

O *CORPUS IURIS CIVILIS* E A MUDANÇA NO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori¹

Sergio Urquhart Cademartori²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Fundamento de validade e fontes do direito; 3. A história política do império romano; 3.1. Realeza; 3.2. República; 3.3. Alto império ou principado; 3.4. Baixo império ou dominato; 4. Fontes do direito romano; 4.1. Costume; 4.2. Legislação; 4.3. Editos dos pretores; 4.3.1. *Ius gentium*; 4.4. Jurisprudência ou os escritos dos jurisconsultos; 5. O *Corpus Iuris Civilis* e o deslocamento das fontes; 6. O direito romano na idade média e o processo de monopolização da produção jurídica vinculado à formação do estado absoluto; 7. Conclusão; Referências.

RESUMO: O *Corpus Iuris Civilis* esboça uma primeira elaboração político-jurídica do que virá a ser o chamado Estado moderno, o qual apresentará suas particulares formas empíricas muitos séculos depois. Em ambos casos, o que confere legitimidade ao poder é a própria racionalidade intrínseca à forma do direito, exercido em formas legais.

PALAVRAS-CHAVE: Fontes do direito; *Corpus Iuris Civilis*; Legitimidade.

ABSTRACT: The *Corpus Iuris Civilis* outlines an initial political-legal construction of what was to become the so-called modern State, which was to present its particular empirical forms many centuries later. In both cases, what confers legitimacy on power is the very rationality which is intrinsic to the form of the law, exercised in legal forms.

KEY WORDS: Sources of law; *Corpus Iuris Civilis*; Legitimacy.

1 Introdução

O gesto do imperador romano Justiniano, em 529, de ordenar a reunião de todo o direito romano em um único documento, faz com que as normas percam seu caráter de origem social, fundando a sua validade, a partir de então, na vontade do príncipe. Se anteriormente, o direito romano podia ser caracterizado como oriundo da sociedade, gradualmente elaborado de acordo com os *mores*, através da jurisdição pretoriana (com seus resultados consagrados no *Edictum perpetuum*), encontramos no *Codex* (uma das partes daquele documento) um novo princípio: *quod principi placuit legis habet vigorem*. Este, por sua vez, tem como corolário aquele de que *solus*

princeps potest facere leges: no desenvolvimento histórico sucessivo, o direito romano passa a ser um direito imposto pelo Estado, ou pelo Imperador.

Para Norberto Bobbio, a compilação de Justiniano - somente denominada de *Corpus Iuris Civilis* a partir do século XVI - é um precedente do processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos. Muito embora este autor mencione a possibilidade de traçar este paralelo, cabe salientar que ele diz respeito ao tema dos fundamentos de validade do direito, eis que são processos distintos, inaugurando direitos cujo significado filosófico, social e jurídico são distintos.

A verdade é que o *Corpus Iuris Civilis* apresentou historicamente múltiplos significados. Só a título de lembrança cabe referir, por exemplo, ao seu papel na recuperação do direito romano a partir do final da Idade Média. No entanto, apesar das referências a estes significados surgidas no texto, aqui o objetivo é discutir a mudança no fundamento de validade do direito, ou de legitimação, com vistas a traçar um paralelo com o processo de monopolização jurídica realizado pelos Estados Modernos.

De outro lado, há que se salientar que em Roma o Direito como objeto fundamental de estudo é tomado pela primeira vez. Ali, surgem os rudimentos de alguma coisa similar ao que hoje conhecemos como ciência do Direito, mesmo que, daí em diante, até o fim do século XIX, a ciência do Direito seja predominantemente ciência do Direito privado.

Tendo em vista esse pressuposto, bem como os objetivos deste trabalho, volta-se, inicialmente, para uma análise das sucessivas formas de governo e das diferentes fases do direito antes de abordar-se as fontes do direito romano propriamente dito, finalizando com uma abordagem do fenômeno da monopolização da produção judiciária.

2 Fundamento de validade e fontes do direito

Nas teorias jurídicas tradicionais, a validade de uma norma diz respeito ao pertencimento dessa a um ordenamento jurídico por ter sido produzida por um órgão competente e conforme um procedimento regular. Já a eficácia, relaciona-se com duas situações: o efetivo comportamento dos destinatários em relação à norma posta e a sua aplicação pelos tribunais em caso de descumprimento por parte daqueles. (CADEMARTORI, 1999, p. 44)

Levando em conta a existência de uma enorme diversidade de abordagens dessa relação, é saudável evitar definições que instauram uma confusão terminológica. Com efeito, validade e eficácia apresentam-se, dependendo do autor, numa grande variedade de relações. Veja-se, por exemplo, e em homenagem à sofisticação de seu estudo, o enfoque dado por Miguel Reale a essas categorias: para ele, "A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)." (REALE, 1974, p. 115)

A validade formal ou técnico-jurídica (vigência, para Reale) pressupõe o exame da competência dos órgãos e compreende a conjugação de dois requisitos: ter sido a norma emanada de um órgão competente e este último possuir competência *ratione materiae*. A estes dois critérios, Reale acrescenta ainda um terceiro requisito: a necessidade de o poder ser exercido com obediência as exigências legais, isto é a "legitimidade do procedimento" (na técnica do Direito norte-americano, *due process of law*). (REALE, 1974, p. 120)

Todavia, em determinados casos, por contrariarem tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, as normas só conseguem ser cumpridas do modo compulsório. Nesses casos, elas possuem validade formal, e não a eficácia espontânea da comunidade. "A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo." (REALE, 1974, p. 124)

O costume é um exemplo de regra jurídica socialmente eficaz. Quando o costume é reconhecido passa a adquirir validade formal.³

O autor ainda acrescenta um terceiro aspecto a compreender a validade de uma norma, seu fundamento.

O Direito, consoante outra lição de Stammler, deve ser, sempre, 'uma tentativa de Direito justo', por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou 'ratio juris'. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia. (REALE, 1974, p. 127)

Vigência, eficácia e fundamento comprovam a conhecida tese do autor da estrutura tridimensional do direito: a vigência com referência à norma; a eficácia com referência ao fato e o fundamento exposto no valor.

Assim, parece mais conveniente, para um exame mais acurado da mudança operada pelo Código justinianeu no sistema de fontes, lançar mão de travejamentos categoriais mais simples e operativos, tais como o de Bobbio, para quem a validade diz respeito ao cumprimento de três condições, a saber: a) se uma norma foi posta em vigor por órgão competente e através do procedimento competente; b) não foi revogada; e c) não contraria norma superior. Já a eficácia diz respeito, como já referido, ao efetivo cumprimento e/ou efetiva aplicação da sanção prevista na norma em caso de seu descumprimento (BOBBIO, 2001, p. 46).

Note-se, na primeira das condições acima, a estreita correlação entre as fontes das quais dimanam as normas e a sua validade. De fato, se, como quer Bobbio, fontes do direito devem ser entendidas como atos ou fatos dos quais o ordenamento faz depender a produção de normas jurídicas válidas (BOBBIO, 1989, p. 45), então o problema das fontes torna-se crucial na determinação do direito positivo de determinado país e época.

Do exposto, conclui-se que o fundamento de validade (obrigatoriedade) de um ordenamento diz respeito ao poder normativo, o qual apresentará maior grau de eficácia quanto maior o grau de aceitação das normas editadas por ele, o que Hart denomina de "ponto de vista interno"⁴. Este é nada mais do que a assunção, por parte de cidadãos e autoridades, das normas de um determinado ordenamento como máxima interna para o agir.

Tal relação entre o ordenamento (isto é, a autoridade normativa) e o súdito/receptor das normas, encaminha diretamente à questão da legitimidade, qual seja a justificação interna da relação mando/obediência, se assumida a conceituação weberiana (BOBBIO, 2000, p.140).

Com efeito, se para Weber o Estado se apresenta como um instituto político de atividade contínua, na medida em que seu corpo administrativo mantém com êxito a pretensão ao monopólio da violência física legítima (WEBER,1984,p.45), então a categoria "legitimidade" é fundamental para obter-se uma maior compreensão do fenômeno estatal. Em decorrência disso, tal categoria apresenta capacidade suficiente para lançar luz sobre o significado da mudança no fundamento de validade ocorrida com a compilação de Justiniano.

Veja-se: para Max Weber, o Estado e as demais associações políticas que o precederam é uma relação de domínio de homens sobre homens com base em um meio de coação considerado legítimo. É preciso que os homens dominados se submetam a autoridade dos que dominam. As razões para a submissão só podem ser compreendidas quando são conhecidos "os motivos internos de justificação e os meios externos nos quais a dominação se apóia" (WEBER, 1984. p. 1057).

Através das razões da obediência, ou legitimidade, o poder (*Macht*) transforma-se em dominação (*Herrschaft*). Dominação e força diferenciam-se porque conseguem obter a obediência dos sujeitos por razões distintas: pela adesão ou pela própria força.

Max Weber constata a existência histórica de vários princípios de legitimidade nas sociedades. Suas observações são sintetizadas na sua famosa tripartição de tipos puros de dominação:

Primeiro, a autoridade do 'passado', do *costume* consagrado por uma validez imemorial e pela atitude habitual de observância: é esta a dominação 'tradicional' tal como a exerceram o patriarca e o príncipe patrimonial de todos os tipos. Logo, a autoridade do *dom de graça* pessoal extraordinário (carisma), ou da devoção totalmente pessoal e a confiança pessoal em revelações,

heroísmo e outras qualidades de caudilhagem do indivíduo: dominação 'carismática', tal como a exercem o profeta ou – no terreno político – o príncipe guerreiro escolhido ou o condutor plebiscitário, o grande demagogo e chefe político de um partido. E, finalmente, a dominação em virtude da 'legalidade', ou seja em virtude da crença na validade de um *estatuto* legal e da 'competência' objetiva fundada em regras racionalmente criadas, isto é: disposição de obediência no cumprimento de deveres conforme estatuto; esta é a dominação tal como a exercem o moderno 'servidor do Estado' e todos aqueles outros elementos investidos de poder que nesse aspecto se assemelham. (WEBER, 1984, p. 1057)

Os ordenamentos estatais das modernas sociedades ocidentais incluem-se no último tipo de racionalidade. Neste caso, o que confere legitimidade ao poder é a própria racionalidade intrínseca à forma do direito, exercido em formas legais.

Como se vê, Weber sustentava uma concepção positivista do direito: direito é apenas o que um legislador político (seja ele legitimado democraticamente ou não) estatui como direito segundo um procedimento juridicamente institucionalizado. Com essa premissa, a forma do direito não poderá mais extrair sua força legitimante de qualquer parentesco com a moral. É unicamente em base as suas propriedades formais que o direito deve poder legitimar um poder exercido legalmente. (CADEMARTORI, 1999, p. 96)

A fundamentação da validade de um ordenamento jurídico é feita com base, então, no processo de produção de normas jurídicas.

Tais processos pressupõem sempre uma *estrutura de poder*, desde o poder capaz de assegurar por si mesmo o adimplemento das normas por ele emanadas (como é o caso do poder estatal no processo legislativo) até outras formas subordinadas de poder que estabelecem, de maneira objetiva, relações que permitem seja pretendida a garantia de execução outorgada pelo Estado. (REALE, 1974, p. 155)

Desse modo, chega-se ao tema das fontes do direito. Elas são os meios através dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia:

Para que se possa falar, por conseguinte, de 'fonte de direito', isto é, de fonte de regras obrigatórias, dotadas de *vigência* e de *eficácia*, é preciso que haja um *poder* capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção penal. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de *produção de regras de direito vigentes e eficazes*, podendo ser elas genéricas ou não. (REALE, 1974, p. 156)

Como a origem de qualquer norma jurídica (nomogênese jurídica) só se dá com a interferência de um centro, toda fonte de direito é constituída por uma "estrutura de poder" que diante de um complexo de "fatos e valores", decide por uma determinada solução normativa objetiva (REALE, 1974, p. 157).

Quais sejam as fontes ou processos que positivam com legítima força obrigatória as normas é uma questão que varia no tempo e no espaço⁵.

Todos esses argumentos levam à postulação de que, como se verá, com a viragem representada pela obra justinianéia, tem-se esboçada uma primeira elaboração político-jurídica do que virá a ser o chamado Estado moderno, o qual apresentará suas particulares formas empíricas apenas muitos séculos depois: monopolização e concentração de fontes normativas, forte tendência à dominação de tipo legal-racional e possibilidade de sistematização e cientificidade do conhecimento jurídico.

3 A história política do império romano

O direito romano compreende um período temporal que abrange cerca de 22 séculos: do século VII aC até o século VI, no tempo de Justiniano, depois prolongado até ao século XV, no império bizantino. Nesta fase final, também é preciso considerar a presença deste direito no Ocidente, seja como direito romano vulgar, seja tendo em vista o seu renascimento a partir do século XII. Ainda

hoje, a influência do direito privado romano é considerável sobre os sistemas romanistas (GILISSEN, 1995, p. 80).

O centro desta cultura desenvolve-se em torno de uma cidade que na época de sua fundação lendária (753 aC) era um pequeno centro rural, e entre os séculos II e III havia se transformado no "centro de um vasto império que se estende da Inglaterra, da Gália e da Ibéria e ao Próximo Oriente até aos confins do Império persa" (GILISSEN, 1995, p. 80).

No século V, com a queda de Roma em mãos dos bárbaros, este império torna-se Império Bizantino subsistindo até o século XV; neste período, ocorre um deslocamento para a parte oriental da bacia mediterrânica, em torno da cidade de Constantinopla (inicialmente denominada de Bizâncio e hoje Istambul). Esta longa história é dividida didaticamente em três períodos que correspondem a três regimes políticos sucessivos: a realeza (até 509 aC), a república (509 aC - 27 aC); e o período imperial, por sua vez dividido em Alto império (até a época de Diocleciano, em 284) e Baixo Império (até a morte de Justiniano, em 566), ao qual sucedeu o Império Bizantino (GILISSEN, 1995, p. 81).

Já a periodização das transformações ocorridas no direito é diferente, distinguindo-se em relação àquela: uma fase **antiga** (até meados do século II aC), com um direito característico de uma sociedade rural, que ainda não conhece a escrita e vivencia a solidariedade dos clãs; uma fase **clássica** (de cerca de 150 aC a 284), conformando o direito numa sociedade individualista, fixado por juristas numa ciência jurídica coerente e racional, e a **fase pós-clássica**, correspondente ao período do Baixo Império, com um direito caracterizado pelo absolutismo imperial, pela atividade legislativa dos imperadores e pelo Cristianismo (GILISSEN, 1995, p. 81).

3.1 Realeza

Entre os séculos VIII e VII aC, populações de povos pastores, que tinham em comum uma língua (o latim) instalaram-se a Este e ao Sul do rio Tibre, na península itálica.

Estas aldeias são ocupadas por grandes famílias patriarcais agrupadas em *gentes*. Algumas vezes, alguns bandos de pastores-predadores tomavam um chefe comum, um *rex*, que se tivesse imposto antes de tudo pela sua habilidade ou a sua força (GILISSEN, 1995, p. 81).

O domínio das organizações clânicas, em Roma, é bastante semelhante ao das clãs gregas: "A autoridade do chefe de família é quase ilimitada; uma solidariedade activa e passiva liga entre si todos os membros da *gens*; a terra, embora objecto de apropriação, é inalienável." (GILISSEN, 1995, p. 84)

É deste período a reunião dos chefes das famílias patriarcais (*patres*), em torno do que mais tarde se chama o Senado. A realeza não é hereditária e o rei (*rex*) parece ter sido um estrangeiro imposto.

Fustel de Coulanges evidencia o fato das cidades terem sido fundadas com base em uma religião: "As instituições políticas da cidade brotaram com a própria cidade e no próprio dia que a cidade nasceu; cada membro da cidade as trazia consigo, vivendo em germe nas crenças e religião de cada homem." (FUSTEL DE COULANGES, 1981, p. 182)

O rei era o "sacerdote do lar público" e o chefe dos cultos: "quem cuida do lar, faz o sacrifício, pronuncia a oração e é ainda quem preside as refeições religiosas."

Cícero, discorrendo sobre o primeiro rei romano a surgir da hierarquia dos sacerdotes, Rômulo, afirma que os antigos não o apresentavam vestido em trajes de guerra e sim com o bastão augural e a *trábea* (apud FUSTEL DE COULANGES, p. 184).

Esta realeza, meio religiosa e meio política, estabeleceu-se em todas as urbes, desde o seu nascer, sem esforços por parte dos reis, e sem resistência por parte dos súditos. [...] A realeza estabeleceu-se, muito naturalmente, primeiro na família e só mais tarde na cidade. [...] Os reis

não tinham necessidade da força material; não tinham nem exército nem finanças, mas a sua autoridade, sustentada por crenças possantes e cultivadas no comando da alma, mantinha-se santa e inviolável. (FUSTEL DE COULANGES, 1981, p. 187)

No período correspondente ao início da República, pode-se observar o papel crescente dos plebeus - estrangeiros, comerciantes, agricultores, etc. - na sociedade romana. Desta época, datam conflitos sociais que opunham a organização social formada pelas *gentes* ou *gens* e este novo setor da sociedade romana. Estes conflitos caracterizam a história de Roma, principalmente no desenvolvimento do direito, acabando por conduzir a uma relativa igualdade política, religiosa e social. "Os plebeus obtiveram pouco a pouco a faculdade de utilizar o mesmo direito privado que os patrícios; ao mesmo tempo, esse direito privado tendia a romper com a solidariedade clânica." (GILISSEN, 1995, p. 85). Deste período é a conhecida Lei das XII Tábuas, adiante referida.

A partir de 575 aC, com a ocupação etrusca por quase um século, os reis romanos passam a ter esta origem. Situada entre os rios Tibre e o Arno, a Etrúria foi, nesta época, a potência política e econômica mais importante da Itália. "Mas o seu sistema político e jurídico permanece muito mal conhecido; exerceu todavia uma influência inegável sobre as constituições romanas nascentes." (GILISSEN, 1995, p. 81-82)

No entanto, uma transformação lenta e natural ocorreu em Roma assim como em outras sociedades aristocráticas antigas. Ela foi decorrente de conflitos entre a aristocracia e os reis. Nestas sociedades, os chefes das famílias (*patres*), e acima deles os chefes das fratrias e os das tribos, formavam, ao lado do rei, uma aristocracia forte.

Era uma hierarquia de chefes, tendo todos, em âmbito mais ou menos extenso, as mesmas atribuições e inviolabilidade. O rei da cidade não exercia o seu poder sobre toda a população: o interior das famílias e toda clientela escapavam à sua ação. Como o rei feudal, que não tinha por súditos senão a alguns poderosos vassallos, este rei da cidade antiga só governava sobre os chefes das tribos e os das *gentes*, onde cada um, individualmente, podia ser tão poderoso como ele, e, quando reunidos, eram muito mais do que ele. Portanto pode-se verificar que não era fácil ao rei fazer-se obedecer. Os homens deviam ter-lhe grande respeito, por ser o chefe do culto e guarda do lar, mas devotavam-lhe, sem dúvida, pouca submissão por ter ele pouca força. (FUSTEL DE COULANGES, 1981, p. 252)

Por toda a parte da cidade antiga, e Roma não foi exceção, a realeza foi vencida. Todavia, como a realeza primitiva continuava a ser sagrada, a autoridade sacerdotal do rei não foi tocada, sendo-lhes retirada somente a autoridade política⁶.

É bom lembrar, junto com Fustel de Coulanges, que, "Em sociedade organizada sobre tais bases, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em todas as suas coisas, submetido sem reserva alguma à cidade; pertencia-lhe inteiramente." (FUSTEL DE COULANGES, 1981, p. 236)

A título de exemplo, em Roma, o serviço militar era obrigatório até os 46 anos e as mulheres eram proibidas de beber vinho. Cícero menciona que os antigos códigos romanos ordenavam ao pai a quem nascesse filho "disforme ou monstruoso" que o matasse (apud FUSTEL DE COULANGES, 1981, p. 237).

3.2 República

Lentamente, e por vezes com retrocessos, chega-se a um novo regime político, a República. O ano de 509 aC, assinala o enfraquecimento do poder etrusco e a diminuição do poder do rei, muito mais do que a lista dos cônsules, cujos nomes iniciais são lendários. A queda da monarquia data de 470 aC e o novo regime político, com dois cônsules à frente, situa-se por volta do ano de 367 aC (Leis de Licínio). (GILISSEN, 1995, p. 82)

Argemiro Martins, com base em Perry Anderson, afirma que o extraordinário florescimento da *urbs* em Roma não se baseava em uma economia tipicamente urbana, comercial e manufatureira, e sim em uma economia basicamente agrícola⁷.

A lenta formação social e política romana estabelece o predomínio de uma aristocracia rural que manteve o comando político durante toda a história romana, apesar de violentas lutas sociais. Nesse contexto, a guerra de conquista surge como o elemento capaz de equilibrar a economia e o predomínio desta aristocracia rural. Era através dela que se obtinham mais terras e se escravizavam os povos vencidos, liberando os pequenos proprietários para as frentes do exército⁸.

A fase republicana é caracterizada pela pluralidade das assembleias⁹ e magistraturas¹⁰ anuais e colegiais.

Robert Dahl descreve como a forma republicana de governo e a expansão territorial, através das guerras de conquista, têm como consequência a ampliação da cidadania romana.

Desde suas origens como uma cidade de tamanho muito modesto, a República romana se expandiu mediante a anexação e a conquista de territórios muito mais além das fronteiras da cidade antiga. Como consequência disto, a República chegou a dominar sobre toda a Itália e muito mais além. Além disso, a República a miúdo outorgou a cidadania romana, que era muito valorizada, aos povos conquistados, que assim não apenas chegaram a ser meros súditos, como também cidadãos romanos autorizados a gozar de todos os privilégios e direitos de cidadania (DAHL, 1998. p. 20).

John Gilissen, considera que as assembleias eram democráticas apenas na aparência, visto serem aristocráticas e tradicionalistas, concluindo-se a votação tão logo se atingisse a maioria.¹¹

As suas principais prerrogativas foram a escolha dos cônsules e dos pretores e o voto das leis; mas os candidatos às magistraturas eram propostos (*creatio*) pelos seus predecessores, não deixando aos *comitia* senão a possibilidade de confirmarem ou recusarem a proposta; aconteceu o mesmo em matéria legislativa. Os *tributa comitia* eram assembleias por tribo, estando todos os cidadãos recenseados numa tribo local; houve finalmente, a partir de 241 aC, 35, das quais 4 urbanas e 31 rústicas. Estas assembleias intervinham na eleição dos magistrados inferiores e também, sobretudo durante os últimos séculos da República, no voto das leis (GILISSEN, 1995, p. 82-83).

As assembleias da classe plebéia, os *concilia plebis*, elegiam os tribunos da plebe e votavam os plebiscitos, leis específicas para si. A partir do ano de 287 aC, provavelmente com a *Lex Hortênsia*, os plebiscitos são assimilados às *leges* e passam a ser aplicados também aos patrícios (GILISSEN, 1995, p. 82-3).

O Senado, inicialmente composto apenas pelos chefes de família patrícios (*patres*), passa a ter seus membros designados pelos cônsules. Em torno do século I aC (época de Sila) o número de seus integrantes passa de 300 para 600. Entre as atribuições do Senado estavam, ratificar as decisões das assembleias, em especial as leis votadas e as eleições dos magistrados. A partir do ano de 339 aC a ratificação passa a ser uma autorização prévia, permanecendo considerável a autoridade desta instância:

O senado podia assim formular os princípios duma nova lei, adoptada depois de discussão sob a forma dum *senátus-consulta*, convidando a seguir os magistrados a sancioná-la. O senado intervinha também na autorização das despesas públicas, no recrutamento das tropas, nas relações externas, no controlo dos magistrados. (GILISSEN, 1995, p. 83)

3.3 Alto Império ou Principado

Como solução para as dificuldades sociais decorrentes das vastas conquistas do século I aC, progressivamente ocorre a passagem da forma republicana de governo, para a imperial.

Uma crise política que tentativas de reformas tentaram remediar. Os Gracos, Sila, Pompeu, César falharam; Octávio conseguiu centralizar todos os poderes nas suas mãos, deixando subsistir as instituições da República; recebeu do Senado o título de Augusto, o *Imperium* proconsular, o poder tribunicio vitalício (27-23 aC); foi proclamado *imperator*, isto é, general vitorioso; não está vinculado pela lei (*legibus solutio*). (GILISSEN, 1995, p. 83)

No Império, todos os poderes passam a concentrar-se no imperador. Com o auxílio de seus funcionários ele governa e administra o imenso território. Entram em decadência as assembléias e as magistraturas, subsistindo apenas o Senado. Todavia, as prerrogativas deste último são reduzidas, às vezes confirmando a escolha de um sucessor, operada pelo imperador ou pelo exército, ou mesmo elegendo um novo, como foi o caso de Galba em 68 e Nerva em 96, além de manter competências em matéria legislativa. (GILISSEN, 1995, p. 84)

O auge do império romano é alcançado com a máxima expansão territorial no século II, com imperadores tais como Trajano, Adriano e Marco Aurélio. Territórios, da Inglaterra ao Oriente Próximo, conquistados através de guerras, são progressivamente romanizados, mesmo conservando costumes locais. Este também é considerado o grande período do direito romano clássico.

Diferentemente de outros direitos da antiguidade que deixaram poucos traços escritos, parece que os romanos foram os primeiros a sentir a necessidade de reduzir a escrito as regras jurídicas e a consagrar obras importantes ao estudo do direito.

Neste momento, progressivamente, a cidadania, inicialmente só gozada pelos cidadãos romanos (*cives*), é estendida. Na proporção em que, durante a República, vários territórios são conquistados e incorporados (Itália, Gália, Espanha, África, Grécia, etc), a cidadania romana é concedida não somente a certas pessoas poderosas, mas a grupos e cidades inteiras. No final da República possuem cidadania romana os italianos até os Alpes¹².

Na fase final, enquanto politicamente a liberdade dos cidadãos diminuía, observa-se gradativamente o predomínio de um direito privado individualista.

Há assim um divórcio crescente entre o direito privado e o direito público. À submissão absoluta ao imperador opõe-se a grande liberdade dos cidadãos (*cives*) de disporem dos seus bens a título privado. Os juristas romanos constroem então, no domínio do direito das coisas e das obrigações, um sistema jurídico completo e coerente. (GILISSEN, 1995, p. 87)

O fato do direito romano ser idêntico em todo o império (Édito de Caracala em 212) não quer dizer que ele fosse efetivamente aplicado em todo o território imperial. As razões prendem-se a dificuldades inerentes à estrutura técnica e complexa do direito romano, as interpretações efetuadas por povos “nem sempre suficientemente romanizados” e a persistência dos direitos locais. A consequência natural foi o surgimento de um direito romano vulgar ou popular, muitas vezes diferente do direito romano oficial ou imperial. (SILVA, 1991, p. 57)

3.4 Baixo Império ou Dominato

Alcançado o ponto máximo da expansão territorial, segue-se a crise do século III, tanto política e econômica, como religiosa. Ela acabou por provocar grandes e profundas transformações na estrutura política do Império. A reorganização administrativa do Império só iria ocorrer depois de um período de anarquia militar, com Diocleciano (284-305) e, sobretudo, Constantino (306-337). A partir daí, “O imperador já não é um *princeps*, o primeiro dos cidadãos, mas um senhor, o *dominus* do Império; ao principado sucede-se o dominato. O seu poder é absoluto; é divinizado; encarna a *res publica*; dispõe de todos os poderes, sem outro controlo senão o dos seus conselheiros; legisla só.” (GILISSEN, 1995, p. 84)

Durante o governo de Constantino, a religião cristã é reconhecida oficialmente (Édito de Milão em 313). Tal reconhecimento dá início à organização da Igreja Católica, “no quadro político e administrativo do Império Romano” (GILISSEN, 1995, p. 84). Este imperador também funda uma nova capital, Constantinopla. A partir daí, o Império Romano divide-se em dois: o do Ocidente, com sede em Roma, e o do Oriente, sediado em Bizâncio. O primeiro sucumbe no século V, e o segundo sobrevive até ao século XV.

O marco temporal do final do período do Baixo Império e início do Império Bizantino é o governo de Justiniano (527-565).

4 Fontes do Direito Romano

4.1 Costume

Como todo direito arcaico, em suas origens, o antigo direito romano é essencialmente consuetudinário (*mos maiorum, consuetudo*). São costumes de cada família e de cada clã, sobretudo referidos ao casamento e ao nome. "Direito e religião ainda não estão diferenciados, em todo o caso não há diferença entre o direito sagrado e o direito secular. Eram apenas os sacerdotes - os pontífices - que conheciam as formas rituais e as interpretavam. Guardaram este segredo até 300-250 aC." (GILISSEN, 1989, p. 85)

Como não houve redução a escrito, é um direito pouco conhecido. Todavia, encontram-se vestígios deles na Lei das XII Tábuas¹³, nas *leges regiae* (leis reais), nos éditos dos magistrados e nos escritos dos jurisconsultos.

Apesar de suplantado por outras fontes do direito, mesmo na época clássica, o costume permanece como tal. Muitos juristas, por exemplo, Gaius e Papiniano, não o consideram mais como fonte e sim como um fato¹⁴.

Apesar da expansão territorial do império, verificou-se que em inúmeras regiões não ocorreu a adesão ao *ius civile*. Depois do Édito de Caracala (212), que estabelecia teoricamente a cidadania romana para todos os habitantes do império, observou-se que apenas algumas cidades aplicavam tal direito, permanecendo em vigor nas regiões rurais os usos locais (*consuetudines loci* ou *regionis*). (GILISSEN, 1989, p. 87)

4.2 Legislação

Na época da realeza e início da república, diz John Gilissen, parece não ter havido atividade legislativa, muito embora a tradição tenha denominado de leis, decisões tomadas pelo rei na qualidade de chefe religioso. Muito mais que leis, eram costumes, redigidos em época tardia e atribuídos a reis lendários. (GILISSEN, 1989, p. 85)

Sob a República, a *lex*, um ato emanado das autoridades públicas e formulado como regra obrigatória, feita a pedido do magistrado, começa a entrar em concorrência com o costume como fonte do direito. Neste caso, o termo *lex* é empregado num sentido bastante próximo da noção atual de lei.

Apenas os magistrados superiores – cônsules, pretores, tribunos, ditadores – tinham a iniciativa delas; propunham um texto (*rogatio*) que era afixado (*promulgatio*) durante um certo tempo. O voto tinha lugar num dos comícios: comícios curiais, bastante excepcionalmente, no início; comícios centuriais, sobretudo nos séculos V e IV aC; comícios das tribos desde a *lex Hortensia* (287 aC). O magistrado que tinha proposto a lei, defendia o seu projecto por vezes emendado, perante a assembleia; esta não podia senão aceitá-la ou rejeitá-la. Se a aceitasse, o magistrado que presidia à assembleia, promulgava-a (*renuntiatio*); mas podia também suspender o voto, sobretudo por motivos religiosos, e assim impedir a aprovação (*obnuntiatio*). (GILISSEN, 1989, p. 85)

O autor conclui que o papel dos magistrados, diferente do dos comícios - indispensável, mas acessório -, era decisivo. Também era vital o acordo dos senadores (*auctoritas patrum*), inicialmente ratificando a votação dos comícios e, posteriormente (339 aC), autorizando a votação.

Se a República legislou pouco - sobretudo sobre matérias políticas, econômicas e sociais e não no domínio do direito privado - como fonte do direito, o papel da legislação é crescente na história romana. Ela é constituída sucessivamente pelas *leges*, pelos *senatus-consultos* e, sobretudo pelas

constituições imperiais. As primeiras, emanadas dos magistrados e assembleias populares, foram a única forma de legislação no final da República e início do Império. Desapareceriam com o declínio dos comícios, não se encontrando qualquer vestígio após o século I. Após este período, o poder legislativo passa para o Senado e a atividade legislativa manifesta-se, então, sob a forma de *senatus-consultos*. Este último já intervinha no processo legislativo desde o período republicano, através do *autoritas patrum*. “No fim da República e início do principado, o papel do Senado no domínio legislativo continuou ainda indirecto; ele limitava-se a interpretar o direito em vigor ou a convidar os magistrados, sobretudo os pretores, a usar do seu *ius edicendi* para introduzir regras novas” (GILISSEN, 1989, p. 88). Com o imperador Adriano (117-138) a atividade legislativa deste órgão é oficialmente reconhecida, ao mesmo tempo em que fica à mercê do imperador: só o imperador ou um magistrado dele dependente possuem a iniciativa para propor um projeto, cabendo ao Senado apenas a sua ratificação. Na fase final desse século, tendo sido eliminado o Senado, constata-se a curta duração da sua função legislativa.

O Imperador tornou-se progressivamente o único órgão legislativo. Embora Augusto e os seus primeiros sucessores tenham recusado oficialmente o poder legislativo que lhes era oferecido, eles tinham, no entanto, exercido este poder de facto; a partir do ano 13 depois de Cristo, o Senado reconheceu a força obrigatória dos éditos deliberados em conselho imperial (GILISSEN, 1989, p. 89).

A partir do século II, a legislação imperial, baseada na *auctoritas principis*, torna-se cada vez mais abundante.

Ulpiano, pouco depois, dirá que a constituição imperial tem a mesma autoridade que a lei (no sentido da *lex* da época republicana); *quod principi placuit, legis habet vigorem* (D. 1,4,1 pr.), adágio que será muitas vezes retomado pelos príncipes legisladores do fim da Idade Média e dos tempos modernos (GILISSEN, 1989, p. 89).

Existiam vários tipos de legislações ou constituições imperiais elaboradas pelo rei ou mesmo pelo seu conselho, variando conforme a sua autoridade. Gilissen (1989, p. 89) distingue quatro categorias: éditos, decretos, rescritos e instruções. Os éditos (*edicta*) são leis gerais, vigentes em todo império. Os decretos (*decreta*) são julgamentos que acabaram por constituir-se em precedentes obrigatórios aos juízes inferiores. Os rescritos (*rescripta*) são em respostas a questões formuladas por funcionários, magistrados ou particulares sobre pontos de direito, que acabaram por suplantarem progressivamente os rescritos dos jurisconsultos. Por último, existiam as instruções (*mandata*) em matéria administrativa e fiscal, dirigidas aos governadores de províncias.

4.3 Éditos dos Pretores

Os magistrados encarregados da jurisdição (pretors, *edis curvis*, governadores de províncias), quando da sua entrada em funções, proclamavam a forma como iriam “exercer essas funções, nomeadamente em que casos eles organizariam um processo, atribuindo uma acção ao queixoso” (GILISSEN, 1989, p. 89-90). Estas proclamações (*e-dicere, edictum*) que no início eram orais, acabaram tornando-se escritas; repetindo-se de uma magistratura para outra, acabaram por transformar-se em regras permanentes de direito.

Há que salientar que os éditos dos pretors são uma fonte de direito especificamente romana, sem paralelo em qualquer outro sistema jurídico. Com eles, o pretor, ao reconhecer e proclamar a existência de uma acção, de um meio processual, reconhece a existência de um direito.

Surge, assim, um direito pretoriano que além de preencher as lacunas do *ius civile*, constituído pelos costumes e pelas *leges*, cria novas regras de direito, permitindo “adaptar o direito à evolução considerável que a sociedade romana tinha sofrido nos séculos III e II antes de Cristo. O direito pretoriano não está reservado apenas aos *cives Romanos*, mas abrangia os *peregrini*” (GILISSEN, 1989, p. 90).

Antônio Manuel Hespanha lembra a importância das poucas leis existentes para o desenvolvimento desse sistema mais completo e maleável de acções. Os pretors,

Inicialmente socorrem-se dos seus poderes de magistrados (*imperium*), dando às partes *ordens* que modificavam as circunstâncias de facto e que, por isso, excluía a aplicação de uma norma indesejável ou possibilitavam a aplicação de outra mais adequada à justiça material do caso. (HESPANHA, 2005, p. 124)

Ordens deste tipo, criavam situações de fato que alteram os pressupostos de aplicação do direito. Eram elas as *stipulationes praetoriae* (efetivação de promessas forçadas pelo pretor), as *restitutiones in integrum* (ordem de reposição do estado anterior), as *missiones in possessionem* (entregas forçadas), os *interdicta* (proibições de agir ou ordens de exhibir ou restituir).

A partir de 149 aC, com a *Lex Aebutia de formulis*, o pretor adquire a competência para criar ações não previstas na lei (*actiones praetoriae*).

Cada acção consiste numa *formula*, espécie de programa de averiguação dos factos e de sua valorização jurídica. A partir daí, é a fórmula específica de cada situação, e não a lei, que dita a solução para o caso em análise. Com isto, a jurisprudência dos pretores autonomiza-se completamente das leis e torna-se uma fonte imediata de direito. (HESPANHA, 2005, p. 124)

Em torno do século II, com a codificação das ações do direito pretório (*Edictum perpetuum* de 125-138 d.C), é completada a tarefa de renovação do velho *ius civile*. A codificação¹⁵ pretoriana inaugura uma fase com características casuísticas, ficando o magistrado "bastante livre para imaginar soluções específicas para cada situação." (HESPANHA, 2005, p. 125)

4.3.1 O *ius gentium*

De acordo com Alfonso Ruiz Miguel, o segundo legado do Direito romano está relacionado com o Direito internacional. O *ius gentium* - conjunto de regras recolhidas em um Édito pelo pretor peregrino¹⁶ - foi um produto concreto lentamente originado a partir de necessidades práticas. O direito estabelecido pelos Éditos desses pretores aplicava-se aos estrangeiros que habitavam o território romano regulando os atos jurídicos comerciais e familiares deles além de suas relações com os cidadãos romanos.

Apesar de mais adiante a expressão terminar identificando o Direito internacional público, o *ius gentium* romano, esteve mais perto, se é o caso, do Direito internacional privado, pois era também Direito interno romano, se bem que em vez de regras de conflito estabelecia regras próprias diretamente aplicáveis consideradas comuns a todos os povos (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 68).

O conteúdo das regras do *ius gentium* foi em grande medida extraído do próprio Direito romano, simplificando muitas de suas fórmulas e procedimentos a fim de estender as instituições jurídicas romanas aos estrangeiros. Ele articulava-se em torno de quatro contratos fundamentais: compra e venda, arrendamento, sociedade e mandato, e em torno de três princípios reitores, o consensualismo, a boa fé e a reciprocidade (Cf. SCHIAVONE *apud* RUIZ MIGUEL, 2002, p. 68).

Também foram levados em conta costumes comuns aos povos não romanos, principalmente os dos povos mediterrâneos, de tal modo que, por exemplo, a escravidão foi considerada uma instituição de *ius gentium*.

4.4 Jurisprudência ou escritos dos jurisperitos

O direito pretoriano relaciona-se diretamente à atividade dos juristas. São as características deste direito que explicam o desenvolvimento da produção literária destes últimos, dedicados à prática de aconselhar as partes e ao pretor em casos reais e às vezes hipotéticos.

Designam-se a si mesmos de técnicos na distinção entre o justo e o injusto, sabedores práticos do direito (*iuris-prudentes*) e produzem, na época áurea da sua actividade (entre 130 aC e 230 dC), centenas de milhares de páginas de consultas e opiniões, de resoluções de questões, de regras de direito, de comentários ao édito do pretor. (HESPANHA, 2005, p. 125)

Este conhecimento, a jurisprudência, aproxima-se mais ao que nas línguas novilatinas é conhecido como doutrina. Nelas, a expressão jurisprudência designa o conjunto das decisões judiciais, enquanto o termo inglês *jurisprudence* aproxima-se mais ao significado oriundo do direito romano. (GILISSEN, 1989, p. 90)

O significado da atividade dos jurisconsultos no processo altera-se quando, a partir de Augusto, o imperador concede a alguns deles o benefício (*beneficium*) do *ius respondendi ex auctoritate principis*, o direito de resposta sob a autoridade do príncipe. Apesar deste benefício, as respostas às consultas jurídicas, ou as *responsa*, continuavam a ser eminentemente privadas, sem valor oficial, o que só iria modificar-se a partir do imperador Adriano, que obriga os juízes no caso de unanimidade dos juristas autorizados. (GILISSEN, 1989, p. 90)

Na época clássica do direito romano, muito embora o seu carácter privado, tais escritos constituíram uma verdadeira fonte do direito. Isto não só pelos seus comentários aos textos legislativos e aos éditos dos pretores, mas também pelas soluções apresentadas às lacunas do direito. John Gilissen ainda considera que os jurisconsultos elaboraram uma verdadeira ciência do direito, tal a abundância de matérias tratadas, e a construção lógica das suas obras.

Esta aparece nos séculos II e I antes de Cristo, mas o seu apogeu situa-se nos séculos II e III da nossa era; são conhecidos uns sessenta jurisconsultos desta época, dos quais cerca de metade teria obtido o *ius respondendi* do imperador; as suas obras chegaram até nós apenas pelos fragmentos recolhidos no Digesto de Justiniano. Apenas as *Institutiones* de Gaio, cerca de 160, foram encontradas (só em 1816) quase inteiramente; é uma obra de carácter didáctico, que expõe de maneira simples o conjunto do direito privado moderno. (GILISSEN, 1989, p. 91)

Em sua análise a respeito da jurisprudência romana, Alfonso Ruiz Miguel afirma que enquanto estudo do Direito, provavelmente ela surgiu antes da elaboração da Lei das XII Tábuas. Através de uma longa evolução “desde a unidade inicial entre religião, magia e pontífices”, a jurisprudência se laiciza no século III aC. Esta situação é marcada pela chegada ao cargo de Pontífice Máximo de um plebeu (Tibério Coruncário). (SCHIAVONE apud RUIZ MIGUEL, 2002, p. 58)

A maturidade da jurisprudência romana é alcançada em meados do século II aC, quando ela apresenta-se como um saber autônomo com respeito à religião e à política. Nesse momento, ocorre uma “revolução intelectual” marcada pela passagem da oralidade à escritura, e pela utilização de conceitos jurídicos abstratos no marco das técnicas classificatórias da dialética (SCHIAVONE apud RUIZ MIGUEL, 2002, p. 58). A partir de então, costuma-se dividir a evolução da jurisprudência em três períodos:

1º. Período **republicano**: inicia-se com a queda de Cartago (146 aC) e vai até Augusto (27 aC). Destacam-se juristas tais como: Manlius Manilius, Marco Junio Bruto e Publio e Quinto Mucio Scaevola.

2º. Período **clássico**: desde Augusto até a morte do imperador Alexandre Severo (ano 235). A partir dessa data começa uma época de anarquia militar que dura até Diocleciano (ano 284). Destacam-se nesse período juristas como: Labeón, Sabino, Casio e Prócuro e outros – conhecidos como divulgadores – como Pomponio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Gaio. Considera-se que o último dos jurisprudentes romanos foi Modestino, que morre pouco depois de Alexandre Severo.

3º. Período **pós-clássico**: desde o último terço do século III até o último terço do século VI, quando ocorre a morte de Justiniano. Nesse período desaparecem os jurisprudentes propriamente ditos, substituídos por “juristas-burocratas” a serviço do Imperador. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 58-9)

Inicialmente, os jurisprudentes ou jurisconsultos tiveram uma função relacionada ao Direito privado, sem carácter público ou oficial, e gratuita – como expressão da nobreza de sua atividade¹⁷.

No tipo de processo civil romano desenvolvido antes do período pós-clássico, os jurisprudentes intervinham somente de modo indireto. Inicialmente eram meros consultores jurídicos das partes, com o tempo, seus pareceres (*responsa*) para resolver os diferentes casos concretos adquiriram grande autoridade, chegando a ser aceitos pelo pretor como soluções que possibilitavam ações

para litigar em assuntos novos. Um pouco mais adiante ainda, os jurisprudentes acabaram por atuar de fato como membros do *consilium* do pretor que operava como órgão não oficial, mas influente.

Em todas as fases, os jurisprudentes constituíam-se num grupo seletivo de conhecedores do Direito que transmitiam seu saber de modo direto a discípulos. No século I a.C., no fim da época da jurisprudência republicana, objetivando facilitar o ensino, sistematizaram partes específicas do Direito civil, através da aplicação específica do método da dialética grega. Preocupavam-se em analisar determinados temas através de divisões de gêneros e espécies, por exemplo, dividiam as garantias jurídicas em pessoais (como a fiança) e reais e estas últimas em *fidúcia*, *pignus* (penhor) e *hypotheca* (hipoteca); também se observa a sistematização na tripartição efetivada por Gayo nas *Institutiones*, entre pessoas, coisas e ações. Todavia, com exceção de textos dedicados ao ensino (*Institutiones* de Gayo), a sistematização não afetou ao conjunto do Direito civil. Este continuou a ser ordenado segundo critérios arcaicos, sem classificações, exceto em partes muito concretas, limitando-se a instituições particulares (tipos de tutela, de furto, de posse, de ações, etc.).¹⁸ (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 61)

A jurisprudência republicana se diferencia da clássica por duas razões, diz Alfonso Ruiz Miguel. Primeiramente, desde Augusto ou Tibério, foi concedido aos jurisconsultos mais ilustres o direito de emitir *responsae* por autoridade do príncipe (*ius respondendi ex auctoritate principis*). Ainda que especialistas discutam o verdadeiro alcance dessa medida, aparentemente estes jurisconsultos teriam adquirido uma faculdade oficial de decidir questões de direito: se ficasse provada a questão de fato, o juiz ficaria obrigado a ditar a sentença conforme ao *responsum*. A partir de Adriano, o juiz somente ficaria obrigado em caso de ambas as partes apresentarem *responsa* coincidentes, o que começa a ocorrer com cada vez menor frequência. A segunda razão é mais vital e diz respeito ao processo de obtenção da regra. Enquanto no período republicano ela era obtida por dedução do sistema dialético de gêneros e espécies, no período clássico ela era obtida por indução, "diretamente do que se considerava justo no caso concreto", apresentando-se como provável ou plausível e não como categórica (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 62).

Mas o mais significativo no referente às diferenças desta fonte, num e noutro período, é sua estreita relação com a prática, solucionando casos concretos. Mesmo que não faltassem obras em certa medida sistemáticas, considera Alfonso Ruiz Miguel, ser "um trabalho que se caracteriza adequadamente como concreto e casuístico, melhor que como abstrato e generalizador, ou também, como tópico ou problemático, melhor que como analítico e sistemático". (VIEHWEG apud RUIZ MIGUEL, 2002, p. 62). Este modo casuístico de considerar e ensinar o direito pode ser relacionado à concepção romana de Direito subjacente, um direito que não foi expressamente formulado, nem teorizado.

Ainda partindo de determinados conceitos básicos (compra e venda, arrendamento, penhor) e ainda assumindo o valor jurídico de determinadas fontes do direito (*mores maiorum* ou costumes, XII Tábuas, *edicta*, *senatusconsulta*, *leges*, opiniões dos jurisconsultos, etc, segundo diferentes épocas), os jurisprudentes romanos não tomaram o direito como um dogma, considerando-o um corpo fechado a modo de um conjunto unitário, coerente e completo. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 63)

Assim, o conjunto do *ius civile* pode ser tido como um conjunto de critérios, modificáveis e integráveis através de uma interpretação.

É esta função predominantemente prática da jurisprudência – uma forma de assessoramento privado na fase republicana e público na fase clássica – que fazem com que Alfonso Ruiz Miguel considere que o *ius* romano não seja normativo, no sentido de ligado à noção de lei como norma vinculante do poder político, e sim um acervo de soluções para conflitos concretos.

A partir de 235, com o início da fase da jurisprudência pós-clássica, começa a ocorrer um processo de decadência dos estudos jurídicos e também do próprio Direito que pode ser considerada paralelamente a decadência do Império Romano Ocidental. No período, o processo (*cognitio extra ordinem*) concentrou-se num só órgão, desaparecendo o pretor e o juiz, e mesmo, a independência do jurista.

O centralismo do *dominato* faz com que os jurisprudentes sejam funcionários encarregados de garantir a uniformidade e a submissão de todos ao poder central. Podem também, como dito,

ajudar na feitura da legislação imperial. Desenvolvendo-se agora dentro da burocracia, é possível criar escolas de direito despersonalizadas, que preparam para a carreira burocrática: algumas serão notáveis, oficiais e públicas, como Constantinopla e Berito (Beirute) cuja influência no Oriente dura muitos séculos, ao lado de Roma e Alexandria. No Dominato, o papel da legislação imperial é crescente e o dos juristas deixa de ser somente o de dar conselhos aos pretores, aos juízes e às partes para ser especialmente assessorar o príncipe ou imperador. (LOPES, 2000, p. 56)

Assim, são abaladas as características da rigurosidade do direito - que para a sua prática exigia uma grande formação lingüística, cultural e jurídica -, e a do casuísmo, que impedia uma produtividade em massa. O predomínio das leis imperiais (*constitutiones principum*), junto com a ênfase em um direito cada vez mais administrativo, ocorrem como consequência da ampliação do Império, da falta de técnicos de direito em regiões onde a atuação dos pretores urbanos não se fazia sentir. Assim é que,

De um saber de uma elite cultivada numa longa tradição intelectual passou para uma técnica burocrática de aplicação, mais ou menos mecânica, de ordens do poder. Ganha em generalidade e automatismo aquilo que perde em fineza casuística e apuramento intelectual. Dizer o direito torna-se numa actividade menos exigente e mais simplificada, acessível mesmo aos leigos. O saber jurídico perde o rigor e a profundidade de análise. O direito vulgariza-se. Esta vulgarização mais pronunciada nas províncias, em virtude das corruptelas provocadas pela influência dos direitos locais. Aí, forma-se um direito romano vulgar (*Vulgarrecht*), que está para o direito romano clássico como as línguas novilatinas ou românicas para o latim. (HESPANHA, 2005, pp. 125-126)

No plano da ciência jurídica, esse processo de declínio inicia com a atuação do jurisconsulto Modestino, que termina o *ius respondendi ex auctoritate principis*, abrindo caminho para a fase de *burocratização dos juristas*. Já em torno dos séculos II e III, na segunda metade da fase da jurisprudência clássica, alguns jurisconsultos (como Gaio, Juliano e Papiniano) haviam começado a defender a idéia de que a fonte jurídica por excelência era a lei derivada do *imperium* do *populus*. Essa idéia termina com a famosa doutrina de Ulpiano da vontade do príncipe como fonte da lei¹⁹. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 70)

Com essa tendência, tem início o Direito romano bizantino, que estabelece claramente a diferença entre a interpretação jurídica do imperador, a única autêntica e vinculante, e a interpretação doutrinal, dos juristas, que carece de obrigatoriedade.

Em particular, já desde Constantino, o imperador reservou exclusivamente para si a interpretação inovadora do *ius* e em algumas constituições imperiais do século V é tachado de infâmia a atividade de 'interpretar astutamente' o Direito por particulares e juizes. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 70)

Para Alfonso Ruiz Miguel, a concepção que acaba por predominar no período pós-clássico é "quase" plenamente legislativa ou legalista. Por ela, o Direito é sobretudo um conjunto de textos previamente existentes para o jurista que, como consultor ou aplicador, está subordinado ao imperador. O autor ressalta que o "quase", deve-se a que a jurisprudência dos juristas clássicos (*iura*), de caráter eminentemente privado, não foi alterada no período bizantino, já que as leis imperiais não modificaram suas soluções jurídicas. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 71)

Nas escolas jurídicas pós-clássicas dos séculos V e VI, irá desenvolver-se uma sistematização dialética do material jurídico de acordo com a classificação de gêneros e espécies, introduzindo-se nas fontes numerosas *regulae*, *definitiones*, *differentiae* e *distinctiones*, que não chegaram a elaborar um verdadeiro sistema fechado que possibilitasse soluções unívocas para todos os problemas, mas que contribuíram para preparar essa solução.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., é possível afirmar que em sua origem, o direito pretoriano representava apenas uma forma supletiva da ordem jurídica vigente, servia para ajudar, suprir ou corrigir o direito civil (*adjuvandi vel suplendi vel corrigendi juris civilis gratia*). O édito, fonte que continha este direito, não apresentava proposições jurídicas materiais, e sim, "esquemas de ação para determinados fatos-tipos" ou fórmulas para a condução dos processos. É assim que determinadas regras, ausentes no édito, deveriam ser preenchidas no caso de uma aplicação prática. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 56-57)

É assim que o início de uma teoria jurídica entre os romanos, diz Ferraz Júnior, deu-se com os *responsa*. As primeiras denotavam um baixo nível de argumentação, isto é, no tocante ao vínculo lógico de premissas e conclusões: apoiavam suas decisões em autoridades e personalidades reconhecidas. A acumulação gradativa das *responsae* e seu conseqüente entrelaçamento leva à especificação das premissas, às justificações fortalecedoras das opiniões, enfim, ao desenvolvimento de *principia e regulae*.

Instrumentos técnicos gregos possibilitam a Ferraz Júnior ensaiar uma descrição deste modo de teorizar o direito, entre elas, a *fronesis*. Considerada como um tipo de sabedoria pela filosofia grega, era uma virtude do homem prudente e vinculava-se à capacidade de apreciar situações, tomando, ao final, decisões.²⁰ Para o seu desenvolvimento, era necessário o desenvolvimento da "arte no trato e no confronto de opiniões", capazes de expor as situações. Aristóteles a menciona com o nome de *dialética*. "*Dialéticos*, segundo o filósofo, eram discursos somente verbais, mas suficientes para fundar um diálogo coerente – o discurso comum." (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 57) Através dela era possível chegar-se aos primeiros princípios da ciência: era uma espécie de "lógica da verdade procurada" (AUBENQUE apud FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 57-58)

O saber, que surge através do uso da dialética no desenvolvimento do pensamento prudencial, possui um caráter eminentemente prático. Apesar disto, ele originou definições duradouras e critérios diferenciadores para situações diversas surgidas com os conflitos jurídicos. Aparecem as técnicas dicotômicas de construção de conceitos "quase sempre introduzidas sob a forma de *pares*, como, por exemplo, *actio in rem e actio in personam, res corporales e res incorporales, jus publicum e jus provatum* – técnica esta mais tarde denominada *divisio*, a qual não foi um produto pura e simplesmente da sua práxis, mas teve alguma influência dos modelos gregos, como os modelos produzidos pela Gramática." (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 58-59)

De acordo com Niklas Luhmann (apud FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 60), este tipo de pensamento promove uma transformação nas pretensões normativas. Se nas sociedades primitivas elas tinham caráter imediato - no sentido de que existem apenas duas opções para os indivíduos, estar de acordo com o direito ou ser excluído da sociedade -, com o desenvolvimento desta fonte do direito, criavam-se possibilidades para que o comportamento desviante também tivesse lugar, possibilitando ao delinqüente uma argumentação com base em seus valores.

Para que isto fosse possível, por sua vez, o direito teria de alcançar, como de fato pouco a pouco alcançou, **um nível de abstração maior**, tornando-se um regulativo abstrato capaz de acolher indagações a respeito de divergentes pretensões jurídicas. Ou seja, o direito assumiu a forma de um programa decisório onde eram formuladas as condições para uma decisão correta, princípios, figuras retóricas, meios de interpretação, instrumentos de persuasão etc. Socialmente, ele se separa do próprio direito e permite, então, que o direito em si não seja visto sob a forma de luta, como uma espécie de guerra entre o bem e o mal, mas como uma ordem reguladora dotada de validade para todos, em nome da qual se discute e se argumenta. Em outras palavras, as figuras construtivas da dogmática nascente deixam de ser parte imanente da ordem jurídica para serem mediação entre esta e as decisões concretas (cf. Luhmann, 1972: 179-81) (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 60)

Em resumo, este tipo de pensamento possibilitou o afastamento da criação do direito da concretude dos eventos, e sua aproximação às normas tidas como critérios para um julgamento posterior, tendo em vista os fatos.

Quanto à função política da prudência, conforme Hannah Arendt (apud FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 60), é preciso lembrar que a noção de autoridade como fundamento legitimador é uma descoberta dos romanos. Para o romano, a participação na política significava preservar a fundação de Roma, fato originário da cultura romana. Com a expansão imperial, ocorre a ampliação de Roma e não a fundação de novas cidades. A palavra *auctoritas*, derivada de *augere*, significa aumentar a fundação.

A diferença entre *potestas* de *auctoritas*, estabelecida pelos romanos, residia em que enquanto a primeira tinha uma prospecção futura, a segunda estava ligada ao passado.

Ora, a força coerciva da autoridade, nos diz H. Arendt citando Mommsen, estava ligada à força religiosa dos *auspices*, os quais, ao contrário dos oráculos gregos, não sugeriam o curso objetivo dos eventos futuros, mas revelavam apenas a confirmação ou desaprovação dos deuses para as decisões dos homens. Os deuses romanos não determinavam o que os homens fariam, mas apenas aumentavam, isto é, engrandeciam as ações humanas. Assim, tinham autoridade

aqueles que eram capazes de arcar com o peso de aumentar a fundação. Daí a importante noção romana de *gravitas*, traço proeminente de seus juristas (cf. ARENDT, 1972: 165). (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 61)

O jurista era respeitado pela sua *gravitas*, isto é, pela sua proximidade com a autoridade dos antepassados. "Entende-se, por isso, que a teoria jurídica romana não era exatamente uma contemplação no sentido grego (*theoria*), mas, antes, a manifestação autoritária dos exemplos e dos feitos dos antepassados e dos costumes daí derivados." (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 60-1). É assim que a jurisprudência romana deve ser entendida, também como um instrumento de preservação da comunidade, seja no sentido de autoridade, seja propiciando uma ampla integração social.

5 O *Corpus Iuris Civilis* e o deslocamento das fontes

Entre o governo dos imperadores Constantino e Justiniano (séculos IV à VI), desenvolve-se o direito romano do Baixo Império. "Período de decadência política e intelectual, de regressão econômica. O cristianismo, sob a influência de idéias morais e religiosas vindas do Oriente, transformará numerosos princípios do direito privado. Instituições novas, que anunciam o feudalismo começam a aparecer" (GILISSEN, 1995, p. 91). Paralelamente à sobrevivência de um direito romano clássico na jurisprudência e nas recolhas de constituições imperiais, surgem costumes novos, algumas vezes fixados nas legislações, conhecido como "direito vulgar".

A legislação, agora tarefa dos imperadores, passa a ser a principal fonte do direito. Ela é coligida nos primeiros esforços de codificação que começam a ocorrer no período. Mais que códigos legislativos, são "consolidações temáticas de fontes". As primeiras consolidações (*Codex Gregorianus* - 291 e *Codex Hermogenianus* - 295) são elaboradas por professores e abordam temas de direito privado. Elas também tinham como função, corrigir e evidenciar o grau de importância da jurisprudência elaborada no período clássico: no ano de 426, em Ravena, Valentiniano III expede a "lei das citações", que indicava a hierarquia dos juristas e com isto, aqueles que poderiam ser citados. (LOPES, 2000, p. 56)

No Oriente, surge a primeira recolha oficial, o Código Teodosiano (438). Organizada por ordem do imperador Teodósio II, destinava-se a conter o texto integral das constituições imperiais até então existentes. Finalmente publicada, a obra era mais modesta, compreendendo as constituições promulgadas desde Constantino (312). A publicação desse código marca a ruptura definitiva da unidade jurídica entre Ocidente e Oriente: "[...] no sucessivo, as leis promulgadas em uma parte do Império, para que sejam válidas na outra, devem ser comunicadas ao soberano desta e ser publicadas por ele. Pois bem, sobretudo o Ocidente, se abstém de enviar as novas leis para a outra parte do Império." (REMONDÓN, 1984, p. 140) Ali, este código sobreviveria à derrocada do Império, permanecendo em vigor até o século VI, sendo retomado em parte nas *Lex romana Visigothorum*, exercendo assim nos séculos seguintes uma influência indireta sobre a península ibérica. (GILISSEN, 1995, p. 92)

É assim que o processo de decadência do direito romano manifestou-se de modo diverso nas partes ocidental e oriental do Império. Considerando que a separação do Império começou de fato em 286, com Diocleciano, e oficializou-se com a morte de Teodósio em 395, no Ocidente a partir do século III, começa a desenvolver-se o fenômeno da "vulgarização" do Direito romano: a adaptação e simplificação do Direito clássico aos costumes locais das províncias romanas. Foi esse direito que permitiu uma certa continuidade histórica entre a Antiguidade e a Idade Média na Europa ocidental, tendo sido o substrato jurídico com base no qual se desenvolveram os povos germânicos que ocuparam os territórios do Império ocidental. Com a separação dos Impérios, e mais ainda depois da deposição do último imperador romano ocidental por Odoacro em 476, a cultura jurídica clássica passou para Bizâncio. Ali se produziu o fenômeno já indicado da burocratização e do predomínio da lei sobre o variado conjunto das fontes clássicas do Direito romano.

Nesta parte do Império, o direito clássico havia se deixado contaminar pelas influências culturais helenísticas e pelas particularidades locais. Muitos comentadores haviam passado a

escrever em grego, língua oficial da corte bizantina. "Em todo o caso, o gosto pela reflexão intelectual em matérias jurídicas não se perdeu, continuando a produção doutrinal dos juristas clássicos a ser apreciada." (HESPANHA, 2005, p. 126)

Para Alfonso Ruiz Miguel, o instante de glória do direito romano oriental foi a grande compilação realizada por Justiniano, entre 529 e 565, seja ela considerada como expressão suprema da decadência deste direito, seja contrastando com ela ou ainda, como momento em que estão evidentes suas "luzes e sombras históricas". (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 72)

A compilação era composta por quatro partes: 1) *Digesto* (ou "ordenações", do verbo "digerer", dividir, ordenar) ou *Pandectas* (seu significado difere do *Digesto*, significando "coleções de leis"): dezesseis juristas dirigidos por Triboniano compilaram de modo ordenado mais de 1500 livros dos jurisconsultos da época clássica, num notável trabalho de seleção e correção, considerando inválidos e indignos de citação os textos não aceitos; 2) as *Institutiones*, que tomando como base o modelo de Gaio têm a curiosa característica de ser uma obra didática de valor normativo; 3) o *Código* (*Códex*), que compilava constituições ou leis imperais desde Teodósio - substituindo o Código Teodosiano - até 534; e 4) as *Novelas* (*Novellae* ou leis novas) onde são recolhidas as novas leis ditadas pelo próprio Justiniano entre 534 e 565, depois da publicação do seu *Códex*.

Uma condição técnica possibilitou essa compilação: a mudança no meio de escritura. A partir do século II, os característicos rolos, de até nove metros de folhas de papiro coladas entre si, começaram a ser substituídos pelos códigos, palavra que originariamente designava a um conjunto de peles de animal costuradas a mão, isto é, o livro, escritos a mão até a invenção da imprensa. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 72)

A partir do século XVI a recolha de Justiniano passou a ser denominada de *Corpus iuris civilis*. Não se trata propriamente de um *corpus* no sentido de um sistema codificado ou código semelhante aos atuais, nem em conjunto, nem em cada uma de suas obras (excetuando as *Institutiones*, com um caráter sistemático maior). Materialmente, ela foi expressão de um modo já legalista e burocratizado de entender o direito, modo refletido em três significativos preceitos que a circundaram. Em primeiro lugar, todas as normas e critérios não incluídos na compilação eram declaradas inválidas, o que sancionava o princípio da prioridade da lei posterior sobre o princípio consuetudinário da prioridade do costume mais antigo. O segundo preceito decorre da proibição de Justiniano de que a compilação fosse interpretada. Tal proibição "pretendia dar a vontade do soberano uma primazia completa sobre o critério do aplicador e já antecipa a visão de Montesquieu do juiz como mera boca que pronuncia as palavras da lei". Por último, a proibição estabelecida no *Codex* da obrigatoriedade dos precedentes judiciais, estabelecia uma relação de respeito com os textos legais. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 73)

O código justinianeu acabou por transformar-se na base jurídica do Império bizantino - que subsistiu até o século XV - muito embora tivesse perdido importância como direito aplicável. Nos séculos seguintes, ele sofreria revisões que visavam sua simplificação e redução, tais como a *Écloga* (promulgada em 740 sob o imperador Leão, o Isauriano) e os *Basílicos* (fins do século IX, sob Leão, o Filósofo). "Resumos (a *Synopsis*, o *Tipoukeitos*) e manuais (ex.: o *Hexabibilos* de Harminopoulos), redigidos durante os últimos séculos do império bizantino, mostram o que subsistiu então do direito romano e que sobreviveu mesmo durante séculos na Grécia sob a dominação turca." (GILISSEN, 1995, p. 92)

Além disto, o *Corpus Iuris Civilis* acabou por constituir-se na memória medieval e moderna do direito, visto que grande parte das obras dos jurisconsultos clássicos existentes nas bibliotecas do Oriente Próximo (Beirute, Alexandria, Constantinopla), acabou por se perder, a partir da conquista árabe. Tendo em vista que o direito romano só funcionava como tal em Roma e que fora da cidade, nos extensos territórios incorporados, tal direito letrado e oficial tinha pouca aplicação, Hespanha conclui que a contribuição da *iurisprudencia* romana para a unificação dos direitos europeus, até aos dias de hoje, não deriva da difusão propiciada pelo Império, no seu período de apogeu e sim, do fato de ter se constituído em "um tesouro literário em que, mais tarde, se vieram a inspirar os juristas europeus" (HESPANHA, 2005, p. 125). O *Corpus* foi o instrumento através do qual o mundo conheceu este tesouro.

Por outro lado, este direito exerceria uma influência romanizante sobre as mais antigas redações de direito russo, do direito búlgaro e do direito romeno. (GILISSEN, 1995, p. 93)

6 O Direito Romano na Idade Média e o processo de monopolização da produção jurídica vinculado à formação do Estado absoluto

A partir do Baixo Império romano, com a mudança nas condições materiais e sociais da vida das pessoas e o desaparecimento gradativo das instituições de controvérsia, também a jurisprudência clássica foi desaparecendo²¹. "Todo o esforço de salvá-la é feito por homens que julgam seu próprio mundo como inferior em criatividade e sofisticação, mas que não têm como restaurar o passado, a não ser tentando conservar os textos."(LOPES, 2000, p. 57)

O declínio da influência da jurisprudência deixa evidenciar duas características: o direito deixa de ser uma solução casuística - extraído de fontes diversas - e a idéia da supremacia da lei como fonte da vontade do príncipe, de acordo com a qual, as decisões deste não estão submetidas à lei (*Princeps legibus solutus est*, isto é, o príncipe está *solto* ou *desligado*, de acordo com texto de Ulpiano no Digesto), passa a preponderar. Esta última tese, "sem dúvida ideológica e não lógica, de que quem dá as leis não pode estar submetido a elas, configurará depois a noção de soberania estatal, especialmente a partir de Bodin, já no século XVI, ou praticamente até nossos dias." (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 70)

Durante a Alta Idade Média, o direito romano, assim como toda cultura romana, havia sido substituído por costumes locais e pelo direito próprio das populações germânicas (bárbaras). A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, cada grupo social possuía um direito próprio, direito este, geralmente subordinado ao direito romano. Havia ao lado do direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas ou estatutário, o direito dos "reinos", não existindo nesse período um Estado centralizado o suficiente para pretender o monopólio do poder jurídico ou militar: "Sem exércitos nacionais, nada de direito nacional. Sem burocracia, nada de cortes de justiça uniformes. Assim, o ambiente normativo é plural: costumes diversos de região para região, de localidade para localidade; numa sociedade estamental e de ordens, também regras diversas para diferentes estamentos." Diferentemente do mundo islâmico ou dos povos não cristianizados (norte e leste da Europa), compartia-se o sentido da Cristandade, muito embora dividida em uma cristandade ocidental e latina e outra oriental e grega. (LOPES, 2000, p. 116-117)

A trajetória do código justiniano no Ocidente vincula-se diretamente à atuação da Cúria Pontifícia. Embora a península itálica, no século VI, tenha sido reconquistada momentaneamente por Justiniano, a extensão da vigência - decretada pelo próprio imperador pela *pragmatica sanctio pro petitione Vigili* - ocorre a pedido do papa Virgílio, em 554. É assim que não surpreende a sobrevivência material deste texto no local, apesar de não se ter certeza da fonte material originária.²²

Na fase de declínio do Império Romano, observa-se a romanização da Igreja Cristã que passa a ser a herdeira espiritual e política de Roma. Assumindo uma posição de instituição política, ela adota a distinção entre *auctoritas* e *potestas*, chamando para si a primeira e deixando para os príncipes seculares a segunda.

Neste sentido, a Igreja se romaniza ao fazer do nascimento, morte e ressurreição de Cristo a pedra angular de uma nova fundação, da qual os Apóstolos se tornam pais fundadores, transmitindo de geração a geração a tarefa de aumentar a fundação. Mas quando a Igreja se institucionaliza politicamente, após Constantino, ela tornando-se religião no sentido romano, enfrenta a influência avassaladora do pensamento grego que os romanos haviam romanizado, mas não absorvidos enquanto tal. Esta absorção vai ocorrer através dos filósofos cristãos, sobretudo de Santo Agostinho. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 62)

É assim que a redescoberta do texto de Justiniano, na Baixa Idade Média, ocorre em um ambiente cultural em que os homens letrados são em sua maioria, oriundos do mundo eclesiástico. No período, aqueles que pretendiam ler e escrever precisavam entrar para escolas conventuais, monásticas ou episcopais, locais em que havia uma grande familiaridade com os textos do passado. Ali eram preservados e ordenados em um "cânion de autoridade reconhecida", os textos das primeiras comunidades cristãs e dos padres gregos e latinos (a patrística). Tratava-se de um universo de textos de tradição e autoridade, e entre eles encontrava-se o *Corpus Iuris Civilis*. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 62)

A difusão do direito romano era justificada formalmente pelos juristas medievais com base em um fundamento de validade tradicional. Ele era o direito do Império Romano, reconstituído sob o nome de Sacro Império Romano. Tal raciocínio desconsidera a solução de continuidade ocorrida entre o Império Romano Oriental e o Ocidental. Todavia, diz Norberto Bobbio, o verdadeiro fundamento de validade do direito romano, naquele momento, decorrida de ser considerado como regra racionalmente fundada que exprimia a essência da razão jurídica, a *ratio scripta*.

Os juristas medievais, na sua ingênua e ilimitada admiração pelo direito romano – como de resto por tudo aquilo que era romano: basta lembrar o Virgílio de Dante – pensavam que a sabedoria jurídica romana não tivesse elaborado simplesmente um direito próprio de uma determinada *civitas*, mas tivesse enunciado normas jurídicas fundadas na natureza e na razão; assumiam assim, o direito romano como uma espécie de direito natural que, nos confrontos do direito natural, assim como é geralmente entendido, apresentava a grande vantagem de ser escrito e codificado em uma seleta legislativa. (BOBBIO, 1995, p. 30-1)

Através da sábia utilização da analogia e de outras técnicas hermenêuticas pelos intérpretes, as regras estabelecidas por este direito poderiam ser utilizadas para resolver todos os possíveis conflitos.

José Reinaldo de Lima Lopes observa no texto de Ubaldo (*Commentaria in Digestum Vetus*, Lião, 1572) um exemplo da interpenetração do modelo teórico-filosófico do direito natural na prática dos juristas medievais. Assim,

Quase todos os temas e respectivas regras e soluções são confrontados com a idéia de direito natural. Passa em revista o matrimônio (união de homem e mulher para procriar), os deveres recíprocos de prestação de ajuda ou alimentos entre pais e filhos indagando-se a cada ponto se é 'de direito natural', *v.g.*, que o filho alimente o pai, ou que os pais prestem socorro ao pródigo que dissipou sua fortuna, ou se a legítima dos filhos é de direito natural. Ao mesmo tempo quando existem leis (*estatutos civis*, isto é, das cidades) a propósito de algum tema, elas precisam ser consideradas sob o prisma da sua validade perante a razão: pode uma cidade legitimamente (validamente) proibir certos casamentos, já que o casamento (união livremente buscada) é de direito natural. (LOPES, 2000, p. 132)

De acordo com Franz Wieacker, o jurista medieval é um importante fator na futura vitória progressiva do Estado racional. Sua contribuição repousa não apenas na fundamentação jurídica que propiciam às pretensões de soberania dos príncipes, bem como na sua técnica formal de análise de textos e casos vinculados ao estilo argumentativo da retórica prudencial. Também, na medida em que a teoria jurídica passa a ser uma disciplina universitária, abre-se caminho para a objetivação do tratamento das questões públicas, neutralizando, em parte, as emoções e os interesses materiais. Todavia, a temática não atinge o direito privado, abarcando apenas as atividades diplomáticas e administrativas. (apud FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 63)

A relação de subordinação, dos inúmeros direitos da sociedade medieval ao direito romano, deve-se ao fato de que, nesse período, ele é considerado como um direito comum a todos os povos, já que era a expressão da própria razão.

Um conflito entre o Sacro Império Romano-Germânico e inicialmente os reinos (especialmente o da França), e depois as comunas, em que estas últimas buscavam autonomia e independência do primeiro, acabou por consolidar gradativamente o direito estatal. O direito comum vigora e tem aplicabilidade apenas com a *permissione principis*, isto é, quando for aprovado pelo soberano. "Tal processo ocorre lentamente, mas no século XIV um comentador dos estatutos comunais, o jurista Alberico da Rosato, afirmava: *Ubi cessat statutum habet locum jus civile*." (BOBBIO, 1995, p. 31)

Norberto Bobbio considera que a observação do modo como se chega à afirmação de um direito posto pelo Estado, no Império bizantino com Justiniano e na monarquia do século XVII, deixa evidenciar o processo de monopolização da produção jurídica, conexo à formação do Estado absoluto.

Se considerarmos a maneira pela qual se chega à afirmação do direito como posto pelo Estado, seja no Império bizantino, seja na monarquia do século XVII, notamos que este processo de monopolização da produção jurídica é estreitamente conexo à formação do Estado absoluto (daquele Estado em que, como diz a fórmula justiniana '*principes legibus solutus [est]*'). (BOBBIO, 1995, p. 31)

No caso deste último, apenas no final do século XVIII e princípio do século XIX, o conflito entre direito comum e direito estatal teve um termo final, representado pelas codificações. A partir daí há que se falar no surgimento da história do positivismo jurídico propriamente dito.

Na obra **Direito e Estado no pensamento**, de Emanuel Kant, o autor descreve o nascimento do Estado absoluto a partir da sociedade medieval, de caráter eminentemente pluralista. O pluralismo desta sociedade significava que o direito que a regulava organizava-se em ordenamentos jurídicos diversos e se originava de diferentes fontes de produção jurídica. De uma perspectiva de uma teoria geral das fontes, operavam na sociedade medieval, ao mesmo tempo, embora com diferentes graus de eficácia, vários fatos ou atos normativos constituintes de normatividade jurídica: o direito consuetudinário, derivado do costume, o direito legislativo, derivado da vontade da classe política que detém o poder supremo e o direito científico ou a tradição doutrinária e o direito jurisprudencial decorrente da atividade das cortes de justiça. (BOBBIO, 1984, p. 12)

Dentre as diversas fontes, havia as que eram originárias e autônomas, diferenciando-se em acima do *regnum* (Igreja e Império) e abaixo do *regnum* (feudos, comunas e corporações). Não existindo na sociedade um poder único, também não há um critério único de avaliação jurídica. É assim que as grandes monarquias absolutas do início da Idade Moderna irão formar-se, em oposição à sociedade particularista medieval, em um duplo processo de unificação. O primeiro processo diz respeito à unificação de todas as fontes de produção jurídica na Lei, expressão da vontade do soberano. Na medida em que se consolida a atribuição de efeitos jurídicos ao costume no caso deste ter sido estabelecido em lei, em que a ciência jurídica passa a ser considerada como um complexo de opiniões não vinculatórias e em que é reconhecida à jurisdição um poder secundário derivado da aplicação das normas legislativas, gradativamente desaparecem as fontes tradicionais do direito. O segundo processo envolve a unificação de todos os ordenamentos jurídicos no ordenamento jurídico estatal, expresso na vontade do príncipe. Para operar esta última unificação, foi necessário liberar as monarquias absolutas dos poderes superiores, representados pela Igreja ou pelo Império.

E de fato, as monarquias absolutas lutam em duas frentes: contra a supremacia da Igreja universal para a instituição das igrejas nacionais (a Inglaterra no século XVI); contra a supremacia do Império universal pela formação dos Estados nacionais (as guerras seculares da França contra o Império) [...] (BOBBIO, 1984, p. 12-13)

Ao lado desta liberação, ocorre também a absorção dos ordenamentos jurídicos inferiores, o que motivou um conflito do rei - contrário às autonomias comunais e aos privilégios das corporações - com os senhores feudais.

Em resumo, variando de acordo com a época e o local, pode-se observar ao final desse processo de unificação da sociedade medieval, do ponto de vista do direito, que a monarquia absoluta que surge é uma forma de Estado em que apenas o ordenamento jurídico estatal é reconhecido como tal. Especificamente quanto às fontes desse ordenamento, reconhece-se somente a originária da lei.

Nestas condições entende-se por que é possível dizer que o poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque tornou-se definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer *limites jurídicos* para o próprio poder. É um poder absoluto no sentido próprio da palavra, isto é, como *legibus solutus*. (BOBBIO, 1984, p. 12-13)

Dada esta relação entre direito e política, é possível afirmar o surgimento de uma compreensão do direito enquanto direito positivo e o abandono da compreensão desse enquanto direito natural. Não há outra ordem jurídica senão aquela que é produto de um poder capaz de fazer valer as normas por ele estabelecidas, recorrendo em última instância à força. É este o fundamento que passa a, habitualmente, diferenciar o direito da moral e do costume. (BOBBIO, 2000, p. 232-233)

Na discussão sobre o que diferencia a ordem jurídica estatal, da ordem emitida por um bando de ladrões, a questão que emerge é a de saber se aquele que decide em cada situação é o detentor de um poder de modo legítimo ou ilegítimo. Neste caso, a noção de legitimidade surge para justificar o poder político enquanto poder juridicamente fundado, diferenciando-o do poder de fato.

Apenas a referência a um princípio de legitimação faz do poder de impor deveres um direito e da obediência dos destinatários da imposição um dever, transforma uma relação de mera força em uma relação jurídica. Rousseau escreveu: 'O mais forte nunca seria suficientemente forte para ser sempre o senhor se não transformasse a sua força em direito e a obediência em dever.' (BOBBIO, 2000, p. 234-235)

A questão da legitimidade do poder vincula-se à questão da efetividade deste e também àquela que busca saber o que transforma um poder de fato em um poder de direito. A continuidade de um poder exclusivo sobre um determinado território nunca é um mero fato, e sim é o

[...] resultado de uma miríade de comportamentos orientados em direção à obediência e aceitação das normas estabelecidas pelos detentores do poder que não podem ser explicadas de modo determinista, como se fossem fatos naturais, mas devem ser interpretados nas suas motivações, entre as quais está certamente também a motivação da validade das normas do sistema. (BOBBIO, 2000, p. 234-235)

O caráter original e absoluto do poder, geralmente, está coligado ao conceito de soberania. No âmbito interno, este conceito designa a efetividade da força que faz com que as determinações das autoridades sejam observadas, mesmo que através da coação. Já no âmbito externo, expressa a não sujeição a determinados centros normativos. (HART apud FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 76)

Na perspectiva de um direito do soberano, a soberania apresenta o problema jurídico da legitimidade ou do fundamento do direito de exigir obediência e dos limites desse direito. Na época, ela era limitada pela idéia da soberania divina.

A *potestas* deriva-se dessa suprema *auctoritas*, interpretada conforme o ensinamento da Igreja que, por isso mesmo, atuou, na prática, como uma limitadora do poder político. De qualquer modo, porém, a concepção jurídica do poder, ensaiada pelos juristas medievais por meio de suas técnicas dogmáticas e fundada na noção de soberania, foi uma visão circular e eminentemente ética, no sentido de que o respeito à lei devia ser algo primário nas relações de governo: os objetivos do poder são o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder prescreve. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 64)

Já a teoria jurídica da Idade Moderna, especificamente do período entre os séculos XVII a XIX, tem como característica a influência dos sistemas racionais. Se o pensamento jurídico medieval foi dominado pela dupla *auctoritas* e *ratio*, e seu caráter dogmático assinalava o respeito aos textos que eram pontos-de-partida das séries argumentativas, o ideal clássico da ciência no período seguinte está ligado ao pensamento sistemático²³. Este pensamento faz uma correção formal da dedução e no caso da exegese jurídica a torna mais artificial e ao mesmo tempo mais livre. Na medida em que o humanismo renascentista modifica a legitimação do direito romano, "purificando e refinando o método da interpretação dos textos", estão abertas as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 65)

A transformação que se opera no conceito de soberania a partir de 1789 – seu princípio desloca-se do rei para a nação – irá permitir a conciliação de seu caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível com a divisão de poderes, dando origem a uma concepção autônoma do poder judiciário. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 76-77)

A progressiva separação entre política e direito foi parcialmente garantida pela teoria clássica da divisão dos poderes. Assim, ficou regulada a legitimidade da influência política da administração. Dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito, ela passou a ser totalmente aceita no Poder Legislativo e neutralizada no Poder Judiciário.

Todas estas transformações na teoria jurídica envolvem a sua secularização e o estabelecimento de uma teoria fundadora da possibilidade de convivência dos cidadãos com base em uma regulação genérica e abstrata do comportamento através de normas gerais. Observa-se a ruptura com a prudência romana e grega que haviam sobrevivido através da influência exercida pelo Cristianismo sobre a ordem jurídica medieval.

O processo de dessacralização do direito, visto como uma reconstrução pela razão sistemática das regras de convivência que ocorre a partir do Renascimento, é gradativamente assimilado ao fenômeno do Estado moderno, que passa a ser visto como uma reconstrução, pela razão das regras da convivência. O direito surge como um regulador racional, supra-nacional com capacidade para

operar em todas as circunstâncias, independentemente de divergências nacionais ou religiosas. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 70)

As explicações das transformações que se operaram no direito, a partir da Idade Moderna, não podem prescindir do dado de que no período esse abandonava a forma oral e se tornava cada vez mais um direito escrito. Tal transformação na técnica do direito ocorria para dar vazão ao aumento repentino da quantidade de leis fossem elas oficiais ou decretações de costumes. A esses fatos alia-se o surgimento da hierarquia das fontes, propiciada pela recepção do direito romano. Assim, elas passaram a diferenciar-se pela ordem em, leis, costumes e Direito Romano. (GILISSEN apud FERRAZ JÚNIOR, 1989).

Dentre as inúmeras conseqüências da fixação do direito em textos escritos, Ferraz Júnior lembra o acréscimo propiciado em matéria de segurança, na precisão de sua compreensão e também na consciência de seus limites. A disponibilidade das fontes é ampliada, base do surgimento das hierarquias. Se no início do período as fontes afirmavam a soberania do costume, do direito escrito sobre o não escrito, gradativamente a situação se inverte. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 76)

A situação político-jurídica no século XIX pode ser definida a partir do lugar privilegiado ocupado pela lei enquanto fonte do direito e pela concepção da ordem jurídica enquanto sistema normativo. Centralização organizada da legislação e surgimento de uma série de conceitos elaborados pela dogmática, entre eles a proibição da decisão *contra legem*, a oposição entre direito objetivo e subjetivo e a distinção entre governo e administração, vinculam-se ao fenômeno da positivação do direito, característico do período. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 78)

7 Conclusão

Examinar a forma como se deu o conhecimento sobre o direito a partir da perspectiva da história do direito romano, visa identificar o papel por ele desempenhado na vida social e o modo pelo qual este pensamento gradativamente se desenvolveu em nossa cultura.

Para o exame da mudança que *Corpus Iuris Civilis* opera sobre o sistema das fontes clássicas do direito romano, é preciso evidenciar a estreita correlação entre as fontes das quais dimanam as normas e a sua validade. Se o fundamento de validade de um ordenamento diz respeito ao poder normativo, ele irá apresentar maior eficácia quanto maior o grau de aceitação das normas editadas por ele. A relação entre a autoridade normativa e o súdito/receptor das normas, leva ao tema da justificação interna na relação mando/obediência, isto é, à legitimidade.

A codificação justinianéia expressou um modo já legalista e burocratizado de compreender o direito, situação refletida nos três preceitos que circundaram a compilação, quais sejam: a declaração de invalidez das normas e critérios que não haviam sido nele incluídos; a proibição de que o código fosse objeto de interpretações e a proibição da obrigatoriedade dos precedentes judiciais com respeito aos textos legais. Desse modo, a vontade do soberano passava a ter uma posição privilegiada em relação ao aplicador.

Concebido o Estado de acordo com Max Weber, enquanto uma relação de domínio de homens sobre homens com base em um meio de coação considerada legítima, têm-se a necessidade de que os súditos se submetam a tal autoridade. No caso do *Corpus Iuris Civilis*, e dos ordenamentos que surgem com o Estado moderno, em sua primeira fase de Estado absoluto, observa-se que o que confere legitimidade ao poder é a própria racionalidade intrínseca à forma do direito, exercido em formas legais, em outras palavras, a obra jurídica do imperador Justiniano esboçou pela primeira vez o que viria a ser o chamado Estado moderno. Em suma, todos esses argumentos levam à postulação de que a viragem representada pela obra justinianéia esboçou uma primeira elaboração político-jurídica do que virá a ser o chamado Estado moderno, o qual apresentará suas particulares formas empíricas apenas muitos séculos depois: monopolização e concentração de fontes normativas, forte tendência à dominação de tipo legal-racional e possibilidade de sistematização e cientificidade do conhecimento jurídico.

Como se vê, é definitiva a influência provocada pelo surgimento desse documento na tradição jurídica do Ocidente, dado que as idéias-força de sistematização e estatização do direito se estendem, com maior ou menor vigor, até nossos dias.

Assim, ao observar-se o modo como se afirma o direito pelo Estado, tem-se que o processo de monopolização da produção jurídica está vinculado à formação do Estado absoluto, quer na monarquia do século XVII, quer no Império bizantino. Num e noutro caso, o termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações. Nelas o direito comum é absorvido totalmente pelo direito estatal.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: UnB, 1984.
- _____. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB/Polis, 1989.
- _____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- CADEMARTORI, Sergio U. **Estado de direito e legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CARDOSO, Ciro Flamarion. **O Trabalho compulsório na antigüidade**. Ensaio introdutório e coletânea de fontes primárias. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia**. Dos pré-socráticos a Aristóteles. 2.ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.
- DAHL, Robert A. **La Democracia**: una guía para los ciudadanos. Madrid: Taurus, 1998.
- DIGESTO DE JUSTINIANO, LIBER PRIMUS: INTRODUÇÃO AO DIREITO ROMANO. 3. ed. São Paulo/Osasco: Editora Revista dos Tribunais, Centro Universitário FIEO-UNIFIEO, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 1989.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- HART, Herbert. **O Conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- HESAPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 181-237
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- REMONDÓN, Roger. **La Crisis del Império romano**: de Marco Aurélio a Anastasio. Barcelona: Labor, 1984.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Una Filosofía del derecho en modelos históricos**: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002.
- SILVA, Nuno J. Espinoza Gomes da. **História do direito português**: fontes do direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- WEBER, Max. **Economia y sociedad**: Esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

Notas

- 1 Doutora em Direito do Estado e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC. Professora do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI e da graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis- CESUSC e da UNIVALI. E-mail: cademartoridml@univali.br

- 2 Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito (CPGD) da UFSC. E-mail: scademartori@uol.com.br
- 3 Neste tocante, o autor lembra que "Kelsen tinha inicialmente uma posição radicalmente normativa, sustentando que o elemento essencial do Direito é a validade formal. Escreveu ele as suas primeiras obras sob a influência do meio austríaco, onde o primado da lei escrita é tradicional. Para subtrair-se à perseguição racial do nazismo, mudou-se para os Estados Unidos e lá entrou em contato com um tipo de Direito que, antes de ser escrito, é de base costumeira e jurisprudencial, vendo-se assim, obrigado a reconhecer que o Direito, tomado na sua acepção ampla, *pressupõe um mínimo de eficácia*. De certa forma, voltava ao ensinamento do mestre da geração anterior à dele, Rudolf Stammler, que, com base na sua concepção da norma de direito como 'norma da cultura', só compreendia a *positividade do Direito como uma relação necessária entre validade formal e eficácia*, ensinamento que merece ser guardado." (REALE, 1974, p. 126)
- 4 Ver capítulo 5 (HART, 1988).
- 5 A história do direito mostra a existência de variadas fontes do direito a começar pelas sociedades sem escrita. Muito embora afirme tratar-se de um "direito em nascimento", GILISSEN constata nelas a existência de fontes tais como: o costume, leis não escritas enunciadas por chefes ou grupos de chefes em intervalos mais ou menos regulares, precedente judiciário e provérbios e adágios. (Ver, GILISSEN, 1995, pp. 36-8). Atualmente Reale considera que "quatro são as fontes de Direito, porque quatro são as formas de poder: *o processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; *a jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; *os usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a *fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*." (REALE, 1974, p. 157)
- 6 "Esta realeza, assim reduzida às suas funções sacerdotais, continuou, a maior parte do tempo, sendo hereditária na família sagrada que outrora fundara o lar e iniciara o culto nacional. No tempo do império romano, isto é, sete ou oito séculos depois da revolução, existiam ainda em Éfeso, em Marselha e nas Téspias, famílias conservando o título e as insígnias da antiga realeza e possuindo ainda a presidência das cerimônias religiosas." (FUSTEL DE COULANGES, 1981, p. 253)
- 7 A utilização, em grande escala da mão-de-obra escrava no campo, consegue "libertar uma classe de proprietários de terra tão radicalmente de suas raízes rurais de maneira a poder ser transmutada em uma cidadania essencialmente urbana que ainda assim continuava tirando riquezas do solo". (ANDERSON, Perry, **Passagens da antigüidade ao feudalismo** apud MARTINS, 2002, p. 183)
- 8 Ainda para esse autor, "Tal intensidade no uso de escravos levou a uma estagnação tecnológica, pois o amplo emprego de novas técnicas de cultivo e de irrigação só se deu na Europa medieval. Isso se deveu ao descaso que tinham os aristocratas romanos pelo trabalho, fruto de uma ideologia social que associava à perda da liberdade." (MARTINS, 2002, p. 184) Por outro lado, Ciro Flamarion Cardoso comenta: "Outro problema de grande peso é a alegação freqüente de que a falta de interesse dos escravos pelo seu trabalho, sua própria abundância, a necessidade de vigiá-los levando a limitar a divisão do trabalho, seriam fatores que impediam o progresso das forças produtivas nas sociedades escravistas antigas e modernas. Recentemente, este assunto foi abordado por autores marxistas e não-marxistas em torno sobretudo aos 'bloqueios mentais' trazidos pela escravidão, à qual se associaria a um desprezo dos homens livres pelo trabalho manual. [...] Para André Aymard, a escravidão não foi uma consequência do baixo nível das forças produtivas: o contrário seria verdadeiro. Já Magalhães-Vilhena pretende que o bloqueio mental de que fala Schuhl não passa de um aspecto entre outros de um 'bloqueio social' bem mais amplo. Bertrand Gille contestou recentemente, com uma argumentação propriamente técnica, a hipótese de que a ciência grega pudesse ter conduzido a numerosas máquinas de uso econômico, mostrando a existência de bloqueios, não mentais, mas intrínsecos às deficiências intransponíveis na época, do sistema técnico grego considerado globalmente. Vimos, por outro lado, que as maiores inovações técnicas introduzidas na economia romana datam exatamente da fase do apogeu da escravidão." (CARDOSO, 1984, p. 64)
- 9 Diferentemente de Atenas, onde havia apenas a *ecclesia*, em Roma as assembléias eram múltiplas: *curiata comitia*, *centuriata comitia*, *tributa comitia*, *concilia plebis*, além do Senado. As primeiras, ainda da época da realeza, tiveram um pequeno papel político nesta fase. As segundas, *centuriata comitia*, foram as assembléias populares mais importantes durante uma grande parte da República. Nelas votava-se por centúria e havia um nítido predomínio da aristocracia patricia: "em 193 centúrias, a classe mais rica tinha 80" (GILISSEN, 1995, p. 82).
- 10 Na República romana, o termo *magistratura*, diferentemente de designar membros do poder judiciário, é um órgão da cidade: o magistrado é o titular do poder (*potestas*), diferindo do magistrado ateniense, um agente da assembléia. "Os magistrados são em princípio designados por um ano; são geralmente em número de dois, por vezes numerosos. Entre eles, os cônsules, titulares do *imperium*, dispõem do

comando militar e do governo da cidade; presidem às assembléias, podem propor leis, tiveram talvez no início um poder de jurisdição. Os pretores são sobretudo, mas não exclusivamente, magistrados judiciais; organizam os processos, designam os juizes. Houve outros magistrados, tais como os *edis curuis*, os tribunos, os questores, os censores; ao todo, no século III aC, 28 magistrados, ajudados por alguns auxiliares.” (GILISSEN, 1995, p. 82)

- 11 Já Robert Alan Dahl difere dessa posição. Para ele, a democracia pode ser “inventada e reinventada” de modo independente em qualquer local e época em que se derem as condições adequadas. Assim, o governo popular, ou a democracia, surgiu na Grécia e em Roma no mesmo período, muito embora, a designação dada por estes últimos ao seu sistema de governo tenha sido a de “república”, no sentido da “coisa” que pertence ao “povo”. Se inicialmente o direito a participar no governo da República era restrito aos patrícios, depois de muitas lutas por parte da gente comum (*plebs*, ou plebeus) estes foram integrados ao sistema. Assim como em Atenas e as demais democracias e repúblicas até o século XX, o direito de participação era restrito aos homens. O defeito deste sistema de governo, diz respeito a inadequada adaptação das instituições de governo popular ao imenso aumento do número de cidadãos e as grandes distâncias geográficas: as assembléias continuaram a ser realizadas no mesmo local, o “Foro” romano, inacessível aos cidadãos romanos habitantes dos imensos territórios da República. (DAHL, 1998, p. 17 -21)
- 12 De acordo com Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, a proteção jurídica do cidadão, do *cives* concretizava-se através da concessão de alguns direitos fundamentais. Na esfera do direito privado, incluía o direito de contrair matrimônio, constituindo família legítima (o *ius connubii* ou *connubiun*) e o direito de realizar negócios jurídicos de caráter patrimonial (*ius commercii* ou *commercium*) e na do direito público, incluía o direito de votar nos comícios (*ius suffragii* ou *suffragium*) e o direito de poder fazer parte das magistraturas (*ius honorum*). Através de uma política de atração romana para com os povos vizinhos, desde cedo Roma atribuiu-lhes, só que não plenamente, a cidadania romana. Com isso, passa a existir entre cidadãos e peregrinos, uma classe de homens livres, com parte dos direitos que definem a cidadania romana: os *latini*. Como corolário, essa semi-cidadania é denominada de *latinidade*. “No campo do direito público, tinham os *latini*, de um modo geral, *ius suffragii*, mas não *ius honorum*. Na esfera do direito privado tinham uns *ius connubii* e *ius commercii* (*latini presci* ou *veteres*) e outros, apenas, *ius commercii* (*latini coloniarii*). Além disso, quer para os *latini veteres*, quer para os *coloniarii*, existia a possibilidade de alcançarem a plena cidadania romana, desde que, nas suas cidades, desempenhassem certos cargos públicos. Abria-se, neste ponto, uma distinção entre o *ius latii maius* (ou *Laitium maius*) e o *ius latii minus* (ou *Latium minus*). Se, para que o latino alcançasse a cidadania, era suficiente que tivesse feito parte do *Senado local*, tivesse sido *decurião*, estava-se perante um caso de *ius latii maius*; se, para aquele efeito, se tornava necessária a ocupação de uma *magistratura* na sua cidade, então tratava-se de *ius latii minus*. (classificação ilustrada no jurisconsulto Gaio).” (SILVA, 1991, p. 54-55)
- 13 Tais leis foram aprovadas na metade do século V aC, recolhendo costumes e regras em boa parte de conhecimento reservado do colégio sacerdotal dos pontífices. Este Colégio de **pontem facere**: fazer pontes – era formado por três sacerdotes com competência para pronunciar e interpretar o Direito oracularmente, publicando anualmente em tábuas de madeira os nomes dos cônsules e os fatos mais relevantes. (Cf. RUIZ MIGUEL, 2002, p. 57). Apesar de receber a denominação de lei, mais especificamente trata-se da redução de costumes à forma escrita. “Segundo a tradição lendária, teria sido redigida a pedido dos plebeus que, ignorando os costumes em vigor na cidade e as suas interpretações pelos pontífices, se queixavam do arbítrio dos magistrados patrícios. A redacção teria sido confiada a dez comissários, os *decemviri*, em 451-449 aC; no texto original, gravado em doze tábuas, teria sido afixado no fórum, mas destruído quando do saque de Roma pelos Gauleses em 390.” (GILISSEN, 1989, p. 86). Como o texto original perdeu-se, sua existência foi posta em dúvida por alguns historiadores do direito. Reconstituições parciais foram feitas pelo Digesto, através de Cícero e Aulo Gélio e comentários de Labeo e por Gaio. “Esses fragmentos parecem pertencer a diversas épocas entre 450 e 300 aC. A lei das XII Tábuas não é um código, no sentido moderno do termo, não é talvez um conjunto de leis, antes uma redução a escrito de costumes, sob a forma de fórmulas lapidares. A sua redacção tendeu a resolver um certo número de conflitos entre plebeus e patrícios; mas a sua interpretação permaneceu secreta, porque confiada aos pontífices.” (GILISSEN, 1989, p. 86-87). Ela revela um direito público e privado semelhante ao que é conhecido em Atenas pelas leis de Drácon e de Sólon: “[...] a solidariedade familiar é abolida, mas a autoridade quase ilimitada do chefe de família é mantida; a igualdade jurídica é reconhecida teoricamente; são proibidas as guerras privadas e instituído um processo penal; a terra, mesmo a das *gentes*, tornou-se alienável; é reconhecido o direito de testar. (GILISSEN, 1989, p. 87)
- 14 Sobre o significado do costume como fonte do direito, Marilena Chauí acrescenta serem os sofistas os responsáveis pela introdução na Grécia da diferença entre o *nómos* (a convenção que depende de uma decisão humana, aquilo de que se faz uso ou os usos e costumes) e a *phýsis* (a natureza, cuja

ordem necessária independe da ação humana). “Em Atenas, coexistiam como dois ‘partidos’ antagônicos, um aristocrata e outro democrata. O antagonismo se manifestava de inúmeras maneiras e uma delas aparece numa pergunta incessantemente repetida (na tragédia, na ágora, na filosofia): a lei é por natureza ou por convenção? Se for por natureza, não depende de decisão humana e é inviolável; se for por convenção, pode ser alterada e mesmo transgredida. No mundo aristocrático, o costume e a lei costumeira têm a força do Direito, são normas costumeiras cuja transgressão implica castigo. Com o passar do tempo, à medida que se perdia a memória da origem de um uso, o costume e a lei não-escrita passaram a ser considerados naturais, isto é, por natureza, *phýsei*, ou conforme a natureza, *kata phýsin*. Esse deslizamento do sentido do que era *nómos* para a *phýsis* não aconteceu por acaso. De fato, os aristocratas julgavam que seus usos e costumes, valores e idéias eram naturais ou instituídos por natureza porque concebiam a vida social e política a partir dos laços de sangue, do parentesco, isto é, por laços que seriam produzidos, tecidos e conservados pela própria natureza. [...] Ora, dizer que um uso, um valor ou uma lei são por natureza é dizer que são necessários, absolutos, perenes e, por isso mesmo, superiores ao que é por *nómos*, pois a vontade dos homens é variável, relativa e inconstante. Dessa maneira, os aristocratas podiam considerar suas leis superiores às da democracia, cuja origem humana todos conheciam.” (CHAUÍ, 2002. p. 165-6)

- 15 Gilissen discorda da expressão “codificação” para designar a tarefa representada pelo *Edictum perpetuum*, considerando que sua tarefa foi a de estabilizar os mesmos, o que já vinha ocorrendo através do hábito de repetir os textos dos seus precedentes sem acrescentar quaisquer disposições novas: “[...] fala-se mesmo – erradamente – de uma ‘codificação’ dos éditos na época de Adriano; foi talvez por ordem deste imperador que um jurista, Salvius Julianus, teria redigido, cerca de 125-138 depois de Cristo, aquilo a que se chamou Édito perpétuo. O texto perdeu-se, mais o sábio alemão Lenel, reconstituiu-o no século XIX, com a ajuda de fragmentos conservados no Digesto.” (GILISSEN, 1989, p. 90)
- 16 O termo *peregrino* deriva de *per agrum*, aludindo àqueles que chegavam à *civitas* atravessando os campos. Essa magistratura foi criada em 242 aC para atender as atividades mercantis em uma cidade com cerca de um milhão de habitantes, sendo muitos deles estrangeiros (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 67)
- 17 Ruiz Miguel acrescenta que: “Além disso, era uma função anterior e diferente da do advogado e da do juiz, que também atuavam como particulares, pois no processo judicial romano das duas épocas aqui consideradas o único sujeito que intervinha com caráter público era um quarto personagem: o pretor. Estamos no período do procedimento **per formulas** ou formular, que nasce com a **Lex Aebutia de formulis** (149 aC) e suaviza o rígido formalismo do procedimento anterior, **per legis actiones**, no qual só determinados interesses devidamente qualificados tinham proteção, de modo que no procedimento formular, devido a sua **iurisdictio** ou faculdade de ‘dizer o Direito’, o pretor podia conceder ação mediante fórmulas que iam introduzindo matizes e exceções às regras formais tradicionais, abrindo assim a possibilidade de proteger novos interesses.” (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 58). O processo civil romano tinha duas partes: *in iure* e *apud iudicem*. Na primeira parte, *in iure*, as partes compareciam perante o pretor que qualificava a pretensão numa “fórmula” ou escrito resumido, indicava as garantias comprometidas e ordenava ao *iudex* (ou colégio de vários deles) que decidisse a favor do autor em caso de serem provados os fatos. O juiz ou juizes eram particulares designados através de acordo das partes ou por sorteio, tendo competências somente sobre a *questio facti*. A segunda parte do processo consistia nas provas dos fatos perante o juiz ou juizes que emitiam um parecer ou *sententia*. Sobre a atuação destes últimos leciona Ruiz Miguel: “[...] no significado moderno do termo, mais que juizes, de um lado, atuavam como jurados ao modo inglês e, de outro lado, eram árbitros.” Também, nesta fase, atuavam os advogados, especialistas em retórica, em nome das partes. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 59)
- 18 Cícero nesse período parece ter mostrado sua insatisfação com o modo casuístico do estudo do direito, dizendo em *De oratore*: “Se eu, como há tempo venho pensando, ou algum outro pudesse dividir todo o Direito civil em gêneros, que são poucos, e logo analisar os membros, diríamos de aqueles gêneros, e explicar mediante definição o conceito de cada um, teríamos a arte perfeita do Direito civil” (apud RUIZ MIGUEL, 2002, p. 62). Diz-se que este ilustre advogado e político romano escreveu uma obra sistemática que foi perdida, *De iure civile in artem redigendo*. Apesar das grandes diferenças políticas, existentes entre Cícero e Júlio César, tal proposta coincidia com os propósitos codificadores deste último e dos juristas que o apoiavam. Estas iniciativas não tiveram prosseguimento com Augusto e seus sucessores, fomentadores que foram do tradicional método casuístico.
- 19 O que apraz ao príncipe tem força de lei, posto que o povo, com a lei régia, que outorga por seu império, conferiu-lhe todo seu poder [*Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia quae de império eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*]. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 69-70)

- 20 O autor menciona um exemplo a fim de evidenciar o pensamento prudencial desenvolvido nos *responsa*: em um texto de Juliano (Digesto, 41. 3. 33), apresentava-se inicialmente, sob a forma de um problema, a discussão sobre a aquisição por usucapião do filho de uma escrava furtada. Perguntava-se então quem deveria ser o dono da criança, se o verdadeiro dono ou aquele que havia alimentado. Passo seguinte é a análise de uma série de alternativas por parte dos prudentes, boa fé do possuidor, prevalência do domínio, etc. Estas alternativas ou pontos de apoio são retirados de outros textos reconhecidos e aceitos. Logo após, o jurista exerce seu juízo fazendo considerações vinculadas aos fatos, ao invés de ordenar o (s) caso (s) a partir de um sistema prévio, o que pressupõe, um nexo entre os casos e as alternativas. O tratamento do tema, diz Ferraz Júnior, “lembra o *reasoning from case to case* anglo-saxão, mas que com ele não se confunde, pois seu empenho não é tomar casos já decididos em toda sua extensão, porém abstrair o caso, descobrir e contrapor as razões favoráveis e desfavoráveis (dialética) e ampliá-lo de tal maneira que se possa obter a partir dele uma regra geral que decide o caso e serve para outros.” (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 58)
- 21 Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., o pensamento prudencial não desaparece, modifica-se. O autor detalha como a jurisprudência se fez dogmática na Bolonha a partir do século XI, momento em que a resenha crítica dos digestos justinianeus transforma-se em textos escolares de ensino na universidade. Os textos seguem discutindo casos singulares, que de problemáticos passam a ser considerados como paradigmáticos, devendo conduzir a uma harmonia. A prudência se faz dogmática na medida em que é acrescentado aos recursos eminentemente prudenciais da equidade e da apreciação dos interesses em jogo, a busca de princípios e regras capazes de reconstruir harmonicamente o *Corpus*. (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 61)
- 22 “Segundo alguns, teriam existido duas versões antigas e autênticas, uma conhecida como *littera pisana-florentina* (assim chamada pelo manuscrito ter pertencido às cidades de Pisa e Florença, encontrando-se hoje nesta última na Biblioteca Laurentino-Medicea) e uma *littera bononiensis*. A *littera pisana-florentina*, dizia-se, havia sido encontrada em Amalfi, ao sul de Nápoles, cidade próspera e em contato com os bizantinos, por volta de 1135 e depois tomada por Florença em 1406. O manuscrito da *littera pisana* deve datar do século VI, ou seja, próximo do tempo de Justiniano. O manuscrito bolonhês, no entanto, é que se multiplicou e se transformou na *littera vulgaris* (ou *vulgata*). Desde o final do século XV os humanistas começaram a comparar a vulgata bolonhense com a *littera pisana* e concluíram que a versão bolonhesa era provavelmente menos precisa e fiel. Discute-se quem teria editado esta *littera vulgaris*, alguns mencionando Irnério, outros levantando a hipótese da Cúria romana.” (LOPES, 2000, p. 115)
- 23 De acordo com Franz Wieacker (apud FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 66), a maior contribuição do jusnaturalismo da Idade Moderna ao direito privado é o conceito de sistema. A partir de então, a teoria jurídica deixa de ser apenas uma teoria da interpretação de textos singulares e adquire “um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e até hoje domina os códigos e os compêndios jurídicos”, conquistando um status metodológico especial. (COING apud FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 66)

Recebido em: setembro de 2005

Avaliado em: outubro de 2005

Aprovado para publicação em: março de 2006

