



UNIVERSALISMO, PLURALISMO E CASUÍSMO NO DIREITO ROMANO¹

Universalism, pluralism and casuistry in Roman Law

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

Investigadora do CEDIS e Professora Auxiliar da NOVA Direito

RESUMO

Este *paper* é uma síntese provisória, constituída a partir de literatura secundária, sobre a natureza simultaneamente universalista, pluralista e casuísta do Direito romano e a influência dessas características no ordenamento jurídico europeu da Idade Média. Corresponde, em boa medida, às aulas que leciono sobre o tema na disciplina de História do Direito da Faculdade de Direito da UNL, e foi apresentado no XVI Curso de Verão do Instituto de História Contemporânea (FCSH/UL), intitulado Europa: o Paradoxo da Diversidade. O Lugar de Portugal na Construção da Identidade e da Unidade Europeias (Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, 20-23 Setembro de 2006).

¹ Comunicação apresentada ao Curso de Verão do Instituto de História Contemporânea Europa: o Paradoxo da Diversidade. O Lugar de Portugal na Construção da Identidade e da Unidade Europeias, Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, 20-23 Setembro de 2006.

PALAVRAS-CHAVE

Direito romano, Pluralismo jurídico, Direito comum.

ABSTRACT

This paper is a provisional synthesis about the coexistence of universalism and pluralism in the Roman Law and its casuistic nature, as well as on the influence of these characteristics in the medieval legal order. It consists on the lessons on Roman Law which I taught on the History of Law Course at the Faculdade de Direito da UNL. It was presented in a Seminar on the place of Portugal in the construction of the European identity and unity, which took place at the Faculdade de Ciências Sociais e Humanas/Universidade Nova de Lisboa in 2006.

KEYWORDS

Roman Law, Legal Pluralism, Common Law.

1. Introdução

Recordo, na síntese que fiz desta comunicação, que o direito romano foi o suporte jurídico da unificação política dos Impérios medievais do Ocidente europeu. Esses Impérios, percebidos como construções políticas providenciais cujo fim era favorecer a propagação do cristianismo, seriam também o lugar onde vigoraria um só direito, o direito romano. Um só Império, com um só Direito e uma só Religião (*Una religio, Unum imperium, Unum ius*), foi o ideal que presidiu à formação dos Impérios medievais. Esse ideal foi prosseguido, primeiro, por Carlos Magno (742-814), rei dos lombardos e dos francos a quem o Papa Leão III reconheceu o título de Imperador (do Império carolíngio) em 800, e foi continuado, depois, pelos imperadores do Sacro Império Romano-germânico.

A realidade destes Impérios era, contudo, muito diversa. Em primeiro lugar, porque a Igreja também pretendia fazer vigorar o seu ordenamento jurídico próprio, o Direito canónico, em todo o território imperial. Havia, portanto, dois direitos que eram “comuns”

ao Império. A complexidade jurídica que daí resultava podia resolver-se, no plano teórico, sem que, apesar dos conflitos que efectivamente opuseram a Igreja ao Império, a ideia de unidade se perdesse. Vigorariam “ambos os direito” (*utrumque iuris*), cada um na sua esfera própria. O direito canónico, nos assuntos espirituais; o direito romano, nos assuntos temporais. Constituiriam ambos as duas faces de um só ordenamento jurídico para toda a cristandade. Uma face espiritual, a outra temporal.

Porém, a complexidade não terminava aqui. A cartografia política da “Europa” medieval era também a dos Reinos e principados politicamente autónomos, sendo que muitos dos reis e príncipes que os governavam não queriam reconhecer a superioridade da autoridade política do Imperador e do seu direito. Pelo contrário, queriam ser imperadores no seu Reino, porque, de acordo com o que afirmavam alguns juristas da época, “o rei que não conhece superior é Imperador no seu Reino”².

Existiam também as pujantes cidades italianas e do Norte da Europa, governadas por corporações políticas igualmente ciosas da sua autonomia. Existiam os costumes das povoações que distavam dos centros políticos e das grandes rotas comerciais, o “direito vivido” das comunidades” rurais. Onde predominavam as autoridades feudais, vigorava o direito feudal, que organizava as relações entre vassallos e senhores que se dedicavam à guerra, bem como as relações destes com os seus dependentes. Existiam, finalmente, os privilégios sociais, territoriais e corporativos, direitos protegidos pela tradição, que nenhuma ordem política, fosse a do Império, a dos Reinos, a das cidades ou a dos senhores feudais, devia contrariar. Havia, portanto, uma tensão entre factores que favoreciam a unidade jurídica – o direito canónico e um direito laico que era “comum”, o direito romano - e uma realidade jurídica e politicamente plural – o direito dos Reinos germânicos, o direito das cidades, o direito feudais, os costumes das comunidades, os privilégios dos corpos sociais. Estes últimos são designados pela literatura especializada como “direitos próprios”³.

O pluralismo jurídico vivido não se reflectia, contudo, no ensino medieval do Direito, no “direito dos livros”. Nas Universidades medievais, que se multiplicaram a partir do

² A frase atribui-se a Azo (1190-1220), jurista de uma conhecida escola jurídica medieval, a Escola dos Glosadores. A síntese que aqui faço da ordem jurídica medieval, simultaneamente *una* e *plural*, foi descrita e analisada com detalhe por António Manuel Hespanha no seu livro *Cultura Jurídica Europeia, síntese de um Milénio* (Lisboa, Publicações Europa América, 2003, p. 89-145), texto no qual recolhi o essencial das informações e indicações bibliográficas sobre direito romano e medieval que constam deste texto.

³ António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia, síntese de um Milénio* ...pp. 89-145.

século XII, estudava-se apenas o Direito romano e o Direito canónico. Acreditava-se que, depois de conjugadas e harmonizadas as normas romanas e canónicas, seriam encontradas soluções adequadas para todos os problemas jurídicos⁴. Essa crença não implicou, contudo, que a jurisprudência e a doutrina jurídica medievais se tivessem alheado da vida jurídica (plural) do seu tempo. Pelo contrário, grande parte do esforço intelectual dos juristas da época dirigiu-se também à elaboração um discurso jurídico que integrasse os “direitos próprios” no “direito comum” (romano-canónico). Socorrendo-se das técnicas escolásticas aprendidas nas obras clássicas da Antiguidade, esses juristas, sobretudo os da chamada *Escola dos Comentadores*, cuja obra foi produzida ao longo dos séculos XIII- XV, procuraram compatibilizar o direito romano com os direitos próprios, actualizando o primeiro. Procuraram também compatibilizar os direitos próprios com o direito romano, romanizando os primeiros. Procuraram, por fim, criar regras que definissem os âmbitos de aplicação dos diversos ordenamentos jurídicos que vigoravam em simultâneo, para que pudessem coexistir, no mesmo espaço e no mesmo tempo, da forma mais harmoniosa que fosse possível. A par disso, esforçaram-se ainda por encontrar princípios jurídicos unitários, gerais, que pudessem constituir-se em “elos de ligação” entre esses diversos ordenamentos jurídicos e servir de orientação para a aplicação das respectivas normas⁵.

Podemos, portanto, afirmar que, para esses juristas, a diversidade não se constituiu num obstáculo ou numa dificuldade. Pelo contrário, foi um elemento que potenciou a criatividade. Aquilo que se vai mostrar, com os parágrafos que se seguem, é, então, que a facilidade com que o discurso jurídico medieval conjugou o fascínio pela unidade com a valorização da diversidade explica-se, em grande parte, pelo facto de o seu objecto de estudo e de reflexão ter sido a doutrina jurídica romana. Doutrina essa que eles conheciam, graças a uma compilação de materiais jurídicos feita no séc. VI d.C., por ordem do Imperador bizantino Justiniano (527-565), mais tarde designada por *Corpus Iuris Civilis*. Nessa compilação, que reunia textos e normas que vigoraram no mundo romano desde a fundação de Roma (753 a. C.?) até 565, ano da morte de Justiniano, podiam encontrar-se, lado a lado, textos e normas que se articulavam com ideias

⁴ Adriano Cavanna, *Storia del Diritto Moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, p. 125.

⁵ Sobre este esforço de harmonização e de “unificação pela cientificização” veja-se também António Manuel Hespanha, *ob. cit.*, pp. 108-180.

universalistas sobre o direito e textos onde eram o reconhecimento e a valorização do pluralismo e particularismo jurídicos que dominavam. Sobretudo nos volumes onde se reunia a doutrina dos mais conhecidos juristas romanos, o *Digesto*⁶. A leitura dos seus textos mostra, de uma forma muito clara, que o direito romano era, simultaneamente, uno e “plural”. É isso que me esforçarei por mostrar nos próximos parágrafos. Começarei pela exposição da vocação “universalista” do pensamento jurídico romano. Farei, depois, algumas referências ao ambiente jurídico “plural” que esse pensamento facilitou, bem como à diversidade das fontes do direito sobre as quais reflectiu. Terminarei com uma referência à atenção que os juristas romanos concederam à “pluralidade” das situações “singulares” e dos casos concretos com que se deparavam e ao modo como concebiam o direito.

2. Universalismo: Direito natural (*Ius naturale*) e Direito das gentes (*Ius gentium*)

Logo no primeiro texto do *Digesto*, começa Ulpiano, um jurista “cortesão” do século III, originário da Síria, por afirmar a existência de um “direito natural” e de um “direito das gentes”. O primeiro, anterior a qualquer regra escrita ou não escrita, era um direito comum aos homens e aos animais, como se podia ler naquele texto:

“O direito natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais. Na verdade, este direito não é próprio do género humano, mas comum a todos os animais que nascem na terra e no mar, e também às aves. Daqui provém a união entre o macho e a fêmea a que nós chamamos matrimónio, daqui decorre a procriação dos filhos e a sua educação. Na verdade, vemos que os restantes animais, mesmos as feras, parecem ter uma noção deste direito. Aquilo que distingue o direito natural do das gentes é fácil de entender, pois que aquele é comum a todos os animais e este apenas [comum] aos homens”⁷.

⁶ Além do *Digesto* (*Digesta*), a compilação justiniana integrava também uma introdução, que passaria a ser usada no ensino do Direito, as Instituições (*Institutiones*), e uma colectânea de leis imperiais, o Código (*Codex*), a que se juntaria uma quarta parte, as Novelas (*Novellae*), integrando as leis posteriores a Justiniano.

⁷ *Digesto*, 1,1,3. Estes textos, originalmente escritos em latim, e as respectivas traduções, com as quais vou ilustrando algumas das minhas afirmações, foram retiradas das seguintes obras: Alvaro D’Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973; A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, Vol. I. e António Hespanha, *ob. cit.*

Era deste direito que derivavam a organização familiar e as correspondentes obrigações naturais, como a prestação de alimentos aos filhos ou a sua educação.

O outro direito comum a toda a humanidade, o direito das gentes (*ius gentium*), era, ao contrário do direito natural, um direito positivo, fundado nos costumes e aplicado por um “pretor peregrino”⁸ às relações entre os romanos e os estrangeiros (os *peregrini*), aqueles que viviam sob o governo romano mas não estavam sujeitos ao direito da cidade de Roma, ao *ius civilis romanorum*, sobre o qual falarei mais adiante⁹. Quando os romanos procuraram explicar porque é que as normas deste direito das gentes deviam ser observadas por todos os povos, sugeriram que elas se baseavam na “razão natural”, de que todos os homens partilhavam, como parte da natureza humana. O direito das gentes era, então, um direito observado por todos os povos, tal como o definia o jurista Gaio, provavelmente professor de direito numa província oriental do Império na segunda metade do século II. Era isso que tornava legítima a sua aplicação, pelo pretor peregrino, às relações que se estabeleciam entre povos diferentes.

Ambos os direitos de que falei anteriormente retiravam a sua legitimidade do facto de se fundarem na Razão natural, numa *naturalis ratio*. As suas regras eram desejadas pela natureza e pela razão humana, comum a todos os seres humanos. Além de regularem instituições que, por se observarem em todos os povos, se consideravam “naturais” ou de “direito natural” - como o casamento, o parentesco de sangue, a tutela dos impúberes, a escravatura, algumas formas de adquirir propriedade - , estes direitos constituíam-se também por um conjunto de princípios de aplicação universal. O dever de cumprir com a palavra dada (*a fides*) constituiu-se no primeiro desses princípios e numa ideia central do pensamento político e jurídico de Roma¹⁰. Para dar um exemplo, era por esse princípio que se guiavam os pretores peregrinos para julgar um contrato selado entre cidadãos e peregrinos ou entre peregrinos. As regras do direito civil, as que se aplicavam exclusivamente aos cidadãos romanos, como se verá, obrigavam a um julgamento muito mais formal dos contratos, muito menos atento às circunstâncias concretas do contrato ou às disposições internas (de boa ou má fé, de coacção ou não)

⁸ *Praetor peregrinus*, magistratura criada pela República romana em 242 a.C. Os pretores eram os magistrados encarregados de resolver os litígios, disso resultando a sua importância para a formação e aplicação do direito romano.

⁹ Depois, a estes estrangeiros, contrapunham-se os “bárbaros” (*barbari*), aqueles que nem eram romanos nem tinham com Roma qualquer relação, como sucedia com os povos germânicos que começaram a chegar ao território do Império a partir dos séculos II/III.

¹⁰ V. Álvaro D’Ors, cit., p. 16

das partes envolvidas. O dever geral de comportar-se correctamente nas relações com os outros estava também implicado numa série de outros princípios explicitamente convocados no Digesto. Ali estava escrito, por exemplo, que os preceitos do direito eram “Viver honestamente (*honeste vivere*); não prejudicar os outros (*alterum non laedere*) e dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*)”¹¹. Ou ainda que “é da natureza das coisas que aquele que beneficia das vantagens sofra também os inconvenientes”¹². Marcus Tullius Cicero (106 a.C.-42 a. C.), filósofo, jurista, orador, escritor e político da Antiguidade clássica, tinha escrito que “O primeiro fundamento da justiça é não prejudicar ninguém”¹³.

Esta investigação em torno dos princípios universais que deviam regular em geral as relações entre a espécie humana mostra que, tal como explicou Antony Pagden, um dos mais reconhecidos historiadores dos Impérios na actualidade, “[...] o direito romano não se destinava apenas a criar uma ordem política e social, mas também a conferir um objectivo ético a toda a comunidade.” Na última República, e mais ainda durante o principado, recorda o autor, “a formulação legal do *Imperium* fundiu-se com o ideal estóico de uma única comunidade humana universal”¹⁴. A verdade, porém, é que, como quase sempre sucedia quando se conceptualizam comunidades humanas universais, este “cosmopolitismo” deixava de fora uma parte da humanidade, os “bárbaros”, aqueles que não pertenciam nem tinham relações com o mundo romano; que não eram, por isso, completamente humanos.

Em princípio, devia existir uma concordância absoluta entre o direito natural e o direito das gentes. Havia, no entanto, uma instituição do direito das gentes, a escravatura, onde esse pressuposto não se verificava de forma completa. A escravatura era uma instituição do direito das gentes porque era reconhecida em todas as sociedades antigas de que os romanos tiveram conhecimento. Mas era contrária à “razão natural” porque, por direito natural, escrevia ainda Ulpiano, todos os homens nasciam livres:

¹¹ *Digesto*, 1,1,10,1

¹² *Digesto*, 50, 17,10.

¹³ Marcus Tullius Cicero, *de Off.*, 1, 10, 31

¹⁴ Cf. Anthony Pagden, *Povos e Impérios, Breve História, Grandes Temas*, Lisboa, Círculo de Leitores, 2001 (trad.: Ana Barradas), p. 29.

“Por direito natural todos nasciam livres e era desconhecida a manumissão, porque a escravatura era ignorada. Mas depois a escravatura surgiu pelo direito das gentes”¹⁵.

O que acabou por se concluir foi que, não sendo a escravatura uma instituição de direito natural, tratava-se de “uma criação do direito das gentes, pela qual alguém está, contra a natureza, sujeito a outrem”¹⁶. Era, portanto, uma instituição admitida pelo direito das gentes “contra a natureza”. O que, em princípio, devia constituir um problema. O reconhecimento da escravatura como uma instituição do direito das gentes, mesmo “contra a natureza”, foi, contudo, facilitado pelas características do pensamento jusnaturalista romano. Para os juristas romanos o direito natural tinha o seu fundamento na realidade “objectiva” das coisas, numa “razão de ser” imanente, e não apenas em exigências abstractas de justiça, fundadas numa razão universal¹⁷. Isso permitiu que aqueles juristas, apesar de acreditarem na existência de um direito natural anterior ao direito positivo – por isso é que o seu pensamento era jusnaturalista –, admitissem como sendo direito, como jurídica, uma norma contrária ao direito natural. Isso aconteceu pelo menos até ao século V, porque a partir de então o direito natural ganhou uma dimensão mais teológica, que tenderia a afastar, como “não direito”, a norma que contrariasse os seus primeiros princípios, nessa altura cada vez mais assimilados aos princípios do direito divino. Essa aproximação entre o direito divino e o direito natural deu origem a posições jusnaturalistas mais “fortes”, menos tolerantes relativamente às instituições positivas contrárias à Natureza e à Razão. Por isso se pode ler, num texto das *Institutiones* escrito no Baixo-império, que “Os direitos naturais estabelecidos por certa providência divina permanecem sempre firmes e imutáveis”¹⁸.

¹⁵ *Digesto*, 1,1,4.

¹⁶ *Digesto*, I, 5, 4

¹⁷ V. A. Santos Justo, cit., p. 40

¹⁸ *Institutiones*, 1,2,11. A distinção, que, neste caso, se torna muito operativa, entre doutrinas fortes e fracas do direito natural – as primeiras (“strong natural law thesis”) considerando que normas contrárias ao direito natural não constituem direito e as segundas admitindo essa possibilidade – foi recolhida em Mark C. Murphy, “Natural Law Theory”, in Martin P. Golding and William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and legal Theory*, London, Blackwell, 2005.

Esta posição não teve, no entanto, consequências importantes no que diz respeito à forma como a doutrina jurídico-teológica da Idade Média encarou a escravatura¹⁹.

3. Pluralismo: o *ius civile romanorum*, direito próprio da *civitas romana*

Além do Direito das gentes, resultado da actividade do pretor peregrino e que tinha como fonte fundamental o costume, vigorava, mas agora apenas na cidade de Roma, o *ius civile*, o direito próprio da cidade de Roma. Este direito era aplicado pelo pretor urbano²⁰ aos cidadãos romanos.

O *ius civile romanorum*, como também foi designado, encontrava a sua razão de ser no princípio de acordo com o qual “todos os povos, que se governam por leis e costumes, usam em parte o seu próprio direito e em parte o direito comum a todos os homens. O direito que cada povo constitui para si é próprio desse povo e chama-se direito civil, como que a significar próprio da cidade²¹. Mas foi da interpretação deste mesmo princípio que resultou o reconhecimento, pelos juristas romanos, dos ordenamentos jurídicos próprios das cidades aliadas ou conquistadas por Roma durante o processo militar que conduziu à formação territorial do Império. Estes direitos próprios das cidades mantiveram-se mesmo depois da Constituição do Imperador Antonino Caracala (*Constitutio Antoniniana*), que, em 212 d. C., fazendo jus ao objectivo ético de fundar uma comunidade humana universal, “civilizada” e bem governada, estendeu a cidadania a todos os habitantes do Império, generalizando a aplicação do *ius civilis romanorum*²².

Ao contrário do que muitas vezes se pensa, quando se opõe o “centralismo” e o correspondente “assimilacionismo” da política imperial romana ao modelo “descentralizado” das colónias gregas, no território politicamente submetido ao Império

¹⁹ V. David Brion Davis, *The problem of slavery in Western Culture*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1966; ou, mais centrado na teologia medieval, John Finnis, *Aquinas: moral, political and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

²⁰ *Praetor urbanus*, magistratura especialmente criada, em 367 a. C., para administrar a justiça.

²¹ Gaio, *Digesto*, 1,1,9.

²² V. Mathisen, Ralph W., «Concepts of Citizenship», in *The Oxford Handbook of Late Antiquity*, ed. Scott Fitzgerald, Oxford, New York, O.U.P., 2012; Ralph W. Mathisen, «Peregrini, Barbari, and Cives Romani: Concepts of citizenship and the legal identity of barbarians in the later Roman Empire », *The American Historical Review*, Nº 111/4, 2006.

vigoraram, ao lado do direito romano, uma grande diversidade de ordenamentos jurídicos. Para dar alguns exemplos, além do direito das gentes, de que já se falou, vigoraram os direitos “próprios” das cidades, os costumes locais, o direito romano provincial (com origem nos governadores das províncias e nas tradições jurídicas dessas províncias, nomeadamente a tradição greco-helenística, nas províncias do Oriente) e o Direito romano de Roma. Houve, de facto, a tendência para que esta diversidade fosse reconduzida a uma certa unidade, através de um complexo processo de influências e acomodações recíprocas dos diversos ordenamentos, no qual a influência mais forte do direito romano letrado conduziu a uma “romanização” dos outros ordenamentos. Mas o pluralismo jurídico, ainda que marcado por este desequilíbrio favorável à “romanização jurídica”, foi, desde sempre, uma realidade do Império romano. Dificilmente podia ter sido de outra forma, se tivermos em conta a dimensão geográfica e demográfica do Império, bem como a diversidade dos povos que o habitaram.

4. Pluralismo: as fontes do Direito romano

Além desta situação de pluralismo, que punha o *Ius civile romanorum* a conviver com outros ordenamentos, podemos afirmar que o direito romano era, na sua génese, plural. Isto porque as suas normas não provinham de uma só, mas de múltiplas fontes. Essas fontes coexistiram e dialogaram entre si, influenciaram-se mutuamente, mas eram diferentes, no seu conteúdo, nas suas estruturas de legitimação, nos lugares hierárquicos diversos que foram ocupando ao longo da história de Roma. É sobre essa pluralidade de fontes que vou falar agora.

O Direito romano foi, em primeiro lugar, um conjunto de escritos dos *Iurisprudentes*, os escritos daqueles homens cuja sabedoria e prudência lhes permitia, quando confrontados com a necessidade de resolver casos concretos, encontrar para eles a solução justa. Foram os seus pareceres - as *responsa* que davam aos magistrados ou a particulares, para os ajudar a resolver casos concretos, e que serviam de precedente para outros casos - que estiveram na origem da formação do *Ius civile*. Assim, a doutrina (a *Iurisprudencia*) na qual estes jurisconsultos revelavam, desenvolviam e aplicavam o direito aos casos concretos foi, durante muito tempo, a fonte mais importante do direito romano. Foi essa doutrina que o Imperador Justiniano mandou recolher no *Digesto*.

A par da doutrina vigoraram também fontes de natureza legislativa. A lei (*lex, leges*), que resultava do acordo entre os três órgãos que reflectiam a “constituição mista” da República romana, os magistrados, as assembleias populares e o Senado, foi uma dessas fontes. Esta lei era proposta em assembleia pelo magistrado da República (*rogatio*), e depois consentida, quer pelo povo romano, que a votava nas assembleias (*comitia*), quer pelo Senado, que lhes concedia a *auctoritas patrum*. Não era, portanto, o povo que fazia a lei, que a propunha ou que a alterava, mas o magistrado (temporário e colegial) por ele eleito²³. Mas o povo podia conceder-lhe ou negar-lhe autorização (*iussum populi*), sendo esse um requisito necessário da lei até à época imperial. Só a partir do Principado (27 a.C.-230) as leis deixaram de ter como requisito a autorização das assembleias “populares”, tendo a função legislativa sido deslocada para o Senado (por meio dos *Senatis Consultos*) e, posteriormente, para o Imperador, sob a forma de Constituições Imperiais²⁴.

As leis romanas derivavam da vontade política (do povo romano ou, mais tarde, da do seu Imperador). Contudo, não vinculavam os jurisconsultos, cuja doutrina (ou jurisprudência, designações que na altura eram equivalentes) se fundava exclusivamente na autoridade (do seu saber), na sua especial capacidade para julgar. Por outro lado, até essa altura, a legislação dizia sobretudo respeito a questões políticas e criminais, não tendo tido, também por isso, grande interferência na formação do direito civil romano²⁵. Só a partir do século III d.C. é que a jurisprudência romana perdeu importância face à legislação dos Imperadores. Estes, durante o Baixo-Império, concentraram na sua pessoa todo o poder e autoridade para dizer o direito, ao mesmo tempo que se esforçaram por controlar a liberdade doutrinal dos jurisconsultos. O primeiro sinal desse esforço foi a decisão, tomada pelo Imperador Augusto, de considerar válidas apenas as *responsa* tidas como emanando da sua autoridade (*ex auctoritate Principis*), o que excluía da actividade jurisprudencial todos os jurisconsultos a quem o Imperador não reconhecesse o direito de dar respostas (*ius respondendi*). Mais tarde, em 426 d.C., foi publicada uma “Lei das

²³ V. Álvaro D’Ors, *cit.*, p. 37.

²⁴ Só tardiamente é que, com a crescente importância (e, por fim, divinização) da figura do Imperador é que este passou a exercer sozinho o poder legislativo.

²⁵ V. Álvaro D’Ors, *cit.*, p. 30 e p. 39-40: as poucas leis relativas ao direito civil diziam respeito a assuntos como a usura, a fiança, o matrimónio, as heranças, o processo e a escravatura.

Citações”, na qual o Imperador nomeava e hierarquizava os juristas cuja opinião era vinculativa para os juízes. Os juristas nomeados eram quase todos do século III:

"Confirmamos todos os escritos de Papiano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino, de tal modo que a Gaio se dê a mesma autoridade que a Paulo, Ulpiano e aos demais e se citem os textos de toda a sua obra. Também decretamos que seja válido o saber daqueles cujos tratados e sentenças se misturaram com as obras dos antes citados, tal como Cévola, Sabino, Juliano, Marcelo e todos os que eles citam, desde que, sendo por sua antiguidade duvidoso o código dos seus livros este seja confirmado pelo cotejo. Mas onde se exprimam várias opiniões, prevaleça a do maior número de autores; e se o número for igual, prefira a autoridade daquela parte que tenha por si Papiano, homem de excelente engenho (...)”²⁶.

A aplicação do direito pelo magistrado encarregado de resolver os litígios, o pretor, deu origem a uma terceira fonte de direito romano, os éditos dos pretores. Nestes éditos os pretores, orientados pelo costume e pelas leis - mas gozando sempre de uma ampla liberdade, cujo fundamento era o seu próprio poder enquanto magistrado, - davam conta, no início da magistratura, dos casos a que reconheceriam protecção jurídica e das normas que observariam nos julgamentos. O conjunto destes éditos esteve na origem de um ordenamento paralelo ao *ius civile*, o direito pretoriano (*ius praetorum*). Foi codificado, no séc. II, sendo Adriano Imperador, pelo Jurista Juliano, o que deu origem à redacção do Édito Perpétuo (*Edictum Perpetuum*, 130 d.C.). Este direito pretoriano acabou por ser integrado no *ius civile*, por meio da actividade doutrinal dos jurisconsultos.

5. Pluralismo e casuísmo: *mores, utilitas e aequitas*

O sistema de fontes do direito romano, o modo como ele foi aplicado pelos magistrados e pensado pelos jurisconsultos, só pode ser bem compreendido se tivermos em conta duas características fundamentais do modo romano de entender o direito. Essas características foram assinalável força do costume, dos *mores*, que eram, em última instância, a origem de todo o direito e a possibilidade de adequar o direito às situações concretas dos casos aos quais se aplicava, através do recurso a noções como a utilidade

²⁶ Código Teodosiano, c. 438 d.C..

(*utilitas*) e a equidade (*aequitas*). É com a descrição destas duas características que pretendo terminar este texto. Elas apontam, novamente, no sentido do “pluralismo” do direito romano, além de se articularem com uma sua outra característica marcante, o casuismo.

5.1 O primado do costume

A importância concedida ao(s) costume(s), à tradição na formação do direito explica, por exemplo, a preservação das tradições jurídicas nas diversas províncias do Império (o direito provincial), como também o reconhecimento e aplicação, pelo pretor peregrino, de costumes não romanizados dos diversos povos governados por Roma (e até, em alguns casos, a absorção desses costumes pelo *ius civile* romano). Apontam igualmente para a enorme abertura e flexibilidade na aplicação do direito à singularidade dos casos ou às situações concretas, outra característica do saber jurídico que os romanos legaram à Idade Média e às épocas que se seguiram.

Os autores que estudaram e estudam o direito romano são unânimes em considerar que o costume nunca foi fonte autónoma deste direito. Por um motivo inesperado: é que todas as fontes do direito romano tinham no costume a sua fonte mais próxima. O costume era, de um modo “espontâneo”, a origem de todo o direito. Por isso era, em primeiro lugar, a fonte inspiradora da doutrina. Os jurisconsultos romanos viam-se a si próprios como intérpretes da tradição. Não tinham, apesar da sua inesgotável criatividade, nenhuma apetência pela “originalidade”²⁷. Com os seus textos doutrinários pretendiam explicitar o direito que existia, o direito que regulava a ordem social tal como ela era vivida. Essa valorização do costume exprime-se nas suas opiniões acerca da relação entre a tradição e as outras fontes do direito. A opinião dos jurisconsultos romanos sobre a relação da lei com o costume, por exemplo, é sintomática: a lei era encarada pela maioria deles como um costume escrito.

O legislador romano também não se representava como um “criador” do direito mas como alguém que fixava por escrito o direito já existente. Não só não devia inovar como devia esforçar-se por demonstrar que não o fazia²⁸. A célebre *Lei das Doze Tábuas* e a

²⁷ V. Álvaro D’Ors., *cit.*, p. 58

²⁸ “Se por acaso por mim se propuseram hoje algumas leis que não existem nem existiram na nossa república, sem dúvida se acharão no *mos* dos antepassados que então valia como lei”, Marcus Tullius Cicero, *de Legibus*, c. 52-51 a. C.

sua história são um reflexo desta forma de entender a lei. A assembleia popular que a aprovou, no século V a.C., não considerou que estava a criar direito novo, mas somente a fixar de forma mais precisa o que desde sempre tinha sido o direito (*ius*). Essa necessidade ocorreu na sequência de um pedido, feito pelos estratos mais pobres da população romana, os plebeus, por se sentirem prejudicados com o facto de estar a interpretação e aplicação dos costumes aos casos concretos nas mãos dos pontífices, oriundos dos grupos sociais mais favorecidos, os patrícios²⁹. Com o novo texto passariam a ter acesso directo ao conhecimento do direito e, sobretudo, a ter a garantia de que o poder de interpretação dos pontífices ficaria limitado pelo texto da lei. Esta surgiu, portanto, como um instrumento de protecção dos grupos mais desfavorecidos da sociedade romana.

Finalmente, além do direito legislado, também o direito com origem nos éditos dos magistrados, o *ius praetorum*, era um direito baseado no costume, embora o fosse também na equidade, sobre a qual falarei mais à frente.

Mesmo quando, para os jurisconsultos que tinham uma perspectiva mais “voluntarista” do direito, o direito surgia como o resultado da vontade do legislador, admitindo-se que esta vontade era a do povo, o costume não ficava, por isso, desvalorizado. Pelo contrário. O costume era descrito como a mais genuína manifestação da vontade do povo, que tanto se podia revelar por escrito como na sua “vida de todos os dias”. Era por isso que a lei devia ser sempre interpretada tendo em conta o costume. A solidez do costume era mesmo, para alguns jurisconsultos, um motivo que dispensava a sua passagem a escrito, como se explicava num texto das Instituições:

“O Direito não escrito é o que o uso comprovou. Pois os costumes de larga duração e comprovado pelo consenso dos que o usam imitam a lei”³⁰.

Era isso que pensava também o jurista Paulus, um dos mais reconhecidos no círculo cortesão do século III e um daqueles cuja opinião os Imperadores do século V viriam a dar força vinculativa, quando afirmava que “Em tão grande autoridade se tem este direito, que tão provado está, que não foi necessário recolhê-lo por escrito (...) Se se tratar da

²⁹ v. Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

³⁰ *Institutiones*, 1,2,9.

interpretação da lei, primeiro há que investigar-se de que direito usou a cidade no passado em casos semelhantes, pois o costume é o melhor intérprete das leis"³¹.

Eram ainda as mesmas razões que explicam que o costume, para a maioria dos juristas romanos, pudesse ab-rogar a lei:

"[...] assim como as mesmas leis não nos obrigam por outra coisa senão porque foram admitidas pelo juízo do povo, pela mesma razão todos hão-de guardar o que, sem nenhum escrito, aprovou o povo (...) Pelo que também está rectissimamente admitido que as leis se derroguem não só pelo voto do que dá a lei, mas também pelo tácito consentimento de todos, mediante desuso"³².

Na verdade, foi só na época pós-clássica, quando os Imperadores começaram a fazer residir na sua vontade a fonte legítima do direito, que o problema da hierarquia entre a lei e o costume se colocou como problema, o que mostra até que ponto uma e outra coisa se equiparavam em épocas anteriores. Nessa altura, de facto, começa a discutir-se uma possível hierarquia, divulgando-se, sobretudo nos círculos mais próximos do Imperador, a ideia de que o costume contrário à lei não era válido. É isso que acaba por afirmar o próprio Imperador Constantino, numa Constituição imperial:

"Não é desprezível a autoridade do costume e do uso de largo tempo, mas não deve ser válido ao ponto de prevalecer sobre a razão ou a lei"³³.

5.2 O critério da *utilitas*: direito comum (*ius commune*) e direito singular (*ius singulare*)

Um outro sinal da margem ampla de autonomia que era deixada aos juristas e magistrados no momento em que aplicavam ou reflectiam sobre o direito, era a possibilidade, à qual foi reconhecido valor jurídico, de recorrer ao critério da utilidade (*utilitas*). Esse critério permitia-lhes opor ao Direito comum (*ius commune*), o direito "geral", perante o qual todas as coisas e pessoas eram iguais, um Direito singular (*ius singulare*), pensado para alguns casos (pessoas, coisas) especiais. Uma utilidade particular podia, em casos particulares, sobrepor-se à razão (geral) de ser das normas

³¹ *Digesto*, 1, 3, 22.

³² *Idem, ibidem*, 1, 3, 32.

³³ *Código*, 8, 53 (52), 2

jurídicas, dando origem a um direito singular que era, nas palavras do jurista Paulus, “[...]aquele que, contra o teor da razão, foi introduzido com a autoridade dos que o estabelecem, por causa de alguma utilidade particular”³⁴. Era, em suma, um direito especial (mas não um privilégio).

Foi com base nestes princípios que, em resultado da actividade jurisprudencial e doutrinal, se construíram normas de direito singular, como a que permitiu opor à regra comum segundo a qual qualquer pessoa podia interceder a favor de outra, uma norma que proibia as mulheres de intercederem a favor de qualquer homem³⁵. Este direito singular tinha por detrás um “saber imaginado” acerca da natureza da mulher que a doutrina jurídica reflectia (e reforçava) em alguns dos seus textos: como eram fracas e naturalmente débeis, as mulheres deixavam-se facilmente seduzir.

O direito singular podia ainda traduzir-se num benefício. Por exemplo, o de conceder ao herdeiro a possibilidade de responder apenas pelas dívidas que não excedessem o património herdado; ou, desta vez no contexto de uma visão mais “protectora” em relação às mulheres, a preferência atribuída à mulher na recuperação do dote face aos outros credores do marido³⁶.

Embora fosse um direito especial, diferente de um privilégio, o facto é que o direito singular podia confundir-se com um privilégio, favorável a uma pessoa ou grupo de pessoas. Um exemplo disso era o privilégio ou direito especial, concedido aos militares, de não cumprirem com as formalidades necessárias para validar o testamento, atendendo apenas à sua vontade livremente manifestada³⁷.

5.3 A “justiça do caso concreto” (*aequitas*)

Se o direito singular foi o resultado de um esforço dirigido ao achamento de soluções mais justas para casos especiais mas tipificados, a equidade (*aequitas*), um outro recurso argumentativo sobre qual os juristas romanos teorizaram, permitiu-lhes ir mais longe na atenção que podiam conceder à pluralidade das “situações de vida”, encontrando para elas, caso a caso, a solução mais equitativa.

³⁴ *Digesto*, 1, 3, 16

³⁵ *Digesto*, 41, 2, 23, 1

³⁶ *Digesto*, 23,3,74.

³⁷ Todos estes exemplos foram recolhidos em Santos Justo, cit., pp. 41-42

A *aequitas*, conceito que, com sentidos diversos, esteve sempre presente na história do direito europeu, foi pensada pelos juriconsultos romanos como um critério susceptível de derrogar a norma geral tendo em consideração as circunstâncias concretas do caso. Foi esta equidade, ou a “justiça do caso concreto”, que permitiu que quem julgasse, ou quem redigisse opiniões doutrinárias, pudesse adequar a norma geral aos casos concretos, evitando soluções absurdas que pudessem resultar de uma leitura estrita da letra da lei, ou aproximando a aplicação do direito aos sentimentos comuns da época sobre a justiça. Mas, sobretudo, era esta mesma equidade que permitia suavizar o rigor do direito no momento da sua aplicação. Nessa altura, contra o formalismo da norma, opunham-se noções como a benignidade, a compaixão, a indulgência ou a clemência, “sentimentos” susceptíveis de abrir caminho a soluções mais justas e perfeitas; ou, pelo menos, de afastar as soluções injustas³⁸. A consciência dos perigos do formalismo esteve na origem de uma atitude de desconfiança relativamente à generalidade da norma que se traduziu em afirmações como as do jurista Iavolenos, quando afirmou que “Em direito civil, toda definição é perigosa, pois é raro que não possa ser subvertida”³⁹. Antes dele já o mais conhecido dos oradores romanos tinha afirmado que “Sumo Direito, suma injustiça”⁴⁰.

Durante o Baixo-Império, sob a influência do cristianismo e do efeito da vulgarização do direito romano, resultado da sua aplicação quase “massificada”, o recurso àquelas noções intensificou-se. Constantino, um dos primeiros Imperadores a converter-se ao cristianismo e a decretar a liberdade religiosa no Império, pondo com isso fim à perseguição formal dos cristãos (Édito de Milão, 313 d. C.), declarou ser “necessário, em todas as coisas, que a razão da justiça e da equidade esteja primeiro do que a do direito estrito”⁴¹. Toda a teoria sobre a equidade foi depois muito desenvolvida pelo direito canónico, em torno das novas categorias do pensamento religioso medieval, como a caridade (*Charitas*) ou a piedade (*Pietas*).

A formação do direito canónico, em diálogo íntimo com o direito romano, poderia constituir um próximo capítulo deste texto, sem que com isso nos afastássemos do tema que preocupa os organizadores deste Encontro, a Europa e a(s) sua(s) identidade(s). O

³⁸ V. A. Santos Justo, *ob. cit.*, p. 289.

³⁹ “Omnis definitio in iure civili periculosa est”, *Digesto*, 50, 17, 202, Iavolenus ou Javoleno).

⁴⁰ “summum ius, summa iniuria”, Marcus Tullius Cicero, de *Off.*, 1, 10,33.

⁴¹ *Constituições*, 3,1,8.

direito canónico sofreu uma influência fortíssima do direito romano mas acrescentou-lhe muitas ideias acerca da justiça, do direito, do seu conteúdo e da sua aplicação, ideias ligadas à doutrina e religiosidade cristãs. No entanto, como não coube na sua economia falar dessa outra herança do direito europeu, termino, a título de conclusão, com uma tentativa de definição do que foi o direito para os jurisconsultos romanos.

6. Conclusão

Apesar do lugar central que ocupam na história do Direito europeu, os romanos não deixaram, na verdade, nenhuma definição rigorosa do direito ou das normas jurídicas. Não obstante, o pouco que escreveram sobre o assunto, conjugado com a forma como os jurisconsultos se representaram a si mesmos, diz muito acerca do que achavam que um jurista devia fazer quando aplicava ou pensava o direito. O Direito era, na definição que aparecia num dos textos que introduziam o Digesto, a “arte do bom e do equitativo”⁴². No mesmo texto, os juristas concordavam com aqueles que os consideravam como que sacerdotes:

“Pelo que há quem nos chame sacerdotes. Na verdade, cultivamos a justiça e, utilizando o conhecimento do bom e do equitativo, separamos o justo do injusto, distinguimos o lícito do ilícito”.

O direito era, portanto, a justiça. Não era a norma. Não era um conjunto de normas. Das normas o jurista podia recolher princípios “universais”, orientações gerais. Era desses princípios que muitas vezes partia e era a eles que quase sempre voltava no seu percurso intelectual. No entanto, no momento em que se tratava de pensar situações especiais, ou de resolver casos concretos, era sempre com distanciamento que olhava para esses princípios e normas. Os juristas viam-se como fazendo parte daquele grupo de pessoas especialmente capazes de encontrar soluções equitativas.

Esta atitude casuística, a correspondente flexibilidade na construção e aplicação do direito, juntamente com a atitude juridicamente pluralista, com a qual se articulou, e com a crença na existência de normas jurídicas universais, explicam o vasto âmbito geográfico de criação e aplicação do direito romano e também as sucessivas recepções de que este

⁴²D, 1,1,10 pr.. Já antes Cícero (106 a.C.-42 a. C.) tinha escrito que “(O direito civil é) equidade constituída por aqueles que pertencem à mesma cidade, Marcus Tullius Cicero, *Tópica*, 2,9.

foi objecto, da Alta Idade Média à época contemporânea. Essas sucessivas recepções ajudaram, por sua vez, a criar uma “tradição jurídica” comum que facilitou a formação, paralela aos sistemas jurídicos nacionais que a partir dela se desenvolveram, de uma comunidade jurídica europeia.