

sem II - Complementos

MARIO BRETONI

HISTÓRIA DO DIREITO ROMANO

DIREITO CIVIL
BIBLIOTECA



1990
Editorial Estampa
Lisboa

11-11-11
34(32)(L11)
B852h
LIV

3/277/01



Título do original:
Storia del Diritto Romano
Capa de:
Soares Rocha
Ilustração da capa:
Marat Assassinado, de Louis David, 165 x 128 cm.
Museu de Bruxelas (pormenor)
Tradução de:
Isabel Teresa Santos
Hossein Seddighzadeh Shooja
Copyright:
© Gius. Laterza & Figli Spa.
Editorial Estampa, Lda., Lisboa, 1988
para a língua portuguesa
Fotocomposição: Interouro, Lda.
Impressão e Acabamentos: Tecnocor — Silva Miguel, A. G. Lda.

Depósito Legal n.º 40915/90
ISBN 972-33-0766-9

ÍNDICE

PREFÁCIO	11
Capítulo I — DIREITO E HISTÓRIA	15
1. Factos, instituições, o texto como problema	15
2. Fontes literárias e outras fontes	18
3. A escolha da perspectiva e o “núcleo dogmático” do direito romano	20
4. Em que sentido uma história jurídica?	27
5. O direito romano como fenómeno antigo	30
6. Outras culturas	31
Capítulo II — AS “LEIS ANTIGAS” E O SENTIDO DA TRADIÇÃO	39
1. De Panézio a Cícero: “bastantes são os graus da sociedade humana”	39
2. O domínio do mundo e a constituição política: uma referência de Políbio às XII Tábuas?	41
3. As XII Tábuas e a “imagem do antigo”	45
4. Investigação jurídica e filológico-arqueológica	49
5. Distância histórica e abolição da distância	51
Capítulo III — O COSTUME E A LEI NA EXPERIÊNCIA ARCAICA	59
1. Tipologia	59
2. Algumas questões sobre a “lei” nos direitos antigos	60
3. As XII Tábuas e a escrita	61
4. A inspiração grega	64
5. O mecanismo da mudança	66
6. A “evidência sensível” das formas: autonomia privada e processo	68
7. Um “código de camponeses”?	74

A natureza, conhecível ou não, está portanto na origem do direito. A “razão comum” dos homens — uma realidade verificável através da nossa experiência — obriga a não separar uma e outra e funda a sua relação⁵⁴. A filosofia adverte e proclama este laço. Só a filosofia pode intuí-lo e torná-lo explícito? Pareceria que sim, nas páginas do *De legibus*. Em Roma, elas reconhecem, muitos homens notáveis exerceram a *interpretatio* jurídica. Mas a *interpretatio* é, em si própria, um “dever modesto”, um *munus exiguum*; praticamente necessária, mas quase desprovida de relevância teórica. Ficando nos seus confins, não é possível saber o valor do *ius civile*, o conjunto dos institutos que compõem o direito de um povo; nem o valor da própria *interpretatio*, que também ela é, num significado muito específico, “direito civil”. Porque aquele valor se descobriu, é preciso interrogar-se sobre alguma coisa de muito mais profundo. É preciso interrogar-se sobre a natureza própria do direito, e sobre a sua relação com a natureza do homem; sobre as leis supremas, através das quais uma cidade deve ser governada. Só quando se tiver podido responder a estas perguntas, serão claras também as concretas e particulares realidades que são cada um dos sistemas civis⁵⁵.

Perante o filósofo, o jurista (dir-se-ia) deve pôr-se de parte. Mas é exactamente seguro que o jurista não pode comportar-se também como filósofo, meditando sobre os fins da sua técnica sem abandonar o seu terreno? Certamente, o seu mundo é feito de fingimentos e de expedientes práticos, de “conceitos” apenas provisórios; é, vendo bem, um mundo de aparência e de artifício: os institutos jurídicos são muito frequentemente o fruto de uma imitação ou de uma “simulação”⁵⁶. Até ele poderia dizer, com as palavras de um escritor moderno: “parece que sobre esta esfera sólida que nós pisamos não existe substância: nada mais que símbolos e relações”⁵⁷. Ou então o jurista está em condição de ir mais longe. Mesmo Cícero o admite num ponto crucial de *De officiis*. O estudo do direito coloca-se ao lado da geometria, da astronomia, da dialéctica, e ao seu nível. Como estas disciplinas, também o estudo do direito tem a “procura da verdade” como seu objectivo”⁵⁸.

4. “*Aequitas civilis*” e “*aequitas naturalis*”

A jurisprudência helenizada do segundo e do primeiro século a.C. — não só nos expoentes máximos, como Q. Múcio Cévola e Sécio Sulpício Rufo, mas também em Aquílio Galo ou, remontando mais uma ou duas gerações, em P. Múcio Cévola e em Manio Manílio — não era redutível a um *munus exiguum*, a não ser por motivos polémicos. Esta etiqueta era ainda menos aplicável à investigação de Labeão na época de Augusto, e ao pensamento jurídico que a seguiu, continuando frequentemente o seu ensinamento e sujeitando-se à sua influência.

Para o verificarmos, um caminho que pode ser percorrido pelo menos em algumas partes mais relevantes, é o da *aequitas*. É um caminho tortuoso, e só no seu termo poderemos talvez entrever uma “verdade” jusnaturalista. O sentido do vocábulo, e dos outros que lhe são afins, não é único. Antes de tudo, é oportuno manter presente uma observação de Fritz

Pringsheim. A *aequitas* não deve ser confundida com um vago “sentimento do direito” que oriente o juiz nas suas decisões, actuando fora de qualquer relação com um sistema constituído e estável: esta que poderia dizer-se uma “justiça de cádi” é estranha ao mundo romano⁵⁹. Na cultura antiga, a reflexão de Aristóteles acerca da *epieikeia* representa um ponto firme. É uma reflexão complexa, e algumas vezes obscura. A ideia platónica da “indulgência para com os casos humanos” encontra-se, num contexto muito diverso, tanto na *Retórica* como na *Ética de Nicómaco*⁶⁰. Mas o elo encontra-se na relação entre a generalidade da lei e a peculiaridade da acção concreta. A *epieikeia* representa-se como uma “correção da lei”: uma correção necessária, se for verdade que a lei implica uma diferença relativamente à consistência da acção, e implica-o não porque seja em si imperfeita, mas porque a realidade humana (a “natureza da coisa”) é insuficiente. Corrigindo a lei, orientando-a e melhorando-a, a *epieikeia* completa a “justiça legal”. Afasta-se do rigor legislativo, não porque não se pode fazer nada melhor, mas para realizar o justo a um nível mais alto⁶¹. Deste ponto de vista, o “équo” pode mesmo parecer imutável, como a “lei comum” baseada na natureza⁶².

É difícil estabelecer em que limites, e através de que mediações, a “equidade” aristotélica influi na tratadística retórico-filosófica da República tarda e na seguinte. De qualquer maneira, nos seus confrontos o débito da ciência jurídica romana talvez seja menos relevante. Não só porque ela não podia seguir todo o movimento nos meandros da ética, mas devido a um obstáculo mais intrínseco. Os casos de que os juristas quase sempre se ocupam, não remetem às suas infinitas circunstâncias factuais, nem admitem uma avaliação emotiva; já suportaram uma espécie de destilação alquímica, ou estão a suportá-la, e podem conservar só uma qualquer recordação da sua origem. A *aequitas* do jurisconsulto é diferente da *aequitas* que o juiz (para dizer como Ulpiano) “deve ter perante os olhos”⁶³. Ela encontra-se com tipos e abstracções, mais que com acções particulares e homens agentes no variado e imprevisível universo dos factos. De que modo acontece este encontro? É necessário distinguir. Antes de mais pode dizer-se inspirado na *aequitas* um processo interpretativo que actue e desenvolva as possibilidades internas da organização jurídica. Uma disciplina que se assume como dada, leva a “inventar” uma outra, que é ligada à primeira por uma mesma “razão”. Aqui a *interpretatio* é analógica e inovadora; desenvolve-se dentro dos limites da organização, a sua equidade é uma equidade “civilista”. Um exemplo pode ser útil. O pretor, no seu édito prometia uma acção no quádruplo contra quem tivesse realizado um roubo ou danificado coisas alheias durante um incêndio ou um desabamento, ou um naufrágio, ou durante um ataque de piratas a um navio, e contra quem tivesse recebido dolosamente coisas subtraídas em semelhantes circunstâncias⁶⁴. Segundo Labeão, o ataque pirata não é diferente do ataque conduzido por salteadores contra uma vivenda ou uma casa: é “équo” então que se aplique a norma pretoriana também neste caso, porque “os salteadores podem perturbar a nossa tranquilidade, e causar-nos prejuízos, tanto no mar como na nossa residência de campo”⁶⁵. Aqui a *aequitas* é “igualdade”, no sentido preciso da palavra: actua como um critério de equilíbrio entre situações diferentes mas afins, exigindo para elas uma mesma regulamentação⁶⁶.

Porém, a *aequitas* não actua sempre como um critério de equilíbrio, na forma que descrevemos. Por vezes não estão em jogo as capacidades expansivas do sistema, que o intérprete deve sempre saber colher. Pode tratar-se de algo mais: o aparecimento de uma nova exigência de tutela, para além do “sistema” e da sua lógica; ou a necessidade de determinar um limite à aplicação de uma norma. Vêmo-lo num caso discutido por Sêrvio, e de que temos uma dupla narração: uma de Alfeno e outra de Ulpiano, que remonta também a Labeão⁶⁷. Entre dois proprietários de edifícios vizinhos interpôs-se uma estipulação de garantia por danos eventuais. É responsável o promissor pelo facto das telhas, arrancadas pelo vento, danificarem o edifício do proprietário garantido? O veredicto de Sêrvio — que na escrita de Alfeno conserva ainda a sua brevidade, enquanto para Ulpiano é “opinião” já inteiramente dividida pelo caso que lhe deu origem — cinde-se numa alternativa: a responsabilidade deve ser reconhecida, se o dano for devido a um defeito do edifício; pelo contrário, deve excluir-se, se o prejuízo for devido à “violência do vento”, uma violência tal que possa “remover” (precisa Alfeno) também “edifícios estáveis”. Na forma em que nos chegou, o veredicto serviano não declara a sua motivação. Mas o *respondere*, em que a *auctoritas* prevalece sobre a *ratio*, implica sempre um *putare*, em que a *ratio* prevalece sobre a *auctoritas*. Labeão preocupava-se em procurá-la e em torná-la explícita. Ele serve-se de um raciocínio por absurdo: se admitíssemos a responsabilidade do promissor quando o dano foi produzido por uma força irresistível como a violência do vento, deveríamos admiti-la também quando a causa do dano seja a fúria de um temporal, ou uma inundação ou um incêndio ou um terramoto. O resultado “iníquo”. A *iniquum* não derivaria de uma contradição interna ao sistema, como quando se refuta o critério da mesma disciplina em situações semelhantes; derivaria, no nosso caso, da falta de respeito a um princípio que se deduz da experiência, e no qual se exprime a ordem dada das coisas e a ética dos comportamentos humanos. Poderíamos ir ainda mais longe, e reformular por nossa conta, em termos positivos, a tese serviana e de Labeão: é “équico por natureza”, dir-se-ia, que o promissor, numa estipulação de garantia pelo dano temido, não responda por força maior.

A *aequitas naturalis*, por nós chamada um tanto arbitrariamente em causa, não teria aqui outra função que a de fundar, a partir do exterior, um limite razoável à aplicação de um determinado regime jurídico. Mas a *aequitas naturalis*, contrapondo-se à *aequitas civilis*, pode actuar de maneira mais radical: ela pode consentir um olhar crítico sobre o sistema⁶⁸, e dar lugar a um novo preceito jurídico, em contraste com a sua lógica interna. Não é um caminho fácil. O jurista que tencione percorrê-lo, sabe ter de atravessar um limite, dentro do qual habitualmente se desenvolve o seu trabalho, proclamar-se intérprete do “justo” segundo uma sabedoria prática que está para além da técnica. Todavia, entre os dois momentos, um técnico e outro que diríamos filosófico, não há para ele nenhuma divisão: eles implicam-se um ao outro. Definitivamente, a mesma técnica jurídica — que a Cícero, mesmo ambiguamente, parecia necessária mas “ténue” de um ponto de vista teórico — descobre-se ancorada a um universo de valores, que só se manifesta em momentos particulares.

A antítese entre *aequitas civilis* e *aequitas naturalis* era um topos lógico-retórico, no qual encontravam apoio persuasões éticas largamente partilhadas.

Quando se discute sobre o “équico” e o “iníquo”, recolhem-se as passagens que dizem respeito à equidade. Elas distinguem-se em duas categorias, segundo se considera a natureza ou uma disciplina humanamente posta. A natureza compreende dois modos: a atribuição a cada um o seu, e o direito de punir a culpa. A equidade, que consiste numa disciplina humanamente posta é tripla: uma parte baseia-se na lei, outra no acordo, uma terceira tem da sua a duração do costume no tempo⁶⁹.

A teoria, que estas linhas subentendem, é ainda mais ampla, e nós tivemos ocasião de o notar⁷⁰. Como é óbvio, a jurisprudência não podia seguir a retórica no terreno neutral das alternativas possíveis⁷¹; se o tivesse feito, ter-se-ia traído a si própria, porque o seu dever não era o de oferecer armas para todas as teses em campo, mas o de chegar a uma definição certa dos comportamentos, e um critério resolutivo dos conflitos. O mundo ético que se move na base da retórica, e que a retórica cristaliza nos seus esquemas, é, porém, também o mundo ético da jurisprudência, que (como a filosofia) o encontra no seu caminho. Vêmo-lo, melhor que noutros, a maneira como Labeão argumenta a favor de uma disposição pretoriana.

Considere-se esta hipótese: um escravo manumitido em testamento, depois da morte do dono e antes que a herança seja adita, impede de maneira dolosa que, do património hereditário, caiba alguma coisa ao herdeiro. Contra o escravo já livre concede-se uma acção “útil” pelo dobro do valor, executável dentro de um ano. Esta acção, como escreve Labeão, tem em si uma “equidade natural” em vez de uma “equidade civil”: e certamente é équico por natureza que não fique impune quem deu provas de maior audácia, porque consciente de não poder ser castigado como escravo, dada a esperança da liberdade eminente, e de não poder ser condenado como livre, porque realizava um furto nos confrontos da herança⁷².

A manumissão do escravo por meio de testamento produz o seu efeito apenas com a aquisição da herança por parte do herdeiro: até então, isto é, durante a imobilidade da herança, o escravo manumitido é uma das coisas hereditárias: não é ainda livre, e não tem actualmente um dono. Como atingi-lo, se durante este período subtrai, ou também danifica, bens hereditários? De um ponto de vista estritamente lógico, o problema é insolúvel. Nenhuma sanção, nem mesmo de natureza doméstica, é possível contra ele como escravo, porque não há um dono, e nenhuma contra ele como livre, porque ele cometeu a subtração ou o dano quando estava ainda na condição de escravo hereditário. A intervenção inovadora do pretor, que concede uma acção contra o escravo tornado livre, é anómala do ponto de vista jurídico-sistemático⁷³. O seu fundamento encontra-se noutro lado. Só a jurisprudência, que vela pela actividade pretoriana e está pronta quer a criticá-la como a sustentá-la com o seu juízo, está em condição de o reconhecer e de o manifestar. No nosso caso, dá-se um passo mais longo: a chamada está num equilíbrio ou numa ordem “natural”, distinta da “civil” (no sentido mais amplo do termo): entram nesta ordem, como sabemos, o princípio de “não prejudicar os outros” e o de “punir a culpa”.

Afirmar a equidade, ou a justiça, de uma norma edital — reconduzi-la, por outras palavras, à sua razão metapositiva — era uma maneira de subtrai-la ao seu estado precário, reconhecendo-a válida noutra plano, além da sua breve duração. Como não aceitá-la de ano para ano no édito, depois de um tão absorvente exame? Poder-se-iam abranger outros exemplos. É precisamente o nome de Labeão que se encontra mais vezes. É importante o tema da *bonorum possessio* “contra o testamento”, um instituto pretoriano que já conhecemos, e que não remonta para lá do fim da República ou dos primeiros anos do Principado⁷⁴. Quem podia invocá-la? São legitimados os filhos daquele que deixa herança, mas esta categoria é muito ampla, mais ampla que a primeira classe na *bonorum possessio* “na ausência de testamento”. Ela abrange antes de mais os filhos submetidos ao poder paterno no momento em que o pai morre — os *sui*, na terminologia técnica — e os filhos que naquele momento não estão submetidos (porque emancipados); abrange também outras categorias de filhos, entre os quais, em determinadas circunstâncias, os dados em adopção pelo próprio pai natural e agora em potestade do seu pai adoptivo.

O pretor quis que os filhos dados em adopção não fossem excluídos, contanto fossem instituídos herdeiros. É uma norma que Labeão diz justíssima: eles, de facto, não são estranhos, no sentido pleno do termo. Se portanto foram instituídos herdeiros, receberão a “atribuição possessória dos bens hereditários contra o testamento”. Sozinhos, porém, não tornam o édito aplicável; é necessário que algum dos filhos, para quem normalmente funciona a previsão edital, tenha sido omitido no testamento⁷⁵.

Entende-se por si a capacidade prática desta norma pretoriana, que disciplinava de maneira nova, um ponto muito delicado, a matéria das sucessões. Assume relevo o vínculo “natural” que ainda liga os filhos adoptivos à sua família de origem. Exactamente porque exalta este vínculo, ela apresenta-se, na perspectiva de Labeão, como inspirada na justiça. Actua aqui também uma espécie de *aequitas naturalis*, apesar de não encontrarmos nela a palavra.

5. A “lei justa”

Segundo uma ideia não estranha ao pensamento antigo, e que, a partir de Hobbes, está presente na reflexão política moderna, uma lei é tal não porque se reconheça a sua verdade ou o seu bom senso, mas porque deriva de um poder soberano. Exclui-se qualquer juízo de valor sobre ela: as normas jurídicas não são boas nem más, mas só obrigatórias, e legitimam-se com a sua própria existência. No âmbito específico da ciência do direito, ninguém exprimiu tudo isto melhor que Kelsen. “A exigência de distinguir o direito da moral e a ciência do direito da ética”, escreve ele, “significa que, do ponto de vista do conhecimento científico do direito positivo, é irrelevante a legitimação deste último mediante um sistema moral diverso do sistema jurídico, dado que a ciência do direito não fez questão de exprimir nem aprovação nem desaprovação relativamente ao próprio objecto, mas simplesmente conhecê-lo e descrevê-lo”⁷⁶.

Para a ciência jurídica clássica as coisas são de outro modo. Exprimir aprovação ou desaprovação relativamente ao próprio objecto, não é considerado um dever a entregar a outros. Vimo-lo já através da análise do édito pretoriano. A lição é aceite pela jurisprudência seguinte, mas num quadro que se torna todos os dias mais difícil. A *aequitas* jurisprudencial, nos seus múltiplos empregos, deve medir-se com a *clementia* e a *benevolentia* dos “senhores do mundo”, com a sua *philanthropia*: valores que lhes são análogos, mas que a jurisprudência não pode permitir-se, atenta como está à contínua tensão entre o antigo e o novo, na medida racional das próprias opiniões, pelas quais se pretende o mais amplo consenso dos peritos. É apenas caso para lembrar Celso, o mais inquietante (talvez) entre todos os juristas do Império. No tratado muciano de Pompónio, um ponto tem agora para nós um grande interesse, e é preciso fixar aqui a atenção por um momento.

O número das acções judiciais não é completo: por isso surge a necessidade de outras acções, nas quais a questão se baseia em termos de facto. Mas o pretor integra também as acções que derivam das leis, colmatando as lacunas, sempre que a lei seja “justa” e “necessária”. Actua desta maneira no caso da lei Aquília, onde introduz acções que se configuram sobre ela. A exigi-lo está a utilidade própria da lei⁷⁷.

Não só o édito, portanto, mas a lei, em que o povo manifestou a sua vontade normativa, que aparece exposta a um exame crítico. Discute-se a sua utilidade, a necessidade, a justiça. Numa lei “justa” pode reconhecer-se o paradigma eventual da vontade pretoriana, que está em condição de alargar, com os seus próprios meios e noutra plano, a sua esfera de aplicação⁷⁸. É o que acontece com a lei Aquília. A danificação punida pela lei Aquília era aquela que investia material e directamente o objecto na sua consistência física. Mas a invenção analógica podia ampliar o seu campo. Quem fechava o gado num estábulo para o deixar morrer de fome, ou quem dava a beber venenos, não era menos culpado do que quem matava usando a própria força muscular. Também comportamentos omissos podiam adquirir relevância e o prejuízo patrimonial representar-se sem os caracteres típicos do dano de Aquília. Assim, ao lado da acção judiciária de origem legislativa criam-se outras acções, *in factum* ou “úteis”. O pressuposto está num juízo de valor. Quem, senão a jurisprudência, estava em condição de o exprimir?

6. O direito para além da comunidade dos homens

Não é por acaso que o trâmite do pensamento de Labeão, no que diz respeito à distinção entre *aequitas civilis* e a *aequitas naturalis*, seja ulpiânico. O recurso à *aequitas naturalis* é muito frequente na escrita do jurisconsulto severiano. Ele serve sobretudo para justificar cada uma das disposições do édito pretoriano⁷⁹, mas permite também escolher entre diversas orientações jurisprudenciais⁸⁰. Relativamente ao édito, a intenção era mostrar como ele era “racional, útil, prático, bom para todos”, e não só “uma