

# O Direito Romano e a noção ocidental de "Direito"

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia;  
da Faculdade de Direito da Universi-  
dade Federal de Pernambuco

## SUMÁRIO

- A noção de direito e os direitos históricos.
- O direito romano e sua exemplaridade histórica.
- O "legado" romano e o "direito" ocidental moderno.

A imagem que se tem do direito, sobretudo em termos acadêmicos, e que serve de base ao seu conceito, corresponde a uma superposição de arquétipos. Com esta afirmação aludimos tanto aos arquétipos mais "remotos", entre os quais se situam as próprias simbolizações míticas (marcos de uma possível época primeva no sentido inclusive de Vico), como os mais "próximos", que se dão na história propriamente dita e que chegam até os fundamentos de nossa experiência jurídica mais concreta.

Evidentemente a existência de arquétipos não se restringe ao campo do direito: eles ocorrem em praticamente todas as áreas do viver social desde os primórdios, e é comum que o direito “receba” moldes arquetípicos vindos de outras áreas. Ou seja: imagens religiosas, constantes linguísticas, tendências sociais basilares, se transferem ao direito na medida em que — tanto quanto é possível vislumbrar as coisas no tocante às origens — isto que se chama *direito* se vai estruturando dentro dos grupos sociais (ou com eles).

Noções como honra (*aidós*), vingança, preço, pena, propriedade, justiça (ou justeza), correntes no tipo de ordem social que deve ter sido o da Grécia arcaica, como deve ter sido o da proto-história de todas as grandes culturas, vão-se consolidando num ordenamento que com o tempo (e sob certas condições) passa a ser tido como “jurídico”, a depender da linguagem vigente (1). As posteriores transformações na ordem social, que em certos casos passa da aristocracia para a democracia, ou passa do feudalismo à monarquia centralizada, ou ainda — como em Roma —, passa da realeza primitiva a uma República transitória, tais transformações alteram com freqüência o valor daquelas noções; mas permanece a noção de uma ordem “jurídica”. Este permanecer corre por conta, em grande medida, da continuidade das alusões a tal ordem, por parte de um saber que se torna posterior em relação à experiência básica. E, com o passar do tempo, o registro histórico das coisas passa a dispor da imagem de várias ordens “jurídicas”, através das quais persiste como uma constante a noção mesma do direito, e que serve de lastro às reelaborações conceituais.

Cabe dizer que o chamado “Ocidente”, sobretudo considerado enquanto padrão cultural a partir da Idade Média, reuniu mais do que as outras culturas o hábito do pensar histórico. Deste modo, aquele registro das coisas se tornou, no Ocidente, muito mais possível e muito mais complexo do que em outros orbes culturais. E é neste registro ocidental que aparecem, superpostas, as imagens referentes à ordem sócio-política de outras culturas. Na verdade a noção de *direito*, cunhada pelos romanos, mas não tratada por eles em termos abstratos, nem trabalhada sob prisma histórico, veio a ser desenvolvida no Ocidente como uma experiência própria, mas também como entidade genérica em extremo grau.

Quando, já no período chamado moderno, se consolidou no Ocidente a idéia de uns tantos direitos “históricos”, passou a ser um problema

(1) FRANCESCO D'AGOSTINO, *Per un'Archeologia del Diritto — Miti Giuridici Greci*, Ed. Giupprè, Milão, 1978.

metodológico o convívio entre esta idéia, sempre enriquecida por novos conhecimentos históricos, e o conceito genérico do direito, necessitado de estabilidade e pretensamente universal. Contudo, o que se acha por trás do conceito é sempre, no caso, uma representação empiricamente alimentada e que corresponde aos ordenamentos passados e presentes, efetivamente conhecidos.

Entre tais direitos, entretanto, se destaca o direito romano. Nem seria preciso arrolar as referências à sua importância histórica, feitas por diversas gerações de estudiosos: basta acentuar o vínculo entre a presença da imagem romana do direito e a base da própria noção ocidental do direito.

O direito romano e o islamismo vêm sendo, talvez, os dois casos de mais extrema duração de um "sistema" jurídico; com a diferença que, enquanto o sistema islâmico perdurou como direito positivo, mas não estendeu maiormente sua influência no plano doutrinário, o direito romano, extinto enquanto ordenamento positivo, vem perdurando através de influências positivas e de desdobramentos doutrinários.

O direito moderno, correlato do Estado moderno, ou antes, dos Estados modernos, soberanos e plurais, se fez secular e racionalizado, estatizado e legalista, contrariando em grande parte o direito medieval. O direito romano, que havia sido estatal mas não de todo nem sempre, racional mas não no sentido restritivo do termo, tinha sido também legalista mas não tanto. A noção de direito, que no medievo guardou conotações teológicas e que integrava e incluía a experiência consuetudinária, sofreu algumas refrações ao passar aos Estados modernos. Para o pensamento jurídico moderno, tendente em forte medida ao formalismo, foi necessário assumir a "superação" dos traços medievais, tornados obsoletos dentro dos moldes modernos e contemporâneos; mas, por outro lado, foi necessário também atribuir ao conceito de direito uma dimensão de "universalidade", que era afim à dos universais-da-cultura dos antropólogos, e que, apesar de certos aparatos conceituais apriorísticos, se plantava sobre uma superposição de arquétipos e de imagens empíricas.

Mas o direito romano conservou, como imagem, uma singular exemplaridade institucional e lingüística. A noção do *jurídico* se ligou à visão de um determinado tipo de experiência, como algo que se atribui a situações, ou a "institutos", com base na imagem total do *direito* provinda do modelo romano.

Aquilo que se chama "direito romano" corresponde historiograficamente a uma síntese de vários elementos, entre os quais se incluem tan-

to o *jus romanum* mais antigo, com seus procedimentos formais e suas *legis actiones*, como o *jus civile* amadurecido do período clássico, e ainda as derivações que abrangem o *jus gentium* e o *jus honorarium*, tudo isto ligado a um conjunto de conceitos e de princípios, tornados modelares pelo trato secular. A facilidade e a ênfase com que os grandes autores (e com eles os pequenos) afirmam o débito da civilização européia para com o direito romano <sup>(2)</sup> provém da importância assumida pelo próprio legado geral de Roma, como contexto cultural, e da relevância que tem, dentro daquele legado, o próprio direito. O direito romano consagrou o “jurídico” como dimensão institucional específica, aproveitando as construções jurídicas anteriores — a grega inclusive — e dando ao seu próprio direito um desenvolvimento maior do que as civilizações anteriores tinham dado aos seus “direitos”.

É importante aludir às alterações que a imagem do direito romano veio sofrendo, desde a alta Idade Média. Mal sabiam os romanos que as expressões que usaram para designar tipos de ações ou formas de sucessão iriam ser tantas vezes reexaminadas: pelos comentadores que se seguiram a IRNERIUS, pelos bartolistas, pelos humanistas, pelos contemporâneos de POTHIER, pelos pandectistas.

Esta mutação, tocante ao modo de ver e de rever o direito romano através das épocas, é o outro lado da permanência *exemplar* da imagem deste direito, conservado pelo Ocidente desde que, nos primórdios do medievo, o legado cristão e o legado romano se complementaram. A noção cristã de um *Kosmokrator* correspondeu, segundo ULLMANN <sup>(3)</sup>, à concepção do direito romano como estrutura universal (aliás IHERING, na Introdução do *Espírito*, dizia que o dado mais importante para entender a relevância de Roma na história consistia no fato de haver ela representado o triunfo do universalismo sobre as tendências nacionalizantes).

Pode-se aceitar a idéia segundo a qual o “Ocidente” proveio de três fontes: o cristianismo, o legado romano e o mundo germânico, mas o fato é que no tocante ao direito a marca romana predominou. A concepção romana do Estado foi aceita pela própria Igreja e veio a realizar-se no Ocidente com algumas variantes, sempre reconhecíveis.

(2) Cf., por exemplo, as expressões de PIETRO BONFANTE em sua conhecida *Historia del Derecho Romano* (trad. esp. por JOSÉ SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1944), tomo I, capítulo primeiro. Cf. também HANS JULIUS WOLFF, *Roman Law, an Historical Introduction*, Ed. Univ. Oklahoma, 1951, capítulo Iº Sem falar no clássico texto de RICCOBONO, *Roma, Madre de las Leyes*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

(3) WALTER ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge Univ. Press, 1975, pág. 65.

Todos estes problemas, que se prendem à visão histórica do direito romano, interessam sem dúvida à própria teoria geral do direito, pois a reflexão crítica sobre a questão do conceito do direito necessita de uma revisão dos pressupostos culturais deste conceito. Os juristas romanos não estavam muito preocupados com a conceituação do direito, a não ser em grau mínimo, isto é, no necessário para fixar noções gerais; por outro lado não houve entre os romanos, como é sabido, um tipo de preocupação histórica como o que veio a se desenvolver depois no Ocidente. Por isso não se detiveram, ao tomar por exemplo os dados atinentes ao direito grego, em cogitações teórico-comparativas. Mas os juristas ocidentais sempre tiveram interesse — mormente os modernos — pelos temas gerais, e a própria “Ciência-do-Direito” (que PAUL KOSHAKER chamou de produto *made in Germany*) nasceu, após SAVIGNY, sob o largo signo da história. Daí a necessidade, hoje tão perceptível, de vincular ao exame das fontes históricas a revisão crítica do saber jurídico. Esta revisão, no caso do saber romanístico, vem aliás sendo feita com especial empenho a partir do alerta dado em 1938 por KOSHAKER sobre a “crise” do direito romano (4).

No Brasil, na década de 50, SAN TIAGO DANTAS afirmava que a crise era do próprio direito, já que o que se denomina direito romano não é senão o “direito privado”, herdado do mundo clássico como fundamental técnica de orientação da vida social.

Evidentemente uma maneira eficiente de comprovar a presença histórica do direito romano (em sentido amplo) na vida jurídica do Ocidente consiste em aludir a problemas jurídicos teóricos e práticos colocados pelos romanos e até hoje constantes da realidade jurídica vivida pelos povos ocidentais (e ocidentalizados). Da realidade e do pensamento.

Citemos, por exemplo, o problema da “unidade” do ordenamento, que não foi — ao que parece — vivido pelos gregos nem por outros povos que, entretanto, tiveram legislações e códigos. Os romanos não se detiveram sobre o problema com maiores perquirições teóricas, mas ele se acha latente nas definições do direito da época clássica, bem como na consciência, desenvolvida pelos juriconsultos, de uma sistemática e até hierárquica diferenciação entre fontes, que implicava uma idéia da “unitariedade” da ordem jurídica. Citemos ainda o tema das relações entre direito (*jus*) e lei (*lex*), também praticamente ignorado pelos gregos, entre os quais a experiência do jurídico como tal não chegou a se consolidar nem a se constituir em termos mais ponderáveis. GIUSEPPE

(4) Sobre a crise, URSICINO ALVAREZ SUAREZ, *Horizonte Actual del Derecho Romano*, Madrid, 1946, págs. 99 e seguintes.

Grosso sublinhou o fato de que no esquema romano a intervenção das *leges* pressupunha como quadro prévio as estruturas do *jus*, não ao contrário (5).

Toda uma série de temas pode ser revista, incluindo os dualismos tecnicamente postos pelos romanos, como a distinção entre direito privado e direito público, ou ainda entre direito natural e direito civil (a oposição ao direito "positivo" seria própria do Ocidente na época moderna) e tantos mais. Lembraríamos igualmente a distinção entre *potestas* e *auctoritas*, e também a possível relação entre *ordo* e *prudentia*, que não foi tematizada pelos romanos. Estes, contudo, transformando em *prudentia* a helênica *sofia*, e construindo com a idéia de *ordo* a noção de ordem pública, fundada por sua vez sobre a de *res publica*, deram aos pósteros o tema de relação entre a vivência do espaço "popúlico" e o senso cívico, que correspondeu a um dos lados da prudência e a um dos significados da própria noção de interpretação, em sua acepção mais abrangente.

Recentemente, as transformações dos estudos romanísticos têm revelado a passagem de um tempo em que o conhecimento dos institutos romanos servia para "explicar" (6) o direito contemporâneo, para um outro em que a crítica do direito contemporâneo é feita em conjunto com o próprio reexame da experiência romana (7). O que, com freqüência, ocasiona mal-entendidos e radicalismos.

O que não se pode, de qualquer modo, é desvincular de suas fontes históricas o pensamento jurídico, em cujo atuar o momento mais relevante é a tomada de consciência delas. Isto vale como advertência para as atuais tentativas, que alguns juristas têm feito, de renovar a questão do conceito do direito, colocada entre as securas metodológicas da corrente analítica, o ontologismo tradicional, os normativismos residuais e o reducionismo sociológico (8).

(5) GIUSEPPE GROSSO, *Premesse Generali al Corso di Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, cap. II, item 6, págs. 99 e seguintes. Veja-se também do mesmo autor, *Problemi Generali del Diritto attraverso il Diritto Romano*, Ed. Giappichelli, Turim, 1967.

(6) Por exemplo, H. F. JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, At the Clarendon Press, 1967 (cf. o Prefácio, de F. H. LAWSON, pág. V).

(7) Veja-se ALDO SCHIAVONE, *Nascita della Giurisprudenza*, 2ª edição, Laterza, Bari, 1977; *Storiografia e Critica del Diritto*, Ed. De Donato, Bari, 1980.

(8) Entre as recentes sugestões para o reexame de certos temas genéricos em conexão com o legado romano, convém citar o artigo de ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, "Introducción a la ciencia del Derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana" (em *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 39, ano XII, sept. — dic. 1980), e também o de SANDRO SCHIPANI, "Diritto Romano, Codificazioni e Unificazione del Diritto", em *Rev. de Diritto Civil, Immobiliario Agrario e Empresarial*, ano 4, n. 14, outubro 1980).