. 383-442.

1º – o *textual* – a interpolação pode ser demonstrada quando o mesmo texto clássico chegou até nós, com redações diferentes, no *Corpus Iuris Ciuilis* e em fonte *pré-justinianeia*; ou, então, quando há repetição, com alterações, do mesmo texto na própria codificação de Justiniano;

2º – o *histórico* – anacronismo em texto do período clássico constante do *Corpus Iuris Ciuilis* revela a existência de interpolação;

3º – o *lógico* – ilogismo entre as diferentes partes de um texto – e a lógica era uma das características dos juristas clássicos – é indício de que foi ele interpolado; e

4º – o *filológico* – o vocabulário, a gramática e o estilo dos juristas clássicos e dos bizantinos diferem acentuadamente; daí, pelo estudo desses elementos, ser possível a identificação de interpolações.³²

Para ilustração, um exemplo de interpolação revelada pelo método histórico. No D. XXX, I (fragmento atribuído a Ulpiano), declara-se:

“*Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*” (em tudo são iguais legados e fideicomissos).

Ora, por outras fontes sabemos que a fusão dos legados com os fideicomissos só foi feita no tempo de Justiniano; portanto, Ulpiano, que viveu séculos antes, quando havia diferenças entre legados e fideicomissos, não poderia ter feito essa afirmação: trata-se, pois, de texto interpolado.³³

42. A influência do cristianismo no direito romano – O problema da influência do cristianismo no direito romano somente surge no dominato, pois, com o imperador Constantino, ele se torna a religião oficial do Império.

Determinar os limites dessa influência é questão mais complexa do que parece à primeira vista.

32 Sobre os diferentes métodos, com exemplos elucidativos, vide H. Appleton, *Des Interpolations dans les Pandectes et des Methodes propres a les découvrir*, Paris, 1895; Bonfante, *Storia del Diritto Romano*, vol. II, ristampe delle IV edizione, p. 141 e segs.; Albertario, *Introduzione Storica allo Studio del Diritto Romano Giustiniano*, p. 42 e segs., Milano, 1935; e Riccobono, *Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano*, p. 220 e segs.

33 Note-se que os autores salientam que há interpolações meramente formais, razão por que nem sempre a existência de uma interpolação prova que houve mudança de regra jurídica (a propósito, vide Ascoli, *Sulle obbligazioni solidali*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, IV (1891), p. 294 e segs., o qual dá exemplos de interpolações meramente formais). Assim, por exemplo, no D. I, 6, 1, encontramos um fragmento tirado das *Institutas* de Gaio e que é apresentado nestes termos: “*De iure personarum alia divisio sequitur, quod quaedam personae alieni iuris... Videamus itaque de his quae alieno iuri... Dispiciamus itaque de his quae in aliena potestate...*” Esse mesmo texto se acha nas *Institutas* de Gaio, I, 48, mas com modificações no tocante às palavras grifadas, as quais, no entanto, em nada modificam o sentido: “*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae alieni iuris... Videamus nunc de his quae alieno iure... Ac prius dispiciamus de his quae in aliena potestate...*” Observa, ainda, Ascoli, ob. cit., p. 294 (e nota 1), que interpolações dessa natureza – isto é, *interpolações meramente voluptuárias* – já haviam sido notadas por Cogliolo e Gradenwitz.

Os autores medievais nunca duvidaram de que o cristianismo tivesse exercido poderosa influência sobre o direito romano, tanto assim que o dominato, ao invés de se lhes afigurar como época de decadência do direito, se lhes apresentava como período de esplendor, graças às ideias cristãs. O clima de religiosidade da Idade Média era muito propício a essa convicção.

A partir da Renascença, até o século XVIII, a questão quase não foi estudada: os autores desse período se dedicaram principalmente ao direito romano clássico, que, indubitavelmente, era pagão.

Somente no século XIX o problema começa a ser objeto de análise. O primeiro que dele se ocupou detidamente foi Troplong, que, no livro *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, procurou demonstrar que, graças ao cristianismo, o direito romano, no período pós-clássico, foi superior ao das épocas anteriores. Segundo Troplong, sua influência se fez sentir com relação à escravidão, ao casamento, às segundas núpcias, ao divórcio, ao concubinato, à sucessão, à condição das mulheres.

Essa obra, entretanto, sofreu severos ataques. De um lado, os críticos salientaram que a teoria de Troplong era falsa, porquanto muitas das ideias que ele considerava cristãs já se encontravam no *Digesto*, em fragmentos de juristas pagãos dos séculos II e III d.C., quando o cristianismo ainda era incipiente. Isso demonstrava que tais ideias não eram advindas do cristianismo, mas, sim, da filosofia estoica, cujos princípios fundamentais muito se assemelhavam aos cristãos. Por conseguinte, em vez de influência do cristianismo, ocorrera a do estoicismo, filosofia pagã. Por outro lado – e a crítica partia de Renan – tanto não havia influência cristã no direito romano que nada de prático fora feito, no dominato, para acabar com a escravidão.

No século XX, os romanistas ainda divergem. Embora acordes em que houve influências do cristianismo no direito romano, discutem eles sobre os limites dela. E concordam em sua existência, porque, graças aos estudos modernos, foi possível afastar as duas objeções principais que se faziam à tese de Troplong. Com efeito, as interpolações explicaram o motivo por que às vezes encontramos ideias tipicamente cristãs em autores que desconheciam o cristianismo: esses fragmentos são interpolados. Demais, a crítica de Renan é falha, pois, se a escravidão não foi abolida no dominato (e nem poderia sê-lo, porquanto fazia parte da vida econômica da Antiguidade), o que é certo é que, nesse período, há uma série de providências legais, que derivam de princípios que visam a melhorar a situação do escravo.

Apesar da controvérsia ainda existente, pode-se dizer que a influência cristã³⁴ se fez sentir, no direito romano, mais fortemente no campo do direito de família (assim,

34 Sobre a influência do cristianismo no direito romano, vide Riccobono, ob. cit., p. 178 e segs., e *Cristianesimo e diritto privato*, in *Rivista di Diritto Civile*, nº 1 (1911), separata; Gaudemet, *La Formation du Droit Séculier et du Droit de l'Église au IVe et Ve Siècles*, p. 176 e segs., Paris, 1957; e Chiazzese, *Cristianesimo e diritto*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, vols. X e XI N. S. (1948), p. 222 e segs.; amplo estudo da matéria em Biondi, *Il Diritto Romano Cristiano*, 3 volumes, Milano, 1952 a 1954. Vide, ainda, os estudos de Roberti, Bussi e Vismara, in *Cristianesimo e Diritto Romano*, Milano, 1935.

no matrimônio, segundas núpcias, divórcio), e, com pequena intensidade, no terreno dos direitos *patrimoniais*.³⁵

35 No campo do direito das obrigações, sustenta Biondo Biondi (*Il Diritto Romano Cristiano*, vol. III, nº 407 e segs., p. 217 e segs., Milano, 1954) que, se no direito clássico já se encontram algumas normas de proteção ao devedor (e elas se inspiram em razões político-sociais), é a partir dos imperadores cristãos – e essa tendência se amplia com Justiniano – que, por motivos de ordem religiosa e humanitária, aumenta o número dessas normas, revelando-se o *favor debitoris* em princípios que visam a tornar menos inexorável o exercício do direito de crédito, ou a preservar a liberdade do devedor, ou a livrá-lo de atitudes vexatórias partidas dos credores, ou a facilitar-lhe a extinção do débito, ou a minorar-lhe a responsabilidade. No mesmo sentido, Kaser, *Das Romische Privatrecht, zweiter Abschnitt*, § 253, IV, p. 239, München, 1959.

VI

O DESTINO DO DIREITO ROMANO NO ORIENTE E NO OCIDENTE

Sumário: 43. No Oriente. 44. O direito romano e a queda de Roma, em 476 d.C. 45. O ressurgimento do estudo do direito romano na Idade Média. 46. Glosadores e pós-glosadores. 47. A recepção do direito romano nos países europeus. 48. A Escola Culta. 49. A Escola Elegante. 50. Os jusnaturalistas. 51. A Escola Histórica Alemã. 52. O neo-humanismo contemporâneo. 53. A papirologia jurídica.

43. No Oriente – Embora Justiniano, na constituição que promulgou o *Digesto*, tivesse proibido os comentários àquela obra – o que provavelmente se estendia às demais partes do *Corpus Iuris Civilis*, e apenas autorizado traduções literárias, índices e remissões a dispositivos sobre o mesmo assunto colocados em lugares diferentes –, essa proibição não foi observada. Com efeito, sob a denominação de *índices* fizeram-se comentários. Entre eles destacam-se os de Estéfano, os de Doroteu e os de Cirilo, ao *Digesto*; e os de Taleleu, ao *Código*. Quanto às *Institutas*, Teófilo – um de seus compiladores – escreveu, em grego, a célebre *Paraphasis Institutionum*.¹

Essas obras foram redigidas durante, ou pouco após, o reinado de Justiniano.

Em 565 d.C., falece o imperador, e a data é tradicionalmente considerada o termo final do direito romano. A partir de então, desenvolve-se, no Oriente, o *direito bizantino*, que representa uma evolução do direito justinianeu, no qual se acentuam, decisivamente, as influências orientais.²

Depois da morte de Justiniano, a aplicação de sua obra legislativa se torna cada vez mais difícil, por três motivos: 1º) a língua latina, usada na codificação, vai, a pouco e pouco, deixando de ser falada no Oriente, onde o idioma utilizado era o grego; 2º) no *Corpus Iuris Civilis* havia normas de direito romano clássico em desuso ao lado de preceitos jurídicos vigentes; e 3º) sendo cada uma de suas partes (*Institutas*, *Digesto*, *Código* e *Novelas*) um todo orgânico, onde se tratava, de maneira independente, dos diversos

1 A melhor edição da *Paraphasis Institutionum* é a de Ferrini, *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori uulgo tributa*, vols. I e II, Berolini, 1897. Essa edição foi reimpressa por *Scientia Antiquariat und Verlag Schilling & Co.*, Aalen, 1967.

2 Sobre o direito bizantino, vide Zachariae von Lingenthal, *Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts*, reimpressa em Aalen, 1955.