

A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DIREITO NA ROMA ANTIGA: A PRODUÇÃO NORMATIVA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL NA REPÚBLICA TARDIA E NO PRINCIPADO

**João Henrique Pickcius Celant¹
Rafael Padilha dos Santos²**

Introdução

Roma deixou para a sociedade um legado incomensurável. Entre tantas coisas, os fundamentos dos sistemas jurídicos contemporâneos. Porém, o Direito Romano não deve ser visto como simples antepassado ou como versão arcaica de uma versão atual mais evoluída. O Direito Romano é fruto da genialidade de um povo que construiu um dos impérios mais célebres da humanidade. É um Direito guiado por princípios, principalmente o da equidade. É um Direito fruto da experiência, descoberto por meio de uma racionalidade jurídica invejável. O Estado não buscava ser o criador desse Direito, pois a justiça não é criação do Estado. Sendo esse último ponto o foco desse trabalho.

Com o objetivo de explorar essa tão diferente (para a atualidade) relação entre Estado e Direito, o presente trabalho investiga a relação entre o Estado e a produção normativa e a condução do processo no Direito Romano da época da República tardia e do Principado com o intuito de demonstrar as diferenças com a atualidade e proporcionar reflexões acerca do papel do Estado no Direito.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método indutivo a partir das informações coletadas por meio de fichamentos principalmente de obras clássicas italianas de Direito Romano, realizados na língua original, mas também por meio do complemento de outras obras, de outras nacionalidades, sobre o assunto.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Derecho Público pela Universidad de Caldas - UCaldas. Professor universitário. jcelant@gmail.com.

² É Doutor em dupla titulação pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e também no Curso de Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais, coordena o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito das Migrações Transnacionais, leciona na Graduação no Curso de Direito da UNIVALI, e também é advogado. E-mail: padilha@univali.br.

1. Objeto do estudo: qual Direito romano?

O Direito Romano é umas das mais notáveis e duradouras contribuições para a civilização: muitas das normas que regulam a vida social e econômica contemporânea no mundo ocidental se originaram em Roma e as instituições jurídicas romanas constituem parte vital da estrutura de diversos sistemas jurídicos contemporâneos³.

Cada povo em cada tempo há a sua particular vocação, deixa uma pegada à cansativa e inesgotável jornada da civilização. Os romanos, dotados de um instintivo senso de ordem e disciplina, que não desdenhava a assimilação de elementos estrangeiros, tiveram uma particular vocação para o Direito e para a Ciência Jurídica, a fim de transmitir durante séculos, tanto no Oriente como no Ocidente, o seu imponente sistema jurídico que se perpetua até os nossos dias e que constitui um elemento importante na unificação dos mais diversos povos da Europa. O direito romano forma ainda substância viva do patrimônio espiritual moderno⁴.

O objetivo desse trabalho é discorrer especificamente sobre o direito romano privado, que, conforme Luigi Lombardi, é o ramo do direito com maior amplitude e originalidade e aquele que teve o desenvolvimento mais contínuo e coerente e a maior influência sobre as civilizações e culturas jurídicas sucessivas. Para a Roma antiga, com direito privado entende-se a dinâmica unidade formada pelo direito material e processual, que não podem ser entendidos e estudados independentes um do outro⁵, diferindo da concepção moderna de processo como de âmbito público.

Além disso, deve-se estabelecer o período de estudo da história milenar da Roma antiga, pois diferentes épocas refletem diferentes direitos, não havendo um único Direito Romano unitário durante todo esse período. Dentro do período escolhido também não significa um direito estático durante todo esse tempo, mas simplesmente um direito que possui maioritariamente as mesmas bases e formas na qual se fenomeniza.

³ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. London; New York: Routledge, 2007. p. I.

⁴ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. Bologna: Licinio Cappelli, 1957. Storia di Roma v. 20. p. IX.

⁵ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967. p. 1.

Seguindo a delimitação proposta por Lombardi, estabelece-se o período aproximativo da metade do séc. II a. C. até à metade do séc. III d. C. O término final pode ser fixado no ano 235, ano da morte do imperador Alessandro Severo que é seguida de uma grande crise que modifica profundamente o Estado e o Direito Romano. O termo inicial não é tão fácil de precisar com uma data específica, porém corresponde ao momento em que os três núcleos principais do Direito Romano estão suficientemente formados e harmonizados na sociedade romana⁶.

Entende-se por esses três núcleos, de maneira genérica: o *ius civile*, o direito (costumes e lei escrita) que se aplica às relações entre os cidadãos romanos; o *ius gentium*, o direito que se aplica nas relações entre os cidadãos romanos e os estrangeiros; e o *ius honorarium*, o direito desenvolvido na prática pela atividade jurisdicional do pretor.

Segundo Michel Villey, esse termo inicial seria aproximadamente em 150 a. C., que corresponde ao início das grandes conquistas. Em algumas dezenas de anos, os romanos apossaram-se de Cartago, dos territórios contíguos da Grécia, da Ásia Menor, da Espanha, da Gália e, finalmente, de todas as terras às margens do Mediterrâneo⁷.

Como destaca Pietro de Francisci, esse momento histórico representa a passagem de uma Roma primitiva de agricultores e soldados para uma Roma imperial dominadora da bacia do Mediterrâneo e criadora de uma nova civilização unitária que também inclui as forças ainda vivas do mundo grego e oriental⁸.

Seguindo a divisão proposta por Mousourakis, tal período do Direito Romano corresponderia aproximadamente à República tardia (287 a. C. – 27 a. C.) e à primeira fase do Império ou Principado (27 a. C. – 284 d. C.). Do ponto de vista jurídico, corresponderia ao direito romano pré-clássico e clássico⁹. As décadas finais da primeira fase do Império, depois da morte de Alessandro Severo, ficam excluídas do estudo por corresponderem ao período chamado de anarquia militar, quando a crise já havia abalado os alicerces da sociedade político-jurídica romana.

Na segunda fase do Império Romano, ou Império Tardio, de 284 d. C. até 565 d. C., o poder, inclusive judiciário, é concentrado no Imperador e o Direito Romano é codificado e passa a ser mais focado nas normas escritas, mais

⁶ LOMBARDI, Luigi. Saggio sul Diritto Giurisprudenziale. p. 2-4.

⁷ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Porto: Rés, 1991. p. 53-54.

⁸ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Mario Bulzoni, 1968. p. 14-15.

⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 1-2.

semelhante à atualidade, deixando de ser o direito eminentemente prático da época anterior objeto do presente estudo.

2. O costume e a lei escrita

De acordo com Pietro Bonfante, na Roma antiga existiam duas formas fundamentais de se estabelecer o Direito: o costume e a lei. A distinção geral entre as duas fontes é feita pela forma externa pela qual se manifestam os seus preceitos: escrita é a lei, não escrita é o costume¹⁰.

O costume poderia ser definido como a observância espontânea da norma que corresponde à convicção jurídica do povo, possuindo dois requisitos: a convicção de que a norma deve ser observada como direito e a observância constante dela. Já a lei é o modo de formação do direito por obra de órgãos destinados expressamente a esse escopo.¹¹

A lei escrita é a fonte secundária e menor. Os órgãos responsáveis por produzi-la restam estranhos a uma ordem essencialmente interindividual que é o direito privado romano antigo. Antes, mais do que interindividual, é, em larga medida, interfamiliar, conjunto de relações entre chefes de famílias. Na estrutura do direito privado, permanece vivo um reflexo de uma antiga composição pluralística, federativa da cidade, de uma soberania pertencente aos chefes das famílias. O direito privado romano possui a forma interindividual, e não supraindividual. Os órgãos supraindividuais não possuem, por isso, competência, se não excepcional e integrativa, para regular as relações entre as pessoas¹².

As leis escritas não são mais do que algumas centenas, e delas apenas duas ou três dezenas fazem referência ao direito privado, e ainda assim somente de forma subsidiária e complementar a um corpo de normas que é pressuposto¹³. Assim, diferente da atualidade, raramente um juiz decidiria citando um artigo de lei¹⁴.

Como exemplifica Michel Villey, das poucas leis, a mais famosa é a lei das XII Tábuas, que provavelmente não compreende mais do que uma centena de

¹⁰ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1896. p. 19.

¹¹ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. p. 20.

¹² LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 12-13.

¹³ Porém, como alerta George Mousourakis, isso não significa uma confusa massa de inconstantes costumes, mas sim uma duradoura tradição desenvolvida e transmitida por especialistas, primeiramente pelo colégio de pontífices e depois por juristas seculares. MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 1.

¹⁴ LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. p. 26.

muitos breves trechos de assuntos muito específicos, como “Se alguém partiu um osso a um cidadão livre, pagar-lhe-á 300 asses” ou “Se é culpado de violências ligeiras, pagar-lhe-á 25 asses”. Não se encontram nela os grandes princípios do antigo Direito. Não há nada de comparável, por exemplo, entre a lei das XII Tábuas e os Códigos Civis contemporâneos¹⁵.

Pietro Bonfante destaca que somente em matéria de procedimento que a lei das XII Tábuas foi mais minuciosa e detalhista, provavelmente com o objetivo de garantir maior estabilidade e certeza na aplicação dos costumes, verdadeira fonte dos direitos, evitando violências e abusos. Questões como propriedade, matrimônio, divórcio, são instituições pressupostas que a lei não menciona a não ser para sancionar algumas questões muito específicas¹⁶.

O povo romano, que possui inato em si o sentido do Direito, possui uma certa relutância, principalmente em matéria de direito privado, em relação à lei escrita, e não produziu, na época em estudo, nenhuma codificação no sentido moderno da palavra, pois entendiam que enrijecer o sistema jurídico com uma codificação tornaria difícil o desenvolvimento contínuo do Direito¹⁷.

3. O processo jurisdicional

Como se pode depreender da seção anterior, a constituição do direito privado na Roma antiga não foi do tipo legislativo, ou seja, por meio da emanção de normas gerais, mas prevalentemente do tipo judiciário e processual. O juízo não é constituído da aplicação de uma norma abstrata que vale para todos os cidadãos, mas de uma concreta que se aplica somente às partes. O processo é secundário perante as relações interindividuais, as pressupõe e se limita a restabelecê-las e restaurá-las, talvez prolongá-las. Mas exatamente por isso, quanto mais rigorosa é a estrutura interindividual do Direito, tanto mais o meio central de pôr autoritariamente o Direito é por meio do processo¹⁸.

O Direito Romano é um direito jurisprudencial, como esclarece Mario Bretone, porque é a jurisprudência que elabora seus conteúdos, mede cada ponto novo sobre os dados tradicionais e reconhece seu valor, inserindo-o no enredo sólido de uma experiência coletiva. Se o Direito é um mecanismo de controle social,

¹⁵ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 38.

¹⁶ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. v. 1. p. 112.

¹⁷ BIONDI, Biondo. **II Diritto Romano**. p. 35.

¹⁸ LOMBARDI, Luigi. Saggio sul Diritto Giurisprudenziale. p. 13.

na sociedade romana são os juristas, pelo menos até a monarquia dos Severos, que mantêm as alavancas e regulam suas engrenagens¹⁹.

Como destaca Bonfante, a jurisprudência romana transcende a mera interpretação, no sentido moderno da palavra, e organização do Direito. Estando as bases do Direito nos costumes praticados desde épocas remotas, a jurisprudência possui uma grande liberdade de formulação, e muito depende da autoridade dos homens que assumem a função de depositários e intérpretes das normas, uma função que não deixa de ser uma obra de criação²⁰.

O processo é basicamente privado, é o litigante que dirige o processo, cita em juízo o seu adversário, conduz a ação contra ele e persegue judicialmente a execução da sentença. O Estado controla e regularidade da ação por meio do pretor, que, entre outras funções, recebe no tribunal os cidadãos, escuta suas pretensões, autoriza-os ou não a prosseguirem com a ação e impõe-lhes ordinariamente cessar com toda violência antes de ter feito verificar a exatidão de suas afirmações por um árbitro, que em Roma é chamado de juiz²¹. O juiz é escolhido pelas partes ou, em caso de inexistência de acordo, escolhido pelo pretor²².

No decorrer da idade imperial e precisamente sob a influência da nova autoridade do príncipe, desenvolve-se pouco a pouco um procedimento inteiramente estatal, subtraída a divisão regular de pretor e juiz, e por isso denominada *cognitio extra ordinem*. É um funcionário público que conduz o processo do início ao fim. O procedimento é um ato administrativo e a sentença é um decreto. Mas esse procedimento permanece uma via extraordinária²³.

O pretor é chamado originalmente como *praetor urbanus* e a ele cabe a jurisdição civil dos cidadãos romanos, porém, a propagação de Roma resultou no contato cada vez mais frequente com povos estrangeiros, unidos na vida política por meio do vínculo federal e principalmente devido a práticas comerciais. Esse novo espírito mercantil tornou insuficiente o *ius civile*, baseado nos antigos costumes e aplicado somente nas relações entre os cidadãos romanos. Para resolver essa situação, no ano de 242 a. C., foi criado um novo pretor, *praetor qui*

¹⁹ BRETONI, Mario. **Diritto e Pensiero Giuridico Romano**. Firenze: Sansoni, 1976. p. 15-16.

²⁰ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v. 1. p. 275.

²¹ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 40, 56.

²² BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 485.

²³ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 503.

inter cives et peregrinos ius dicit, ou simplesmente *praetor peregrinus*, responsável por julgar as controvérsias com os estrangeiros²⁴.

O pretor é responsável pela emanção de importantes normas jurídicas que externa por meio de um édito em que estabelece os princípios jurídicos segundo os quais devem ser conduzidos os conflitos privados. A resolução do conflito, porém, permanece de competência de um árbitro privado escolhido pelas partes. O pretor emana também o decreto: ordem direta a disciplinar o específico caso concreto²⁵.

O sucessor no cargo de pretor não é ligado ao édito do seu antecessor, poderia rejeitá-lo, mudá-lo ou aceitá-lo. Mas se o édito correspondia às necessidades, à consciência do povo, não havia motivo para abandoná-lo e só se mudava ou se acrescentava o que fosse necessário segundo as novas exigências²⁶.

A norma pretória possui o mais alto grau de reflexão, pois emana de um órgão consciente e competente (o pretor frequentemente é um jurista, mas mesmo que não seja, é sempre assistido de um grupo de juristas) que possui um alto grau de elasticidade e mobilidade, por isso não é afetado, como frequentemente acontece com os costumes, por um fatal e inerte tradicionalismo²⁷.

O pretor peregrino emana o seu édito, regulando as controvérsias entre cidadãos romanos e estrangeiros e, por isso, incorporando diversos princípios e institutos estrangeiros, dando forma ao chamado *ius gentium*²⁸.

Dentro de suas atribuições de condução do processo, o pretor pode negar a ação por não estar conforme ao Direito ou porque contraria a equidade. Assim, ele pode admitir que a parte aja em base a uma relação que o Direito não contempla, mas que ele, tendo em conta as exigências do ambiente, as tendências da opinião pública e principalmente aquela dos juristas, considera digna de tutela²⁹.

Existem casos em que o pretor, faltando uma das condições de uma ação privada, para poder concedê-la, "finge" que ela existe (*formulae ficticiae*). Em outros casos, para alcançar as consequências jurídicas desejadas, o pretor procede a uma transposição de sujeitos, por exemplo, quando quer que o direito de agir, que pelo Direito caberia a uma determinada pessoa, seja atribuído a outra, ou

²⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 279-280.

²⁵ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 238-239, 242.

²⁶ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

²⁷ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

²⁸ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 284.

²⁹ FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. p. 243.

quando quer que uma ação, que pelo Direito deveria ser dirigido contra determinada pessoa, seja dirigida a outra³⁰.

Existem hipóteses, ainda, em que o exercício da ação fundada sobre o Direito vigente daria lugar a consequências injustas: para prevenir que isso ocorra, o pretor cria uma "exceção" (*exceptio*) que obriga o juiz a absolver o imputado independente da legalidade da pretensão. Apesar de esse instrumento possuir seu fundamento também no Direito vigente pelo fato de que à pretensão do autor da ação poderia se opor um direito mais forte a favor do imputado, o desenvolvimento das exceções acontece principalmente por obra do pretor que busca com isso impedir decisões contra a equidade³¹.

O que o pretor faz na interpretação da norma é usar mais o escopo, a razão, do que a palavra literal, inferindo também o escopo das funções atuais da sociedade. É uma função quase legislativa, expressamente reconhecidas pelos romanos como fazendo parte da interpretação, que é também fonte do Direito³².

Como destaca Biondi, a jurisprudência romana exercita uma lógica fechada, mas não a lógica abstrata, própria dos retóricos, mas aquela que conduz a um resultado justo, e consegue satisfazer uma necessidade da vida. Os princípios são aplicados com uma lógica rigorosa, mas não mecânica³³.

O direito pretório não se incorpora com o *ius civile*, não muda o seu conteúdo, mas constitui com ele um dualismo. De um lado, o *ius civile* com as normas escritas e os costumes, de outro, o *ius honorarium*, o direito que emana do pretor. Um e outro constituem, de certo modo, um complexo orgânico independente, cada um podendo ser considerado e estudado a parte. Forma, substância e espírito, tudo é radicalmente diverso nos dois sistemas³⁴. A sabedoria dos romanos soube sempre conciliar tradição e progresso³⁵.

4. Os jurisconsultos

Além dessa importante atividade do pretor, é necessário um corpo de homens sábios para conservar o conhecimento das formas processuais, a fim de que o litigante se informe junto a eles quando quer intentar, nas formas requeridas,

³⁰ FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 244.

³¹ FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 244-245.

³² BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 275-276.

³³ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 23.

³⁴ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 285.

³⁵ BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. p. 30.

a sua ação; mas também para que o pretor, homem político sem grande competência técnica, geralmente nomeado pelo curto período de um ano, possa também aconselhar-se. Enquanto no período mais antigo essa função era realizada pelo colégio de pontífices, no período em estudo essa função foi realizada pelos juristas seculares conhecidos como jurisconsultos³⁶.

Esses juristas não eram como os hodiernos, no sentido técnico-formal de intérprete da norma jurídica, não se consultavam os juristas unicamente para redigir um testamento ou um contrato, mas se recorria a eles para consultas relativas às mais diversas esferas da vida privada. As duas principais funções dos jurisconsultos eram sugerir cautelas (*cautiones*) nos negócios jurídicos, que se chamava *cavere*, e dar respostas sobre casos práticos, que se chamava *respondere*. Por outro lado, não era tarefa do jurisconsulto *agere*, pelo menos no sentido de defender em juízo³⁷.

Cavere designa a atividade dos juristas que intervém na formulação e redação dos negócios jurídicos com o escopo de evitar que deles possa resultar prejuízo para a parte que invoca a assistência do jurisconsulto, pois sempre há a possibilidade de ser enganado pelo outro contratante quando não se conhece com precisão o escopo e as consequências de uma ou outra cláusula³⁸.

Mas a atividade mais importante dos juristas foi *respondere*, ou seja, formular respostas para questões jurídicas. Um pretor pode consultar um jurista para aconselhamento sobre assuntos relacionados à redação de seu decreto e, especialmente, sobre se novos tipos de recursos devem estar disponíveis em certas circunstâncias. Da mesma forma, juízes e defensores muitas vezes confiavam no conselho de juristas para lidar com questões jurídicas e processuais difíceis. Como a resolução de disputas era um processo extremamente técnico, o papel dos juristas no litígio tornou-se cada vez mais importante. As opiniões de juristas proeminentes tinham grande autoridade, mas nenhuma força obrigatória real. Inicialmente, essas opiniões foram entregues oralmente, mas ao longo do tempo foram reduzidas a escrever. Desde o séc. II a. C., juristas de renome produziram coleções de respostas que foram concebidas e aplicadas na prática. Essas coleções

³⁶ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 57.

³⁷ BONFANTE, Pietro. **Storia del Diritto Romano**. 1958. p. 274.

³⁸ FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 248.

foram projetadas para facilitar a administração da justiça, que em Roma não foi organizada pelo Estado³⁹.

Como destaca Mousourakis, o método empregado pelos juristas romanos para a resolução de questões jurídicas era o empírico ou casuístico, ou seja, quando lidando com os casos jurídicos, eles recorriam principalmente a argumentos tópicos em vez de axiomáticos. Se uma regra ou conceito legal é formado pelo raciocínio lógico a partir de princípios básicos ou axiomas, ele invoca o argumento axiomático. O raciocínio tópico, por outro lado, ocorre quando se procede do caso para identificar as premissas que sustentariam uma solução e, em seguida, formula princípios e conceitos orientadores como base para a obtenção de uma solução. As regras e conceitos concebidos desta maneira não são rígidos e invioláveis, mas estão sujeitos a alterações, dependendo das circunstâncias do caso relevante. Além disso, acredita-se geralmente que os juristas romanos chegavam a suas conclusões intuitivamente. Essa compreensão intuitiva da lei é atribuída ao senso inato dos romanos em questões jurídicas e à experiência dos juristas com a prática cotidiana da lei⁴⁰.

Isso não significa que a jurisprudência romana fosse meramente pragmática, sem princípios ou baseada somente em intuições criativas. Na verdade, uma qualidade única da ciência jurídica romana é que ela não parou em uma casuística puramente pragmática. A maior conquista dos juristas romanos foi sua capacidade de se estender além dos elementos acidentais do caso relevante para iluminar o problema jurídico essencial como uma *quaestio iuris*. Por meio do método dialético adotado pelos gregos, os juristas aprenderam a dividir os fatos juridicamente relevantes em gênero e espécies. Eles definiam esses fatos e distinguiam e categorizavam conceitos jurídicos. Ao mesmo tempo, eles estavam cientes do silogismo lógico (ou conclusões fundamentadas) e aprenderam a construir conceitos jurídicos de maneira dedutiva. Além disso, a familiaridade com a ética filosófica grega inspirou a consciência da função sociológica do direito. Como resultado, os juristas deram mais ênfase aos argumentos baseados na equidade e em outros princípios gerais de orientação⁴¹.

Além disso, após o jurista Sesto Elio (séc. III-II a. C.), os jurisconsultos começam a pesquisar o elemento comum a casos similares resolvidos pela jurisprudência de forma uniforme, e esse elemento comum tirado da massa de

³⁹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 62-63.

⁴⁰ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 61.

⁴¹ MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. p. 62.

precedentes é fixado em uma *regula*, redigida de forma clara e concisa como os princípios de lei, e o conjunto dessas regras constitui um complexo de pontos de orientação para o jurista⁴².

Como pode-se perceber, com Villey, o Direito Romano nasce da experiência, sempre submetido ao controle da experiência, não se apresentando como um edifício acabado, como um ordenamento lógico de regras fixas, como uma “ciência” ou “ordem normativa”, mas é uma investigação, uma via⁴³.

Considerações Finais

Como se pode perceber desse breve relato, existe uma grande diferença na criação e aplicação do Direito privado na Roma antiga até o fim do principado e os dias atuais. Enquanto na atualidade a fonte do Direito é basicamente a lei escrita ditada pelo Estado, o Direito Romano privado era majoritariamente baseado nos costumes.

Também a atividade jurisprudencial possui grande diferença. Enquanto hoje o processo é considerado público, com o magistrado conduzindo o processo e proferindo a sentença, no direito romano, nas causas privadas, era essencialmente privado, com a sentença sendo proferida por um privado escolhido pelas partes. Além disso, enquanto se espera que o magistrado atual somente interprete e aplique as normas estatais no caso concreto, a atividade do pretor romano era criadora, desenvolvia o Direito na própria prática, encontrando a norma a partir do caso concreto, e não o inverso.

Personagens fundamentais no desenvolvimento do direito romano eram também os juristas, ou jurisconsultos, que por meio de suas respostas também exerciam grande influência no que deveria ser considerado norma jurídica.

Com isso se percebe a diferença do papel do Estado na produção do Direito privado. Enquanto na atualidade os órgãos legislativos possuem o monopólio dessa criação, no Direito Romano seu papel era muito pequeno. Primeiramente, a fonte elementar eram os costumes, as tradições daquele povo, a concepção presente em cada um daquilo que é justo ou injusto, do que deve ser observado como norma, sem necessidade que o Estado venha de fora e imponha suas normas.

⁴² FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. p. 252.

⁴³ VILLEY, Michel. **Direito Romano**. p. 74.

O Direito Romano se desenvolvia também na prática. Por mais que o Estado estivesse presente nesse desenvolvimento, era de forma muito diferente da atualidade, pois não era por meio de órgãos legislativos e sim por meio da prática jurisdicional realizada pelo pretor. A prática precedia a teoria e não a teoria precedia a prática.

Também como já dito, os juristas, privados, emitiam respostas a questões jurídicas que tinham o efeito prático de moldar o Direito, diferente do jurista atual que trabalha com as normas já elaboradas pelo Estado.

Em época de crise do Direito devido a fatores como normas ineficientes elaboradas por órgãos legislativos e uma prática jurisdicional que não corresponde aos anseios de justiça da sociedade, o estudo do Direito Romano proporciona reflexões acerca daquilo que já foi e que poderia, com as devidas atualizações, ser retomado.

Não é algo de tão utópico quando se percebe que certos elementos presentes no Direito Romano de uma forma ou de outra tem ganhado força nos últimos tempos. Um exemplo disso é uma maior iniciativa privada nas resoluções de conflitos por meio de métodos como a mediação e a arbitragem, algo já tão comum para o Direito Romano.

A sociedade romana era uma sociedade em que os princípios de liberdade e equidade eram fundamentais e o Direito era construído sobre as bases dos princípios gerais de orientação humana e não sobre regras postas por quem detém o poder público. Pelo tamanho do legado histórico que Roma deixou, o estudo da sua racionalidade jurídica vale a pena ser estudado.

Referências das Fontes Citadas

BIONDI, Biondo. **Il Diritto Romano**. Bologna: Lincio Cappelli, 1957. Storia di Roma v. 20.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1896.

_____. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958. v. 1.

_____. **Storia del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano, 1934. v. 1.

BRETONE, Mario. **Diritto e Pensiero Giuridico Romano**. Firenze: Sansoni, 1976.

FRANCISCI, Pietro de. **Sintesi Storica del Diritto Romano**. 4. ed. Roma: Mario Bulzoni, 1968.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

12º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo
Universidad de Alicante - Espanha
Setembro de 2019

LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul Diritto Giurisprudenziale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1967.

MOUSOURAKIS, George. **A Legal History of Rome**. London; New York: Routledge, 2007.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Porto: Rés, 1991.