

Direito Público Romano. Instrumento de Crítica

RONALDO POLETTI

Procurador de Justiça em São Paulo. Professor da UnB. Diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da UnB. Consultor Jurídico do Ministério da Aeronáutica

SUMÁRIO

1. A dicotomia "ius publicum/ius privatum". 2. A origem gramatical. 3. A compatibilidade do texto de Ulpiano com o Digesto. 4. A incompatibilidade. 5. "Ius publicum". Sua inderrogabilidade. 6. O conflito patricio-plebeu. 7. "Deo auctore" e o "populus". 8. Populus. 9. Civitas. 10. República. 11. Comícios. As leis. 12. "Intercessio". Os poderes negativos. 13. Ius publicum. 14. A dicotomia com ênfase no "ius publicum". 15. O "ius publicum" como instrumento de crítica.

1. A contraposição direito público—direito privado se remonta, segundo a *communis opinio*, ao direito romano, tratando-se de uma classificação de tradição romanista¹. O direito público romano é o que provém do povo romano: o atinente à conservação da *res publica*. Direito privado é o que concerne aos bens dos particulares.

A questão envolve o problema do Estado, pois, evidentemente, o "Estado romano" diferencia-se do Estado moderno. Na verdade, não houve em Roma um Estado, no sentido de um Estado nacional. Quando se fala em Estado romano, há de entendê-lo com um significado equivalente à *civitas*, à *res publica* ou a *imperium*, ou, em última análise, à *sociedade política romana*.

O problema do direito público romano e sua separação do direito privado geralmente vem mal colocado, sobretudo quando referido à teoria do interesse no sentido de que os dois ramos do direito disciplinariam,

1 Cf. MARRONE, Matteo. Derecho Público y Derecho Privado. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Barcelona, 129 (243:495-501, mayo 1980.

respectivamente, interesse público ou privado, conforme esse interesse estivesse vinculado ao Estado ou aos particulares.

O chamado direito privado romano, no entanto, dependia do direito público, pois não podia ser concebido sem as magistraturas, notadamente a dos pretores, e a dos censores e questores. Além disso, o direito público romano difere da concepção publicista moderna do direito. Para os modernos, o direito público é o direito do Estado, enquanto para os romanos, o *ius publicum* é o direito proveniente do povo romano. O *ius publicum* expressa uma idéia de tudo o que é conexo com o *populus*².

O adjetivo *publicus* deriva de *populicus*, de *populus*.

O significado de *publicus* na linguagem romana está no que pertence a um *populus*, a uma comunidade organizada em *civitas*, seja romana ou qualquer outra. A coisa pública é a coisa do povo³. Essa propriedade do povo repartiu-se depois entre as entidades menores, como os Municípios, as colônias, as províncias ou até mesmo as companhias voluntárias e espontâneas, formadas pelo *populus*, que, a exemplo da coletividade formada por este, contrapõem-se ao *privatus* (de *privus*), que significa precisamente o que é de um particular como tal⁴. Assim, *ius publicum*, em contraposição a *ius privatum*... concerne ao *status civitatis*, o *corpus rei publicae*, a *societas civilis*⁵.

O *ius publicum* designa o conjunto das *leges publicae populi romani*. Assim, grande parte do que hoje se considera direito privado era, em Roma, *ius publicum*. Por isso, uma das características contrapostas para explicar os sistemas romanista e o do *common law* é, muita vez, o de atribuir ao primeiro o domínio do direito público e, ao segundo, o privado (este explicado pelo forte tom individualista das sociedades onde o *common law* prospera).

O clássico texto de Ulpiano, recolhido pelo Digesto, não reflete uma constante nas inúmeras passagens da obra do Imperador Justiniano, mas, assim mesmo, não fala em Estado, nem propriamente em interesse, mas em *utilitas*, referindo-se, antes, às duas posições de estudo do direito e inserindo no *ius publicum* a religião. A dicotomia, ali, parece ter natureza didática: "Duas são as posições deste estudo, a do direito público e a do direito privado. O direito público é aquele que tem em vista a situação (*status*) da coisa (*res*) romana; o privado o que se volta para a utilidade dos indivíduos; pois algumas coisas são úteis pública e outras

2 NOCERA, Guglielmo. *Jus publicum* (D. 2.14.38) contributo alla ricostruzione storico — exegética delle *Regulae Iuris*. Roma, edizioni italiane, 1948, 258 p.

3 COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*. Trad. Manuel Roventos y Noguera. 1ª ed. Madrid, Reus, 1930, p. 1. COSTA apóia-se em Cícero, *De Republica*.

4 Idem, *ibidem*.

5 Idem, *ibidem*.

privadamente. O direito público consiste nas coisas sagradas, nas dos sacerdotes e nas dos magistrados. O direito privado é tripartite, pois está constituído de preceito das naturezas ou das gentes ou dos cidadãos”⁶.

Giuseppe Grosso assinala que essa definição tem dado muito trabalho aos intérpretes e vem indicada como ponto de partida da fatigante elaboração da distinção dicotômica, a qual, apesar de submetida ao crivo das críticas corrosivas, sempre ressurgue delas como algo que corresponde a uma intuição profunda⁷.

Convém considerar, ainda, como lembra Bobbio, que o critério fundamental permanece sendo dos diversos sujeitos a que se refere a *utilitas*: ao lado da *singulorum utilitas*, deve ser invocada a definição de Cícero de *res publica*, “coisa do povo”, desde que por povo se entenda não uma agregação qualquer de homens, mas uma sociedade mantida junta por um vínculo jurídico e pela *utilitatis communione* (*De re publica*, I, 41, 48)⁸.

Não há dúvida de que a origem dicotômica está no mencionado texto de Ulpiano, mas este é suscetível de algumas considerações, sobretudo quanto à sua fiel correspondência ao pensamento romano. Coloca-se aqui, também, o problema do direito justiniano, no tocante à sua fidelidade às origens ou à utilização das fontes para fins imperiais. A par de uma eventual interpolação⁹, anota-se ser Ulpiano o mais representativo jurista da época clássica final, e, por isso, o preferido dos compiladores do Digesto, pois então se teria saído da égide da *libertas* para entrar no arbítrio sempre crescente¹⁰.

Em face dessa observação, é mister anotar que a dicotomia já vem referida por Pompônio ao escrever sobre o jurista Túbero: “...foi tido como doutíssimo em direito público e privado, deixando muitos livros de um e de outro; entretanto, escrevia com um estilo antiquado e, por isso, seus livros pouco agradaram.”¹¹

6 D. 1.1.1.2.

7 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione ius publicum — ius privatum. Problemi Generali del Diritto Attraverso Il Diritto Romano*. 2. ed. Torino, Giappichelli, 1967, pp. 87-98.

8 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*, cit., p. 15.

9 FARIA, Anacleto de Oliveira. Verbete “Direito Público e Direito Privado” in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 28: 40-47, onde se suscita, com base em Paul Roubier, dúvida sobre a autenticidade do fragmento de Ulpiano sobre a matéria, bem como sobre o fato de pertencer o conceito ao direito clássico ou de ser de uso corrente entre os juriconsultos romanos.

10 SURGIK, Aloisio. Anotações Histórico-Críticas em torno do binômio direito público—direito privado. *Temas Críticos do Direito à Luz das Fontes*. Curitiba, Livros HOV, 1986: 17-35. SURGIK argumenta, também, com as Institutas de Gaio, onde não se encontra qualquer passagem com referência ao direito público.

11 D. 1.2.46.

Além disso, também na época republicana, o texto de Cícero: *Dos escritos, há o que é privado e o que é público. Público: lei, senatus-consultos, tratados; privado: contrato, pacto adjunto, estipulação*¹².

Seria uma distinção meramente formal? O direito publicado converte-se em direito público, afetando a todos os cidadãos, enquanto o direito privado nasce na autonomia privada, restrito às pessoas intervenientes no negócio. A contraposição *ius privatum* — *ius publicum* corresponde à *ius lex* ou à *lex publica* e *lex privata*? A lei pública proposta pelo magistrado, aprovada pelos comícios, será pública qualquer que seja a matéria¹³.

A *lex* é pública, como públicos são o plebiscito, equiparado às leis comiciais pela *Lex Hortensia* (286 a.C.), e o edito do pretor. Tê-la como contrária ao *ius*, porque este consistiria na interpretação dos prudentes (*in sola interpretatione prudentium consistit*. D. 1.2.2.12) e a interpretação seria atividade privada, não faz sentido à medida em que a eficácia das respostas decorria, também, do *ius* e do *ius publicum*¹⁴.

2. Os romanos eram homens práticos e pouco afeitos às especulações filosóficas. Não deixaram, contudo, de receber, quase como uma continuação, a influência decisiva dos gregos, o que se deu, mesmo, na criação e no desenvolvimento da *Iurisprudencia*.

O jurisprudente romano não era, certamente, alguém voltado, apenas, para os *comitia* e para o *forum*, ajudando o pretor a exercer a *iurisdictio*. Não se restringia a fornecer conselhos às partes, aos juízes, aos magistrados. Conta-se que Labeão (Marcus Antistius Labeo), célebre jurista da época do principado, fundador da escola dos proculianos, dividia sua vida em duas partes. Metade do ano ficava em Roma, atuando praticamente, e o restante do tempo passava no campo, isolado em uma aldeia, consagrando-se aos trabalhos científicos, que chegaram a cerca de quatrocentos volumes. Era um helenista, e seus escritos, permeados de termos gregos, revelavam um interesse excepcional pela filosofia. Na verdade, todos os grandes *prudentes*, desde a República, elaboraram uma obra, que hoje pode ser denominada de “científica”¹⁵.

Os motivos práticos não se afastam. O jurisconsulto não podia pretender, sempre, estar presente nos negócios judiciários, beneficiando os juízes com a sua experiência. Era preciso formar discípulos, convidar os alu-

12 CÍCERO, *partit. orat.* 37, 130.

13 A explicação é de XAVIER D'ORS, recolhida por SURGIK em *Anotações Histórico-Críticas*. . . . *cit.*

14 Posição contrária à de SURGIK, *ibidem*, que sustenta que a atividade dos juristas se torna pública somente sob Adriano.

15 Cf. VILLEY, Michel. *Le droit romain. Son actualité*. 7^a ed. Paris, Presses Universitaires, 1979, p. 38; MEIRA, Rafael Correia de. *Curso de direito romano*. São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 90/91.

nos para assistir às suas respostas às consultas públicas. No início do Império, nascem as escolas, fundadas sobre o modelo das escolas gregas de retórica e de filosofia¹⁶.

A ambição do jurista parece renovar-se na história. Quando o *common law* avança decididamente, em termos contemporâneos, sobre os muros da cidadela do sistema romanista, exacerbando as decisões com fundamento nos precedentes judiciais, ensejando a especulação dos juizes sem qualquer base doutrinária e, o que é pior, permitindo-lhes julgamento ao arrepio da lei, desprezando-a como fonte primordial do direito e julgando a bondade da norma legal e não conforme os seus preceitos, invertendo os brocardos *non exemplis, sed legibus judicandum sit e secundum leges, non de legibus*, resta ao jurisprudente tentar influir, no processo político dessa transformação perigosa, através de seus esforços doutrinários, fora das lides forenses, marcadas, às vezes, pela irracionalidade e pela emoção, que transformam a certeza do direito em uma busca psicanalítica da personalidade dos julgadores.

A herança dos gregos refletiu-se no rigor da terminologia jurídica construída pelos romanos, a partir, em grande parte, de uma técnica dicotômica na elaboração de conceitos, denominada *divisio*, herdada da gramática e da retórica gregas, culminando na escola neoplatânica de Plotino, cujo discípulo Porfírio criou um sistema lógico binário para as categorias de Aristóteles, estabelecendo a base das classificações entre os gêneros e as suas diferenças específicas.

Na filosofia, na retórica e na gramática gregas, encontra-se a origem das dicotomias do direito romano: *actio in rem — actio in personam; res corporales — res incorporales; res mancipi — res nec mancipi* (os gregos tinham uma filosofia sobre as coisas), e, assim por diante, *res mobiles — res immobiles; res fungibiles — res infungibiles; res divisibilis — res indivisibilis*; coisas sagradas e coisas religiosas; *ius scriptum e non scriptum; ius civile — ius honorarium; ius civile — ius gentium*; e dentre essas dicotomias a atinente ao *ius publicum — ius privatum*¹⁷.

A distinção, todavia, na unidade do ordenamento jurídico (*duae positiones huius studii*) se insere em uma realidade viva da pluralidade dos ordenamentos formadores de grupos menores. A posição desses e de suas respectivas ordens, como a que individualiza o *ius civile*, aquela dos poderes da cidadania, o desenvolvimento da ordenação da *civitas*, o modo pelo qual esta absorve o *ius*, e, mais como se colocam os ordenamentos contrapostos, como na antítese *ius civile — ius honorarium*, indicam dualidades reais, concretas, individualizadas, vivas. A observação é de Gros-

16 VILLEY, Michel. *Op. cit.*, *ibidem*.

17 A respeito da origem grega do esquema dicotômico, v. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo, Atlas, 1977, pp. 21/22.

so¹⁸. Indica, na sua opinião, que a dicotomia pode não representar uma mera divisão lógica-gramatical.

A dicotomia gramatical, porém, faz parte da tradição grega com repercussões no mundo das idéias. Os primeiros filósofos e os primeiros gramáticos trabalharam sobre o filão das dicotomias básicas na consideração da linguagem e serão responsáveis pela natureza da disciplina gramatical emergente¹⁹.

Além disso, é preciso registrar o sentido mesmo das palavras: público e privado.

O verbo *privar* significa domar, domesticar. A expressão “passáro privado” revela o sentido de extrair do domínio selvagem e transportar para o espaço familiar da casa (*domus*). O adjetivo “privado” conduz à idéia de familiaridade. “A vida privada deve ser murada”. “Não é permitido procurar e dar conhecer o que se passa na casa de um particular”. “Privado” opõe-se a “público”. “Aqueles que governam cometem mais faltas que os homens privados” (*Vauvernagues*). “Nada é privado na vida dos grandes, tudo pertence ao público” (Massilon)²⁰.

Público é o que pertence a todo um povo, o que concerne a todo um povo, o que emana do povo. DUBY observa que na linguagem de Cícero, agir *privatim* (op. a *publice*) é agir não enquanto *magistratus*, investido de um poder emanado do povo, mas como simples particular, em um outro território jurídico. O agir particular é não agir fora, diante dos olhos de todos, no *forum*, mas atuar em seu domicílio, no interior de sua casa.”... no francês do século XIX e no latim clássico, a organização do sentido é a mesma; uma raiz, a noção de comunidade popular, da qual procedem dois ramos, um crescendo na direção do que é isento, afastado do uso comum, o outro na direção do que é doméstico, que toca ao indivíduo, mas cercado de seus próximos. Portanto, aquilo que juridicamente escapa, de um lado, a esse poder cuja natureza é especificada pela palavra *publicus*, poder do povo, e, do outro, à intrusão da multidão. A *res publica* engloba todo o domínio pertencente à coletividade e que, por isso, é, de direito, considerado *extra commercium*, que não deve constituir objeto de troca no mercado. Ao passo que a *res privata* encontra-se por contraste colocada *in commercio* e *in patrimonio*, isto é, na dependência de um poder diferente, o do *pater familias*, principalmente exercido no quadro fechado, voltado sobre si mesmo, da *domus*, da casa”²¹.

18 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione ius publicum — ius privatum*, cit.

19 NEVES, Maria Helena de Moura. *A vertente grega da gramática tradicional*. São Paulo, Hucitec/UnB, 1987, p. 18.

20 Colho essas observações em texto de GEORGES DUBY, com base no Dicionário de Littré, em DUBY, Georges (Org.). *História da Vida Privada*. 2 — *Da Europa feudal à Renascença*, trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo, Companhia das Letras, 1990, pp. 19 e ss.

21 Idem, *ibidem*.

E em outro passo, o mesmo Duby: "No entanto, o contraste não é entre poder e não-poder, mas entre duas naturezas de poderes. Distingamos dois distritos em que a ordem e a paz não são mantidas em nome dos mesmos princípios, em que, em ambos, o indivíduo é submetido, controlado, em que se corrige, se castiga, mas em que a correção e o castigo cabem a autoridades diferentes. De um lado, o propósito é de reger a *res publica* o *populus*, o grupo de homens (digo de homens: as mulheres escapam a este poder) cuja reunião constitui o Estado, que são co-possuidores de bens comuns e co-responsáveis pelo bem comum. Esse domínio é do coletivo, portanto, como se dizia na Roma antiga, *extra commercium*, inalienável; a *res populi* é *res nullius*, e sua gestão cabe ao magistrado, ao *rex* e à *lex*, ao rei e à lei, que é a voz do povo. Uma barreira jurídica fundamental isola da *res publica* o que, nos textos do século XII, é explicitamente designado como a *res familiaris*." ²²

A primeira problemática dicotômica está na disputa *physei/nómos*, que abrange um campo mais amplo, que o da linguagem. Ela repercute na diferença entre *ius publicum* — *ius privatum*, para saber se ela corresponde à realidade ou à ficção. A questão consiste mesmo no desdobramento sofista (a busca do proveito) em oposição à intenção da filosofia (a busca da verdade). Se correta a frase de Crátilo: "quem conhece as palavras conhece as coisas": a linguagem está ligada ao saber como um todo, e tem no direito uma relevância toda especial ²³.

A dicotomia *physei/nómos* reflete o pleito entre a natureza (*physis*) e o que o homem faz (*nómos*) ou, em outras palavras, entre o *naturalismo* e o *convencionalismo* ²⁴. Ou, em outros termos em extensão, entre a concepção monista do mundo e a que concebe os mundos da natureza e da cultura, o *fenômeno* e o *númeno*, na linguagem kantiana.

Já vimos que a dicotomia *ius publicum/ius privatum* tem, pela sua origem no texto de Ulpiano, uma evidente conotação didática; resta saber se indica uma mera convenção ou está enraizada na natureza das coisas.

3. Afirmamos que o texto de Ulpiano (D. 1.1.1.2.) sobre o qual se ergue toda estrutura dicotômica do direito, a que estamos referindo, não reflete uma constante na compilação justinianéia.

O conteúdo daquela passagem não encontra correspondência em quase nenhum dos textos que fazem alusão a *ius publicum/ius privatum*. São poucas as referências dos juristas romanos naquele sentido: como, p.ex., de Ulpiano (D. 47.10.13.1.), de Paulo (D. 4.5.5.2.) e de Hermogeniano (D. 36.1.14.). Nesses textos, é possível atribuir à expressão *ius publicum* um significado semelhante ao do primeiro texto de Ulpiano, fazendo-se referência a preceitos que regulam o exercício de funções públi-

²² Idem, *ibidem*, p. 23.

²³ NEVES, Maria Helena de Moura. *A vertente grega da gramática tradicional*. Cit., pp. 30/35.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 42.

cas, pois nele está escrito que *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* ²⁵.

“Aquele que se utiliza de direito público, não parece fazê-lo por injúria: pois a execução do direito não contém injúria” ²⁶.

A propósito da *capitis diminutio*, está escrito que há aquela que não acarreta a perda da cidadania, porque não se perdem os *direitos públicos*, uma vez que com ela (a *capitis diminutio*) não se deixa de ser magistrado, senador ou juiz (é o texto de Paulo) ²⁷.

O referido texto de Hermogeniano afirma que no tocante ao *direito público*, o filho da família não se submete ao poder do pai ²⁸.

Há de considerar-se, porém, que o atributo de *publicum*, na conexão etimológica com *populus* e na sua referência a *civitas*, tem uma larga aplicação terminológica. Quanto aos bens, a *res publica* se contrapõe à *res privata*; há os *crimina publica* e os *delicta privata*; a *utilitas publica* e a *utilitas privata*; os *iudicia publica* em face dos *iudicia privata*; as *leges publicae* e as *leges privatae* ²⁹.

4. Em contrapartida, há muitos outros textos, incluindo alguns da lavra do próprio Ulpiano, nos quais o *ius publicum* é mencionado a propósito de matérias tradicionalmente de direito privado e que, segundo o texto D.1.1.1.2., interpretado como de costume, teriam de ser adstritos ao *ius privatum* ³⁰.

Semelhante é a observação, também, de BONFANTE, ao assinalar a existência, nas fontes romanas, de normas que, disciplinando relações entre particulares, são chamadas, apesar disso, de direito público. Observa, por isso, haver um interesse social ou geral concorrente com o interesse individual. Daí a importância do *ius publicum* e sua inderrogabilidade pela vontade dos particulares ³¹.

Ulpiano, escrevendo sobre o caso de a mulher comprar de seu marido os prédios, que ele entregara em garantia da restituição do dote, e alegar-se que tal aquisição foi feita por doação, afirma a nulidade do negócio, porém a subsistência da garantia. Segundo um texto de Antonio Caracala, lembra o jurista, se a venda ocorreu sem ter por causa uma doação, o

25 Cf. MARRONE, Matteo. *Derecho Público y Derecho Privado*, cit.

26 D. 47.10.13.1.

27 D. 4.5.5.2.

28 D. 36.1.14.

29 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione ius publicum — ius privatum*, cit.

30 MARRONE, Matteo. Op., cit.

31 BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª ed., trad. Luis Bacca y Andres Larrosa. Madrid, Reus, 1978, p. 13.

negócio não se anula, desde que realizado de boa-fé. Mas se é demonstrada a doação, nula será a venda, permanecendo, no entanto, a garantia dos bens, em face do *direito público* ³².

De Papiniano é a frase: o *direito público* não pode ser derogado pelo pacto dos particulares ³³.

Ainda Papiniano: "Segundo o teor do senato-consulta Liboniano, não será tutor quem em um testamento se autodesignou para um pupilo; mas não sendo ambígua a vontade do pai que, com a sua própria mão, manifestou-se em igual sentido, respondi que ele há de ser nomeado curador, ainda que sejam outros os tutores, e não se há de admitir a escusa que o *direito público* lhe facultava, porque se entende haver-se comprometido a ser tutor, e que tão pouco deve ser destituído como suspeito" ³⁴.

Ulpiano relata que alguém, ao morrer, nomeou tutores para os seus filhos, segundo um caso proposto por Juliano, e dispensou-os de prestar contas. Se os tutores não observarem boa-fé na administração, devem ser condenados, mesmo com a cláusula da dispensa; perderão também o direito ao fideicomisso que se lhes deixou; tal opinião está certa, "porque ninguém pode alterar o *direito público* com cauções desse tipo, nem mudar a regra estabelecida desde tempos antigos" ³⁵.

Se acertado entre os magistrados — o texto também é de Ulpiano — que a nomeação de tutores fora tão-somente a risco de um só deles, resolveu Adriano que essa convenção não prejudicará os pupilos, "pois o *direito público* não pode alterar-se pela decisão dos duúnviros" ³⁶.

Um senhor designou para seu liberto impúbere alguns tutores e curadores dentre os seus próprios libertos: ainda que conste sejam eles idôneos, podem escusar-se pelas regras de *direito público*, de modo que não se confirme a sua nomeação (Papiniano) ³⁷.

Lúcio Tício, de três filhos vivos, tem um emancipado e em idade de precisar de um curador. A pergunta consiste em saber se, no caso de o pretor, por petição do filho emancipado, houver nomeado curador a seu pai Tício, poderá este valer-se do *direito público* e pedir a isenção em razão de seus três outros filhos. A resposta de Paulo foi no sentido de que ao pai não pode negar-se o prêmio que lhe compete pelo número de filhos, mas, ao ser solicitado como curador por seu filho, operaria contra os sentimentos naturais atrever-se a fazer valer tal escusa ³⁸.

32 D. 24.1.7.6.

33 D. 2.14.38.

34 D. 26.2.29.

35 D. 26.7.5.7.

36 D. 27.8.1.9.

37 D. 27.1.30.3.

38 D. 27.1.36.1.

Regra do direito antigo é que não se engana quem segue o direito público (Ulpiano) ³⁹.

De igual maneira, Ulpiano, a respeito da denúncia de obra nova, que a denúncia é feita para conservar a causa de nosso direito ou para afastar o dano ou para proteger as coisas públicas ⁴⁰.

A respeito da estipulação do dano causado por uma obra, diz Pompônio, lembrado por Paulo, que se o promitente adquiriu o terreno mediante usucapião, depois de fazer-se nele obra, não fica obrigado à reparação, uma vez que não o conseguiu como consequência do defeito do terreno ou da obra, senão em virtude do *direito público* da usucapião ⁴¹.

Pergunta Nerácio: se aquele que deu o dote pela mulher estipulou a devolução de duas partes do dote, permanecendo a terceira no poder do marido, e houvesse pactuado que o marido não reservasse nada para o enterro, será o marido responsável pela ação funerária? Se enterrou o estipulante a mulher, aplica-se o pactuado e seria inútil a ação funerária; mas se foi outro que arcou com o funeral, poderá ele demandar contra o marido, porque aquele pacto não podia infringir o *direito público* (Ulpiano) ⁴².

Nem o penhor, nem o depósito, nem a posse precária, nem a compra, nem a locação podem recair sobre coisa própria. A convenção dos particulares não derroga o *direito público* (Ulpiano) ⁴³.

Colocou-se uma questão a propósito de o marido ameaçar de acusar sua mulher de adultério, sem chegar a fazê-lo, nem pelo seu direito marital, nem pelo *direito público*. Poderá ela casar-se com aquele que seu marido pensava ser o cúmplice do adultério? ⁴⁴

A faculdade de fazer testamento não é de direito privado, mas de *direito público* (Papiniano) ⁴⁵.

A Lei Falcídia, que cuida da liberdade de instituir legados dentro de três quartas partes da herança, estabelece, em seu artigo segundo, que qualquer cidadão romano que faça um testamento e tem o direito e poder de dar e legar a um outro cidadão por *direito público* a quantia que quiser, desde que... ⁴⁶.

O manumitido não pode ser obrigado a prometer nada (tratava-se de um caso em que o senhor desejava que o escravo promettesse serviços a

39 D. 50.17.116.1.

40 D. 39.1.1.16.

41 D. 39.2.18.1.

42 D. 11.7.20., proêmio.

43 D. 50.17.45.

44 D. 48.5.41.

45 D. 28.1.3.

46 D. 354241., proêmio; v. também D. 35.2.15.1.

seus herdeiros), mas, ainda que o fizesse, não haveria ação contra ele, pois não podia alterar um *direito público* quem deu a liberdade tão-só mediante um *fideicomisso* ⁴⁷.

Os exemplos demonstram que o Digesto utiliza a expressão *direito público*, cuidando de matéria de direito privado, como dote, tutela, curatela, *denúnciação de obra nova*, *usucapião*, *ação funerária*, *fidúcia*, delitos privados, testamento, legados, *fideicomissos* e *manumissões*.

O *ius privatum*, por sua vez, somente aparece como um ramo do direito, correspondente ao nosso direito privado, no cit. texto de Ulpiano (D. 1.1.1.2.). Vem, às vezes, sem significado preciso: Túbero foi *doctissimus iuris publici et privati*. Em outros passos, *ius privatum* refere-se a uma condição jurídica privada (D. 39.1.5.19.). No citado texto de Papiniano (D. 28.1.3.), em que se nega que *testamenti factio* seja direito privado, a expressão é utilizada no sentido de situação jurídica subjetiva ⁴⁸.

5. As referências aos textos do Digesto buscam demonstrar a inconsistência do argumento de atrelar o direito público à *utilitas* da coisa pública romana, no sentido que hoje, modernamente, damos a interesse.

Além disso, inobstante alguns dos textos mencionarem a inderrogabilidade das normas de direito público, as fontes não autorizam a conclusão que todo direito inderrogável é público, senão que o *ius publicum* é inderrogável. A inderrogabilidade é, tão-somente, um dos atributos do *ius publicum* ⁴⁹.

A afirmação *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* vem da valoração das fontes e da contraposição entre elas. O confronto não é entre *ius publicum* e *ius privatum*, senão entre as *leges* instituídas pelo *populus* e os *privatorum pacta*, i. é, as convenções privadas. Aquelas formavam o *ius civile* e constituíam uma concreção. A norma colocada pelo *populus* não podia ser alterada pelos particulares ⁵⁰.

Para a compreensão do *ius publicum*, como direito do povo, é mister, antes mesmo de examinar o conceito de *populus*, fazer breve incursão histórica para compreender como esse direito público se desenvolveu em Roma, de maneira peculiar, dando origem a institutos próprios, em grande parte contrastantes com aqueles com os quais convivemos em termos hodiernos.

O ponto de partida parece estar no conflito patrício-plebeu, que deu ensejo à chamada Segunda República Romana ou, propriamente, a República Patrícia-Plebéia, ponto de chegada de um longo conflito entre a plebe e o patriciado, com a vitória definitiva da primeira e a criação dos instrumentos que caracterizariam o direito público romano.

47 D. 38.1.42.

48 MARRONE, Matteo. *Derecho Público y Derecho Privado*, cit.

49 Cf. MARRONE, Matteo. *Op.*, cit.

50 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione...*, cit.

No Digesto 1.2.2., em diante, o texto de Pompônio, no importantíssimo livro para o Direito Público Romano (*libro singularii Enchiridii*), está exposta a necessidade de cuidar da origem e desenvolvimento do direito. “E, certamente, no começo de nossa cidade, o povo se constituiu sem lei certa, sem direito certo, e todas as coisas se governavam pelo poder dos reis”⁵¹.

Inobstante, assim, as inúmeras polêmicas historiográficas, têm-se como razoável supor que Roma foi uma monarquia, antes de ser república, sendo que esta foi, primeiro, um regime político em que o poder ficou com a “classe”⁵² patricia para depois, dadas as revoluções plebéias, fugir do monopólio do patriciado, dando origem a uma nova situação.

No decorrer do século VIII a. C. se fez, à margem do Tibre e nos montes vizinhos, uma comunidade urbana dotada de alguns órgãos comuns. A comunidade nasceu de uma aproximação de populações vizinhas e foi constituída de um ou mais grupos sociais autônomos, ou seja, pelas *gentes*. Acontecimentos vários de ordem econômica e comercial, militar e religiosa, bem como a formação de sociedades políticas chamadas *familiae*, integradas nas *gentes*, indicam a possibilidade de uma comunidade única.

Houve, a princípio, uma espécie de federação gentílica, cujos membros usufruíam de grande autonomia, a qual, pouco a pouco, se foi limitando, num processo de unificação progressiva. Havia as *gentes* e dentro delas as *familiae*, essas de coesão compacta sob a *potestas* do *pater familias*; o que funcionava em detrimento do caráter soberano e político das *gentes*.

A repartição gentílica muito antiga corresponde à divisão em tribos, i. é, em três partes (Ramnes, Titienses, Lúceres ou Albanos, Sabinos, Etruscos-Umbrios). A população foi ordenada em trinta cúrias, dez para cada tribo. Daí os comícios curiatis, nos quais o sufrágio é exercido com base nas origens ou em função do nascimento dos homens, com fundamento na estirpe ou na *gens*. O poder supremo dessa comunidade, enquanto constituída por uma federação de grupamentos menores, estava nas mãos de um conselho dos mais velhos. Tal é a origem do *Senatus* (de *senatus*, assembléia dos mais velhos — de *senex*, is velho), que dispunha de autoridade para impor aos grupos os comportamentos conseqüentes às decisões dos órgãos políticos e religiosos da comunidade. O Senado é constituído pelos *patres*. Perante eles o *rex* é investido como chefe político, religioso e mi-

51 D. 1.2.2.1. O livro mencionado de Pompônio foi composto nos tempos de Adriano e oferece um resumo da Constituição política, incluindo a monarquia e a república, não se achando livre de erros decorrentes do quadro das instituições políticas e administrativas da época (v. a propósito, COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*, cit., p. 8).

52 Muito importante colocar a palavra classe entre aspas para não fazer concessões a certa tese pertinente à luta de classes entre patricios e plebeus, quando, na verdade, eles não representavam classes, porém verdadeiras cidades diferentes.

litar. Seu cargo é vitalício, porém não hereditário. Com a sua morte, os poderes soberanos retornam aos *patres* ⁵³.

Pelo nome *pater, is*, deduz-se desde logo o nome da classe patrícia. A ela Marx e Engels se referem em o "Manifesto do Partido Comunista", quando escreveram: "Homem livre e escravo, patricio e plebeu . . . , numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das suas classes em luta". Logo em seguida: "Na Roma antiga encontramos patricios, cavaleiros, plebeus, escravos. . ." ⁵⁴.

Em Roma, pois, desde a monarquia (dita etrusca, porque da Etrúria foram os seus primeiros e legendários reis) havia uma "classe" chamada "patrícia" porque descendente ou integrada pelos *patres*, a qual exercia o poder chancelado pela autoridade do Senado. Mais tarde a *potestas* foi exercida pelo *populus*, mantendo-se no Senado a *auctoritas*. *Senatus Populusque Romanus*. Os patricios foram a classe dirigente e dominante desde a monarquia, mas com a expulsão do último rei, o seu poder como classe sedimentou-se. O rei, em última análise, protegia a plebe. Com a república, a hegemonia do patriciado torna-se mais evidente.

Ao lado do patriciado, havia a plebe, de origem discutível ⁵⁵. Presume-se que, logo em seguida à formação da sociedade gentilícia inicial, diversos espaços econômicos, existentes fora das *gentes*, começaram a ser ocupados por indivíduos ou grupos, os quais conviviam no centro urbano. *Eram comerciantes e artesãos provenientes das vilas e das cidades latinas*, mas principalmente da Etrúria; trabalhadores livres que buscavam e achavam trabalho no novo centro; indivíduos e grupos em busca de defesa e proteção na comunidade urbana; pessoas sem profissão ou dinheiro, que se dedicavam a atividades variadas e marginais em um mercado, cuja importância era sempre crescente. Uma massa nascia fora das *gentes*, em todos os sentidos, político, econômico, religioso, familiar (na acepção moderna de parentesco). No entanto, tudo estava nas mãos das *gentes*: o rei, os outros órgãos do governo, os colégios sacerdotais, a autoridade religiosa. Das *antigas tribos e das cúrias* faziam parte somente os integrantes das *gentes*; todo o *ager* em torno da cidade era possuído coletivamente e dividido entre as *familiae*, pelas antigas *gentes* ⁵⁶.

Durante a monarquia etrusca, a plebe encontrara nos próprios soberanos a sua proteção. A luta entre patricios e plebeus tornar-se-á aberta

53 SERRAO, Feliciano. *Diritto Privato. Economia e Società nella Storia di Roma*. 1 Prima Parte. Napoli, Jovene, 1984, pp. 91 e ss.

54 MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*, vol. 1, São Paulo, Alfa-Omega, s/d., p. 22.

55 Sobre a plebe, a discussão de sua origem e bibliografia a respeito, v. CRESCI SOBRINHO, Elício de. Plebe. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1981, vol. 59: 15-17.

56 SERRAO, Feliciano. *Op. cit.*, p. 95.

com a queda da hegemonia etrusca e em decorrência da grande crise econômica que lhes seguiu, além da exacerbação do monopólio do poder pelos patrícios e de sua fruição dos campos (*agri*).

Com a república, temos em Roma, de forma nítida, dois estamentos, duas cidades, duas "classes" contrapostas política e economicamente.

Os patrícios, originados das antigas *gentes*, os quais encontravam a unidade no domínio da sociedade política, na posse dos campos (*agri*) e no emprego da força trabalhadora colocada, através de várias relações, em estado de submissão.

Os plebeus que tiveram seu núcleo originário naqueles que procuravam trabalho, refúgio e sustentação na comunidade primitiva, e que, através de um longo processo histórico, variado e multiforme, acabaram por crescer demograficamente. Encontraram, por sua vez, uma unidade por motivos opostos aos dos patrícios, i. é, pela sua exclusão da vida política e da fruição dos *agri*⁵⁷.

A queda da monarquia, através de um processo histórico ou de uma revolução, foi em qualquer caso uma vitória da oligarquia patrícia. O rei fora um obstáculo, ora removido, ao controle dos poderes pela classe patrícia. Em outras palavras, a república romana, em sua primeira fase, enfim a primeira república, foi patrícia.

Expulsos os reis pela lei Tribúncia, caíram em desuso todas as leis anteriores e começou, outra vez, o povo romano a reger-se mais por um direito incerto e pelo costume do que por uma lei dada. Isso foi tolerado por quase vinte anos⁵⁸.

O rei foi substituído por magistrados. Uma hipótese verossímil é a de que em lugar do monarca etrusco foram alçados dois magistrados: o cônsul e o seu *collega minor*, o pretor, que viria a exercer a *iusdictio*. As outras hipóteses implicam alguma variação sobre isso, mas o fato relevante está em que *ambos* eram patrícios. Passou a haver, no entanto, uma *anualidade* (eles eram eleitos por um ano) e uma *colegialidade* (cujas conseqüências serão importantes). Os dois magistrados, embora substituíssem o rei com o seu *imperium*, eram controlados pelo Senado, cuja *auctoritas* se estendia, também, em relação a qualquer ato do *populus*. Não havia, assim, ainda uma democracia.

57 SERRAO, Feliciano. *Op. cit.*, p. 99; A formação da plebe, seu conflito com os patrícios e, ainda, o desdobramento disso, vêm descritos, mais uma vez, na matriz marxista, em ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Obras Escolhidas, cit., vol. 3, esp. pp. 103/104. Sobre o conflito, especialmente as instituições plebéias decorrentes da luta, v. FREZZA, Paolo. *Corso di Storia del Diritto Romano*. Roma, Editrice Studium, esp. cap. IV: 86-109; GUARINO, Antonio. *La Rivoluzione Della Plebe*. Napoli, Liguori Editore, 1975; BLOCH, León. *Lutas Sociais na Roma Antiga*. 2ª ed., Portugal, Europa-América, 1974.

58 D. 1.2.3.

Motivos econômicos e sociais fizeram com que a plebe, pelos seus diversos estratos, buscasse a unidade para lutar contra o monopólio econômico e político do patriciado.

Por volta de 492 a.C., a plebe se retirou para o monte Sagrado (assim chamado porque as primeiras leis sagradas foram ali votadas), recusando-se a voltar para a cidade sem antes obter uma garantia ao atendimento de suas reivindicações.

O momento da secessão é incerto, mas provavelmente ocorreu depois da Lei das XII Tábuas, certamente uma reivindicação da plebe.

No Digesto (*Enchiridi*) de Pompônio está dito que depois, quando já havia na cidade a Lei das XII Tábuas, o direito civil e as ações da lei, aconteceu a discórdia da plebe, que se separou e passou a estabelecer leis para si, chamadas plebiscitos. Quando a plebe foi atraída novamente e houve muita divergência em função dos plebiscitos, determinou-se pela Lei Hortência que eles deveriam ser observados como leis. E isso foi feito de modo que, ainda quando entre os plebiscitos e a lei houvesse diferenças, fosse, apesar disso, igual a sua autoridade⁵⁹.

Do ponto de vista político, a plebe desejava uma organização própria e o direito de escolher seus próprios chefes para representá-la no confronto com a cidade patricia. Intentava eleger seus próprios magistrados com o poder e a competência de defendê-la diante da cidade patricia. Desejava, também, a proteção aos devedores, fruto da exploração econômica patricia.

Aceitas algumas reivindicações pelo Senado patricio, a plebe criou os seus primeiros tribunos (cinco), dentre eles os chefes da insurreição: Caio Sicínio Belluto e Lucio Junio Bruto⁶⁰.

Seguiu-se uma deliberação da plebe, pela qual se estabeleceu: a) quem constranger o tribuno a fazer qualquer coisa, usar ou fazer usar violência contra ele, ou o matar ou ordenar que alguém o mate, será considerado maldito (*sacer*); b) os seus bens confiscados, consagrados a Ceres; c) quem matar um homem *sacer* está isento de pena. Juraram que ninguém poderia revogar aquela lei.

Outras deliberações foram tomadas pela plebe, sempre no sentido de sua afirmação e na busca do governo da *civitas*.

As reivindicações da plebe vão ser concretizadas em vários passos. Pela Lei das XII Tábuas, editada pelos decênviros (breve intervalo no sistema de governo republicano romano), o direito não é mais revelado pelos pontífices e magistrados patricios, mas está preordenado e divulgado. Esse elemento é, sem dúvida, democrático. Dizem que o tirano de Siracusa mandou escrever as leis de seu reino na abóbada de um templo,

⁵⁹ D. 1.2.8.; v. SURGIK, Aloisio. Do Tribunato da Plebe e do Conceito de Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, 38: 73-83, abr./jun., 1986.

⁶⁰ A criação dos tribunos representa um momento fundamental. D. 1.2.20.

cuja altura impedia aos súditos que as conhecessem. O casamento dos plebeus passou a ser reconhecido como *conubium* e não como mero *contubernium*. Além disso, institucionalizou-se o casamento misto, i. é, a possibilidade da união matrimonial entre plebeus e patrícios (Lei de 445 a.C., votada graças à atuação do tribuno Canuleius). Duas motivações estritamente políticas foram atendidas: a solução para o problema das dívidas e a reforma agrária. Os plebeus escravizados por dívidas recuperaram a liberdade e as dívidas dos insolventes foram abolidas. Em 365 a.C., graças à atuação dos tribunos da plebe, uma lei licínia determinou se processasse a distribuição entre os pobres, de terras tornadas disponíveis. Anote-se, aqui, uma curiosidade. A distribuição de terras aos plebeus deu ensejo à propriedade, porque, até então, as terras eram públicas e o patriciado delas usufruía, porque, afinal, os patrícios tudo possuíam. Daí afirmar-se que o instituto da posse é, originariamente, patricio, enquanto a propriedade é plebéia.

As reivindicações propriamente políticas foram as mais relevantes para a formação do futuro regime. Os plebeus pretendiam o acesso às magistraturas. Para evitar que eles chegassem ao consulado, os patrícios o suprimiram temporariamente. Mas, no fim, a plebe venceu: teve acesso às magistraturas, garantiu o acesso ao Senado e viu equiparado o plebiscito à lei ⁶¹.

Depois de um período de lutas e de anarquia, em 367 a.C., foram aprovadas as propostas apresentadas em 377 a.C., pelos tribunos Licinius Stolon e L. Sextius Lateranus. As *leges sextinae* restabeleceram o consulado. Haveria dois cônsules e um deles seria plebeu. O governo estava assegurado, em termos formais. Mas, após os primeiros consulados, os cônsules voltaram a ser patrícios, até que nova revolta da plebe impôs, na realidade, a sua participação (episódio do golpe de "mão" pelo cônsul Mânlio, em 357 a.C., no acampamento militar fora de Roma, a que a plebe reagiu e se impôs, dando, aí, origem, de fato, a um novo regime consular patricio-plebeu) ⁶².

Desde então o consulado foi dividido. Mas, verificando os fastos capitolinos, nota-se que, inobstante a presença plebéia-patricia no consulado, determinadas famílias de ambas as "classes" se alternavam no exercício dos cargos ⁶³. Em outras palavras, surgia uma nova classe dirigente, uma nova elite, formada por patrícios e por plebeus.

No entanto, as bases de um novo regime estavam acertadas e os instrumentos jurídico-políticos nascidos das lutas plebéias ficaram definitivamente incorporados à constituição romana.

61 GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. 7ª Ed. Petrópolis, Vozes, 1983, p. 34.

62 SERRAO, Feliciano. *Op. cit.*, p. 128.

63 DEBRASSI, Atilius. *Fasti Capitolini*. Torino, Paravia, s/d., 191 p.; BROUGHTON, T. Robert S. *The Magistrates of the Roman Republic*. New York, American Philological Association, 1951, 2 vols.

Quanto ao regime, mereceu ele o elogio de Políbio: a combinação das espécies monárquica, aristocrática e democrática. O governo misto, em que o elemento monárquico se representava no consulado; o aristocrático, no Senado; o democrático, nos comícios⁶⁴.

Os instrumentos são os que, na versão de Rousseau, possibilitariam o cotejo crítico com o regime constitucional contemporâneo. De fato, por eles é possível visualizar algumas questões: a) a democracia direta, os comícios, técnica semi-direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular das leis, possibilidade da utilização da cibernética para apurar-se a vontade popular); b) a questão do tribunato (problema especial da representação, mandato imperativo, "defensor do povo", possibilidade procedimental compondo conflitos entre partidos ou classes); c) a questão dos poderes negativos por oposição à tripartição dos poderes (o tribuno da plebe nada pode fazer, mas tudo pode evitar; princípio da *intercessio* e da *colegialidade* das magistraturas romanas; consenso *versus* princípio majoritário).

7. Nessa linha, importa colocar o problema do fundamento do poder em Roma. Quais os titulares da *potestas*? Deus, o povo, os magistrados, o *pater familias*? Hoje se observa que o *populus* é o titular por excelência da *potestas*⁶⁵.

O problema tem óbvias implicações na democracia, o governo do povo⁶⁶.

Fundamental é, portanto, entender o significado do *Populus Romanus Quirites*, sem o que não se compreenderá o sentido de *civitas*, nem os outros nele imbricados.

Deflui do próprio Digesto, mais propriamente das explicações do Imperador Justiniano na *De Conceptione Digestorum (Deo auctore)*, a importância em considerar-se a união entre o direito, a política e a religião, que os modernos insistem em separar; o direito romano, afinal, é o conhecimento das coisas divinas e humanas; a idéia de império (diferente do Estado soberano em relação ao território e ao povo) integrada pelos conceitos de *urbis* e *orbis*, conceitos jurídicos sem os quais não se entende o direito romano, que começa com a fundação de Roma e, segundo Justiniano, não terminará jamais; o poder do povo e o poder do Imperador derivado daquele ("...*omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem...*").

64 POLIBIOS. *História*. Brasília, UnB, 1985, pp. 325 e ss.

65 LOBRANO, Giovanni. *Il potere dei tribuni della plebe*. Milano, Giuffrè, 1982, p. 292.

66 Cf. CATALANO, Pierangelo. Il principio democratico in Roma. *Studia et documenta historiae et iuris. Romae Pontificia Universitas Lateranensis*, 28: 316-29, 1982.

No Digesto, aliás, em conhecido texto de Juliano, exalta-se o costume nos casos de não se usarem as leis escritas e se aquele não existir, então o que for análogo e conseqüente; e, se ainda este não existir, observar-se-á o uso em Roma. Não sem razão guarda-se como lei o costume inveterato, sendo este o direito que se diz estabelecido pelo costume. Porque assim como as leis não obrigam por outra causa, senão por que foram recebidas pelo juízo do povo, assim também com razão guardaram todos o que, sem estar escrito, o povo o aprovou. Que importa declare o povo sua vontade com votos ou com fatos e coisas? Em razão disso, admite-se corretamente que as leis se derogam não somente pelo voto do legislador, senão também pelo tácito consenso de todos e pelo desuso⁶⁷.

No parágrafo 10 da *Deo auctore*, Justiniano resolve o problema das fontes do direito público e das conseqüências do conflito do direito no tempo, bem como da hierarquia dos preceitos no espaço e no tempo: "Em nenhum caso deveis inserir leis reportadas nos antigos textos e já caídas em desuso, pois queremos que obtenham força tão-somente aquelas de uso freqüentíssimo nos juízos e confirmadas pelo longo costume na alma desta cidade, conforme o que escreveu Salvio Juliano, isto é, que todas as cidades devam aplicar os costumes de Roma, capital da terra e não ela a das outras cidades. Por Roma se deve entender não somente a antiga, mas também esta nossa sede, a qual mediante a proteção de Deus, foi fundada sobre augúrios dos mais favoráveis."⁶⁸ Era, ainda, uma maneira de conciliar Roma e Constantinopla, a *urbis romana* com o *orbis terrarum*.

Pompônio, aliás, em seu *libro sigulari Enchiridii*, inserido no Digesto 1.2. — *De origine iuris et omnium magistratuum, et successione prudentum* — trata do direito público, com certa exclusividade.

8. A definição clássica de povo está em Cícero.

"Assim replicou o Africano, a república é a coisa do povo; este, todavia, não é um^o ajuntamento qualquer de homens reunidos, mas a reunião de muitos, associados em virtude de um consenso sobre o direito e de interesses comuns. A causa primeira de sua reunião é menos a fraqueza do que a tendência natural dos homens a reunirem-se; a espécie humana não é formada de seres isolados, à procura uns dos outros, mas criada de maneira tal que mesmo na abundância ela não deseje a solidão."⁶⁹

E noutro passo: Assim todo povo, que é a multidão que forma um grupo, tal como eu o descrevi, toda a *civitas*, que constitui o povo, toda república que, como disse, é a coisa do povo, deve, para durar todos os dias, ser dirigida segundo um certo *consilio*⁷⁰.

67 D. 1.3.32.

68 Cf. *Deo auctore*.

69 CÍCERO. *De Re-publica*. VI, 13, 13, Paris, Belles Lettres, 1980, 2 t.

70 *Idem, ibidem*, I, 28, 41.

Essa definição de *populus* — *coetus multitudine iuris consensu et utilitatis communionem societas* — não faz qualquer referência ao elemento étnico (*natio*), nem a aspectos culturais.

O povo não é um ente abstrato, como a idéia de Estado, mas um conjunto de pessoas.

Uma conclusão possível está em que a disparidade sócio-econômica não possibilita um *populus*, uma vez que a consequência disso seria a ausência de uma consciência comum, mas muito mais grave seria conceber um povo sem o seu direito, sem o direito que ele povo elaborasse.

A recuperação da idéia romana de *povo* torna possível à sociedade contemporânea recuperar a unidade do direito público e do direito privado ⁷¹.

A expressão *Populus Romanus Quirites* é antiqüíssima e indica o conjunto dos cidadãos romanos. Sua origem religiosa vem demonstrada pelas fontes. Outras expressões coletivas indicam partes do *populus Romanus* (*plebs, milites, exercitus legionisque*) ⁷².

A criação do Estado moderno possibilitou a abstração do conceito de povo, que, afinal, o liberalismo transformou em um conjunto de seres abstratos, chamados cidadãos; de igual maneira como o materialismo os forjou, unicamente, como seres econômicos; o trabalhismo, como trabalhadores; os geopolíticos, como entes geográficos; os freudianos, como seres sexuais, e assim por diante. As abstrações não somente desnaturaram o conceito de povo, imantado de concretismo na concepção romana, como geraram uma visão parcial do homem.

9. Duas categorias importantes para a compreensão do direito público romano são as idéias de *civitas* e de *res publica*.

Se há certa discussão sobre a formação da cidade, do ponto de vista de sua origem (base familiar fundada nos vínculos de sangue; multiplicação das *gentes* antes da comunidade política; teses patriarcais; aglomeração primitiva na horda com o surgimento de *grupos menores por fracionamento*; caráter político dos organismos menores; a família e a *gens*; a confederação dos latinos, etc.) ⁷³ a idéia de *civitas* está vinculada, pelo menos no testemunho de Aulo Gélío, a um lugar, uma situação, aos direitos de todos e do conjunto de homens ⁷⁴.

71 CATALANO, Pierangelo. *Populus Romanus Quirites*. Torino, Giappichelli, 1974, nota introdutória.

72 *Idem, ibidem*, pp. 97 e ss.

73 TORRENTE, Armando. *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Oviedo, 1979, pp. 57 e ss.

74 AULO GÉLIO. *Noctes Atticae*, livro XVIII, 7, 5.

Dessa maneira, *civitas* pressupõe a existência de homens e de seus direitos, dada uma determinada situação.

Essa situação jurídica particular dos *cives* indica a cidadania, vale dizer que a *civitas* é o lugar onde está a maior parte dos *cives*, o que é diferente da soma dos indivíduos, senão como uma unidade organizada deles.

Aulo Gélío fornece três sentidos de *civitas*. A terceira parece a verdadeira: *civitas est hominum multitudo societas vinculo adunata, dicta a civibus, id est ab ipsis incolis urbis. . . Nam urbis ipsa moenia sunt, civitas autem non noxa, sed habitatores vocantur* (Isidoro, *Etym.*, XV.2.I)⁷⁵.

Cícero, de igual maneira, concebe a *civitas* como um complexo de homens livres juridicamente organizados em uma vida coletiva: *Nihil est enim illi principi deo qui omnem mundum regit, quod quidem in terris fiat, acceptius quam concilia coetusque hominum iure sociati quae civitates appellantur; . . .*⁷⁶.

A *civitas* implica: a) a participação direta de todos os membros livres da comunidade na vida política; b) a organização jurídica dessa participação⁷⁷.

Se faltar a participação não se há de falar em *civitas*, nem em *polis*. Onde for decisiva a vontade de um só, não há *civitas*, mas um *regnum*. Reino opõe-se a *civitas*, assim como Basileia se opõe a *polis*.

A organização jurídica é imprescindível. Cícero, mais uma vez, ensina: "Em conseqüência, se a lei é o vínculo da comunidade cívica, e o direito igual para todos, a sociedade dos cidadãos pode ter um direito que não seja comum para todos? Se não é possível igualar as fortunas, nem os talentos, não há dúvida de que os direitos de todos os cidadãos devem ser iguais na república. Que é a *civitas*, senão a sociedade de direitos entre os cidadãos? . . ." ⁷⁸

Na verdade, Cícero explica a organização jurídica pelos três elementos do governo misto de Políbio, i. é, o governo de um, mais o conselho dos anciãos, mais a assembléia dos livres.

10. A coisa pública, já vimos, é a coisa do povo. A república romana não deixa de ser exaltada. Ela se projeta para todos os séculos. Desde a sua fundação até os nossos dias seus elogios são inexauríveis. Considere-se que ela não se abala com o principado e ainda Justiniano, como assinalamos, no fim do Império do Oriente, ainda a menciona na constituição *Deo auctore*.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, XVIII, 7.

⁷⁶ CÍCERO. *De Re Publica*, cit. VI, 13, 13.

⁷⁷ LOMBARDI, Gabrio. *Appunti di Diritto Pubblico Romano*. Roma, Disperse Universitaire Società Anonima, 1940-1, p. 102.

⁷⁸ CÍCERO. *De Re Publica*, I, 32, 49.

Rousseau, nas pegadas de Maquiavel, proclama que todo governo legítimo é republicano. “Eu não entendo, diz ele, por essa palavra somente uma aristocracia ou uma democracia, mas em geral qualquer governo guiado pela vontade geral, que é a lei”⁷⁹.

A república romana é fruto de uma concepção característica e peculiar de Roma, já estava presente no chamado “estado” quiritário, sobrevivendo até os albores do Século I, a. C., embora a idéia referida por Cícero (*res publica res populi*) tenha permanecido viva até o fim do Império.

Essa república revela traços fundamentais de uma estrutura arcaica da sociedade política e somente pode ser compreendida em face do desenvolvimento histórico, que desembocou no fim do “estado” quiritário e na admissão dos plebeus à cidadania⁸⁰. A plebe lutou um século e meio contra a exclusividade patricia, mas o direito romano se caracterizou por uma permanente extensão da cidadania a todos os povos do Império, até a famosa *Constitutio Antoniana de civitate peregrini danda*, que, em 212 d. C., a todos os habitantes do Império.

11. A *potestas* pertence ao povo, embora a *auctoritas* esteja no Senado. A questão do poder do povo leva, de imediato, à questão da democracia direta em Roma e à compreensão dos comícios.

Os *comitia curiata* foram perdendo importância na república (simbolicamente eram representados por trinta lictores, que se reuniam para deliberar em determinados negócios familiares). Os *comitia centuriata* (*comitatus maximus, exercitus urbanus*) desenvolveu as suas funções, especialmente aquelas atinentes às eleições dos magistrados maiores (cônsules, pretores e censores). Os cidadãos homens (não importa sua situação familiar), aptos às armas (de 17 aos 60 anos) eram distribuídos, em relação ao censo familiar, em 193 centúrias, 18 das quais eram os *equites*, o restante era dividido em 5 classes censitárias dos *pedites*. Os proletários eram divididos em 5 centúrias.

Os *Comitia tributa* elegiam os magistrados menores e eram uma adaptação dos *concilia plebis* (antigas assembleias deliberativas da plebe ordenada em tribos), para a eleição dos magistrados (?) plebeus (tribunos e edis) e pela deliberação de provimentos de interesse plebeu. Tais plebiscitos, para terem valor normativo geral, deveriam, antes da *lex Hortensia* de 287 a. C., deveriam ser ratificadas pelos comícios centuriados, até depois do nada obsta senatório (*auctoritas patrum*). O resultado da vontade popular geral, não foi mais um *plebis scitum*, mas um geral *iussum populi*, i. é, uma *lex* (*lex tributa*)⁸¹.

79 ROUSSEAU, *Contrato Social*. II.

“O Príncipe, de Maquiavel, é o livro dos republicanos” (*idem, ibidem*, III).

80 GUARINO, Antonio. *Storia del Diritto Romano*. 4ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1969, p. 180.

81 GIUFFRÈ, Vincenzo. *Il Diritto Pubblico nell'esperienza romana. Appunti di Parte Generale del Corso*. Napoli, Jovene, 1977, p. 67.

Compreende-se, assim, o texto de Gaio; Lei é o que o povo ordena e constitui. Plebiscito é o que a plebe manda e constitui. A plebe, todavia, se diferencia do povo, à medida que o termo povo significa o universo de todos os cidadãos incluindo os patrícios; e plebe tem igual o significado com exceção dos patrícios. Por isso, durante um tempo, os patrícios diziam não estar vinculados aos plebiscitos, porque feitos sem a autoridade deles, mas depois da lei Hortensia os plebiscitos vincularam a todo o povo; assim, desse modo, foram equiparadas às leis ⁸².

O conjunto das *leges publicae populi romani* foi denominado em seguida *ius publicum* ⁸³.

Considere-se que, mesmo na república, Roma conserva aspectos monárquicos, em razão da presença do cônsul ⁸⁴.

Em Roma, a indagação ao povo para pedir-lhe a cooperação e a participação servia para legitimar o governo, como anota Mommsen ⁸⁵. Na Constituição patrício-plebéia, a convocação do povo, feita a abstração dos comícios curiados que são competentes, nessa época, somente para os negócios privados e sob a presidência do pontífice máximo, que vai ser substituído pelo magistrado supremo, i. é, o cônsul, o *interrex*, o ditador, o pretor.

Os *comitia* têm dupla forma: civil e militar. O cidadão é também soldado.

Na visão de Mommsen, o esquema republicano está próximo do Estado de representação liberal, há uma mera técnica de organização do poder, para legitimá-lo. O tribuno da plebe, p. ex., somente teria a função de convocar a plebe.

Os magistrados fixam o dia para os comícios, salvo os *dies fasti*, os festivos e os dias *nefasti*, com antecipação de dois dias. O local é aberto e dentro da cidade no (*comitium*) para a assembléia das cúrias. A assembléia militar, das centúrias, sempre se realizava fora dos muros, em regra no campo de marte (até quando a plebe consegue se impor). A assembléia das tribos se procede com menor rigor; assim como os concílios da plebe, que pode ser dentro ou fora dos muros da cidade ⁸⁶.

Na ordem das discussões preliminares valem normas diversas, conforme forem eleições, processo ou projeto de lei.

⁸² *Institutas*, 1, 3.

⁸³ GIUFFRÈ, op. cit., p. 67.

⁸⁴ MOMMSEN, Theodor, *Disegno del diritto pubblico romano*. Trad. P. Bonfante a cura di V. Arangio-Ruiz. Milano, Celuc, 1973, p. 353.

⁸⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁶ MOMMSEN, Theodor. *Disegno...*, cit., p. 358.

Nos projetos, há discussão preliminar para recomendar (*suasiones*) ou combater (*dissuaciones*). As discussões preliminares são diante do povo, não distribuído pelas suas divisões — nem no dia da votação, mas no fôro, onde a certa distância dos lugares próprios da votação se achavam os *rostra* (as tribunas dos oradores). Na manhã da votação, o povo é convidado a fazê-lo. Nesse momento, o magistrado invoca a proteção dos deuses, com a tomada dos auspícios. Na assembléia da plebe, não há auspícios, mas a divindade pode intervir e os áugures estão presentes⁸⁷.

12. Uma característica importante do direito público romano, a ser utilizado na crítica à modernidade, está na já referida colegialidade, que conduziu a idéia da *intercessio*, pelo qual um magistrado, o cônsul, p. ex., podia vetar o outro, na república patricio-plebéia. Essa concepção leva à idéia dos poderes negativos, diferente do projeto de Montesquieu da tripartição dos poderes e de seu equilíbrio. O direito de veto, de impedir que as coisas sejam feitas, surge nítido no tribunato da plebe, como lembra Rousseau. De fato, o tribuno da plebe nada podia fazer, mas tudo podia evitar⁸⁸. A idéia dos poderes negativos supera a da divisão de poderes e implica o caráter revolucionário do direito de resistência aos governos injustos, bem como outros desdobramentos na vida política contemporânea⁸⁹.

Maquiavel, ao situar a característica da república romana na desunião entre a plebe e o Senado, associa o surgimento dos tribunos à guarda da liberdade a ela cometida⁹⁰.

Juan de Mariana faz um cotejo entre a Justiça Mayor de Aragón e os tribunos de Roma, para caracterizar os últimos como instrumentos da limitação do poder real. A comparação serve para estabelecer uma correspondência entre o *ius resistendi* e a *tribunicia potestas*, i. é, entre o direito de resistência e o poder tribunicio, como órgão da vontade popular.

Robespierre viu no tribunato uma alternativa para a idéia do equilíbrio dos poderes (*Discours sur la Constitution*, 1793). Catalano lembra que a instituição de um poder tribunicio à Maquiavel, ao estilo dos monarcômacos e à Rousseau, está presente em algumas propostas da Revolução francesa, encontrando a resistência no liberalismo político e no ordenamento do chamado “Estado de direito” burguês⁹¹.

Naquela idéia — da *intercessio* e dos poderes negativos — se situam, portanto, as técnicas de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais,

87 MOMMSEN, Theodor. *Disegno...*, cit., p. 359.

88 ROUSSEAU. *O Contrato Social*.

89 CATALANO, Pierangelo. Poder Negativo. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 59: 146-159, 1981; cf. ainda, desse autor, *Tribunato e Resistência*. Torino, Paravia, 1971, esp. pp. 117 e ss. “Prospettiva Ultima. Divisione deu Poteri e Poder Negativo.

90 MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. Sérgio Bath. Brasília, UnB, 1979, cap. quarto.

91 CATALANO, Pierangelo. Poderes negativos. *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

cujas violações podem ser perpetradas por atos particulares, administrativos e jurisdicionais. Aí, também, estão as técnicas de controle de constitucionalidade das leis, em suas várias formas (difusa ou concentrada), o fundamento da ação popular, como também a justificativa das greves, o direito de resistência aos governos injustos e o poder revolucionário. Fala-se, hoje, mesmo em uma reflexão sobre a teoria geral do poder negativo⁹².

13. Como já anotado, o adjetivo público provém de *publicus*, *poplicus*, *populicus*, relacionando-se, portanto, com *populus*. Daí a idéia de que *ius publicum* era o direito que emanava do povo e da lei por ele elaborada, embora mais tarde tenha tido origem em outras fontes, como o *senatusconsultus*, as constituições dos imperadores, os editos do pretor, quando as assembléias populares deixaram de existir.

O *ius publicum* é o direito do povo, não o do Estado. O *ius publicum* expressa uma idéia de tudo o que é conexo com o *populus*, impondo-se a necessidade de uma exegese das fontes jurídicas.

Na verdade, as fontes do *ius publicum* são políticas — hoje, diríamos, estatais — em primeiro lugar a *lex publica* e as equiparadas a ela os *seenatusconsulta* e as *constitutiones principum*⁹³.

O uso do *ius publicum* nas fontes, como já assinalado no citado trabalho de Marrone, se refere aos diversos ramos do direito (família, coisas, obrigações, sucessões e mesmo constitucional, atendo-se à *potestas*, aos magistrados e ao direito aos cargos e funções públicas⁹⁴. A dificuldade do direito público romano está na ausência de normas explícitas, o que torna discutível a possibilidade da reconstrução dos seus conceitos e princípios. Cícero pode nos oferecer muitas das nossas referências, embora ele não fosse um jurisprudente. A leitura da *De Re Publica* e a da sua continuação *De Legibus* somada ao conhecimento da vida concreta constitucional pode oferecer alguma conclusão, como a de que houve amplo desenvolvimento de todo o direito na república, sobretudo a lei⁹⁵.

O direito público romano não teria relevo algum na formação do jurista moderno, porque não teria repercutido nos sistemas jurídicos modernos, construído sobre a base estatal, vale dizer, que o direito público moderno é o direito do Estado (*Staatsrechts*), não o direito do povo⁹⁶.

92 SCHIPANI, Sandro. *Defensa jurisdiccional de los derechos humanos y poder negativo*. In *Constitucionalismo Latino y Liberalismo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990, pp. 15-36.

93 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione*. . . cit.

94 NOCERA, Guglielmo. *Ius Publicum* (D. 2.14.38.) *contributo alla ricostruzione storico-Esagetica delle Regulae Iuris*. Roma, edizioni italiane, 1946, p. 104; sobre a historiografia do direito público romano, v. GIUFFRÈ, *op cit.*; a respeito de sua evolução e conteúdo, v. RUGGIERO, Ettore de. *Studi sul Diritto Pubblico. Da Niebuhr a Mommsen*. Firenze, coi tipi dei successori le Monnier, 1875.

95 LOMBARDI, Gabrio. *Appunti di Diritto Pubblico Romano*, cit. pp. 93 e ss.

96 LOMBARDI, Giovanni. *Il Potere dei Tribuni della Plebe*. Milano, Giuffrè, 1982, p. 6.

O reconhecimento dos *comitia centuriata* como assembléia constitucional determinou a admissão, dentre as fontes do ordenamento romano, das *leges publicae populi Romani*, i. é, as deliberações comiciais (em especial as de caráter normativo) do *populus Romanus Quiritium*. *Leges eram todas as deliberações comiciais, incluindo o creatio das magistraturas e as iudicia*, mas depois apenas de caráter normativo e excepcionalmente as de caráter *privilegium* (a favor ou contra alguma pessoa). As *leges publicae* mantiveram-se, ao máximo, estranhas ao sistema do *ius civile vetus*, vinculado, pelo seu desenvolvimento posterior, à iniciativa da *interpretatio prudentium*. Depois, as *leges* interfeririam na formação do *ius civile*. Assim, o *ius publicum* se transformou no regulamento normativo posto por uma lei pública e a *lex publica*: “*generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*”⁹⁷.

14. A dicotomia na vertente romanista tem, obviamente, uma explicação didática, instrumental, de origem gramatical classificatória. Seu fundamento, todavia, se situa no *ius publicum*, como base do direito romano.

Como o direito público romano⁹⁸ não influenciou a política dos novos tempos, pelo menos na criação das fórmulas constitucionais, salvo excepcional e esporadicamente no caso de Robespierre e de Napoleão, nem serviu à formação do jurista e menos à elaboração dogmática científica do direito, que sentido tem a sua ênfase no ramo dicotômico?

Afinal, como se afirmou, o *ius publicum* é o direito do povo, não o direito do Estado, sendo, por isso, incompatível com esse Estado, na sua fisionomia moderna, para que serviria o estudo desse direito público de Roma, além de especulações acadêmicas ou históricas?

15. O Direito Romano, como elemento indissociável de nossa Cultura, como aspecto inerente à civilização, não se exaure — salvo distorção incompreensível e traição às suas origens — na recepção do que, modernamente, se chama de Direito Privado. O movimento de sua expansão e adaptação, mesmo após o desaparecimento material de Roma e de seu Império, não se restringe à herança de sua doutrina, de seus institutos, de suas leis e sua incidência na criação de “direitos novos” com bases romanísticas, compreendidos eles, meramente, em ordenamentos jurídicos positivos disciplinando as relações jurídicas, *hoje*, ditas de direito privado.

Seria muito estranho, em termos históricos e culturais, que o nosso pensamento jurídico, nossos métodos, nossas intuições, toda a nossa educação jurídica, fossem pela metade, separados das necessárias referências ao Direito Público. Se, por acaso, essa visão parcial da realidade do Direito

⁹⁷ GUARINO, Antonio. *Storia del Diritto Romano*, cit., p. 268.

⁹⁸ A respeito das fontes jurídicas, políticas, históricas e literárias do Direito Público Romano, bem como o seu desenvolvimento científico e a sua bibliografia doutrinária moderna e contemporânea, v. COSTA, Emílio. *História del Derecho Romano Público y Privado*, cit., Introdução: as Fontes e a literatura do *ius publicum*. V. também SERAFINI, Enrico. *Il Diritto Pubblico Romano*. Pisa, Mariotti, 1896. Na bibliografia brasileira, CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Direito Público Romano*. São Paulo, 1971.

Romano foi predominante em um determinado momento, por motivos não difíceis de explicar historicamente, isso não significa que deva durar sempre, mas, ao contrário, pode autorizar a conclusão de que a história continua e nela está latente ao menos a possibilidade de o Direito Público Romano exercer um papel relevante não apenas a nível acadêmico, mas também nas transformações políticas.

Se, de fato, pretendemos um Direito Romano vivo, não podemos deixar de considerar a sua face política, presente no *ius publicum*, sob pena de fazê-lo estiolar na parte do chamado direito privado moderno, ou seja, na parte em que tanto nos orgulhamos da presença romanista.

De igual maneira, como os "direitos" que surgiram do Direito Romano não indicam uma repetição deste, mas uma renovação, atendidas as circunstâncias históricas, nada impede a recepção tardia do *ius publicum*, não para repeti-lo, porém para considerá-lo, como instrumento de crítica da realidade contemporânea, ou como inspiração para a solução jurídica-política dos problemas de nossos dias e de nossa preparação para o próximo milênio.

Essa missão que podemos atribuir ao Direito Público Romano pode ser tanto mais relevante quanto considerarmos a problemática latino-americana, típica das sociedades, pouco desenvolvidas, do sul do planeta, em cotejo com o norte desenvolvido e próspero, mas com evidentes sinais de hegemonias não propriamente de bases romanistas, incluindo nesse ponto a excessiva visão individualista, pragmática, indiferente aos aspectos morais referidos ao Direito.

Nessa perspectiva se situam a discussão sobre os conceitos de *populus*, *civitas*, *republica*, *lex*, ação popular, classificação dos bens públicos, tribunato do povo, e a respeito do próprio significado do direito público e de suas fontes.

A compreensão do *ius publicum* e seu destaque na dicotomia tradicional servem para a crítica do Estado e do seu direito, dos seus regimes políticos, da sua perspectiva internacional, dos seus quadros constitucionais. Ajudará, talvez, à preparação do *dies irae* desse misterioso Leviatã, contra o qual as mais poderosas idéias se dirigem sem êxito favorável.

Nessa crítica, são colocadas as categorias do direito público romano como as idéias de império e de seu direito supranacional; das magistraturas recebidas do povo; do tribunato em oposição aos representantes; dos poderes negativos diferenciados da tripartição de poderes; do instituto da *intercessio*, como órgão de consenso e de respeito às minorias; da república patricio-plebéia, como possibilidade da resolução dos conflitos internos e externos; da democracia direta dos antigos *versus* a chamada "democracia" dos representantes, indireta e ficta, técnica abstrata de legitimar o poder; da colocação precisa do embate entre o liberalismo e a democracia, entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos.