

A HISTÓRIA DO DIREITO ROMANO E SUA PERMANÊNCIA

Eucléia Gonçalves Santos¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma investigação histórica sobre o direito romano. Partimos da tentativa de identificar o lugar ocupado pela história na perpetuação da chamada “tradição romanística” no direito. Faremos uma breve análise das permanências e das rupturas estabelecidas entre o direito romano e o direito atual na tentativa de romper com o chamado anacronismo histórico que se apresenta nos debates que tentam legitimar a presença dos institutos romanos no direito atual. Por fim identificaremos as nossas heranças romanas, não como permanências, mas como ressonâncias de um passado longínquo que em nada, ou quase nada, se compara com o nosso presente.

Palavras-chave: História – Direito Romano – Rupturas – Permanências

O LUGAR DA HISTÓRIA NO DIREITO

Vivemos em uma sociedade que tem seus olhos voltados para o futuro. O progresso, o desenvolvimento, as novas tecnologias exercem um fascino absoluto e podem ser utilizadas, inclusive, para caracterizar a nossa geração. A partir desta constatação, poderíamos nos perguntar: qual o lugar ocupado pela história dentro desse quadro? Em que medida o estudo do passado consegue permanecer, visto as expectativas com o futuro?

Podemos iniciar nossa análise acerca da história do direito e, particularmente, do direito romano nos indagando sobre a própria concepção da história e, mais ainda, situar que essa compreensão é fruto do presente, do instante que lançamos esses questionamentos.

A história já apresentou diversos usos, múltiplos objetivos e serviu a diferentes perspectivas que o presente tinha sobre si mesmo. Cada campo do conhecimento apropriou-se de uma apreensão do passado para desenvolver-se. Dentro do direito a história obteve um lugar de relativo destaque.

Desde muitos séculos que o olhar do jurista lançou-se para tempos imemoriais. Segundo Kalupniek² as primeiras tentativas de estudar a história do direito foram feitas no sentido de tentar legitimar determinadas normas, institutos e argumentos por meio de sua permanência, partindo do princípio de que, se existia a muito tempo e de que, se por todo esse período estava dando certo só poderia ser justo e bom. O passado era, portanto, buscado e glorificado pelo sentido da tradição. Os questionamentos a respeito de como determinadas

¹ Doutoranda em História pela Universidade Federal do Paraná. Professora de História do Direito Romano no curso de Direito da Faculdade de Pato Branco, FADEP.

² KALUPNIEK, Alexei. “*Ex Uno Plures* (A partir de um, vários). Diglossia e resignificação no direito romano. Monografia. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2012. p. 25.

estruturas permaneceram não vinham à tona. Buscava-se apenas a manutenção daquilo que já estava posto. Nesse sentido, a legitimação histórica teria duas funções: revelar o direito tradicional (aquilo que existia há muito tempo) e proteger o direito contemporâneo contra inovações arbitrárias.

Segundo Hespanha esse “uso” do passado esconderia armadilhas perigosas para o analista superficial ou desatento, porque “... a história do direito poderia nos mostrar, pelo menos, que se foram firmando consensos sobre certos valores ou sobre certas normas e que esses consensos deveriam ser respeitados no presente”.³ A grande preocupação do autor se refere aos anacronismos que essa postura encerra. Cada contexto histórico é único e muito diferente de qualquer outro.

Nesse sentido, pensar os conceitos que permaneceram no direito atual a luz da interpretação daquele contexto é indispensável para essa tarefa. Uma família romana não se parecia com uma família atual. Não conseguimos atingir a essência do que era viver no seio dessa família, submetidos a um culto privado e a um poder ilimitado de um indivíduo. Segundo Hespanha, diversas terminologias e conceitos jurídicos permanecem no discurso contemporâneo desde o *corpus iuris civilis*, no entanto, precisamos estar atentos para o significado destas terminologias que se alteraram drasticamente. Por exemplo, a família romana não é a família, tal qual a concebemos atualmente. Tratava-se de um grupo de pessoas reunidos em torno de um sacerdote. Pessoas que não se esperava que tivessem qualquer relação consanguínea, mas que adorassem um mesmo deus.⁴

A partir destas colocações, a análise do direito a partir da perspectiva histórica deve ser muito mais cuidadosa. Considerando que no debate sobre o passado a própria história é questionada e é fruto de intensas críticas, as posturas diante da análise são diversas.

Duas posições tornaram-se evidentes e são assumidas por historiadores do direito. De um lado há aqueles que acreditam na tradição histórica e percebem o direito como disposto em uma linha temporal na qual o presente seria herdeiro absoluto daquilo que se produziu no passado. Os adeptos dessa corrente percebem o direito, particularmente o romano, como o fundador do conhecimento jurídico e defendem que sua permanência ao longo dos séculos se deu pela perfeição com que esse direito foi pensado e produzido. Outros, tidos como revisionistas e críticos da tradição, questionam o fato desse direito “positivo” e “perfeito” ter atravessado os tempos, visto que inclusive entre os romanos esse direito não era uma

³ HESPANHA, Antonio Manuel. A história do Direito na formação dos juristas. In: _____. **Cultura Jurídica Européia** – síntese de um Milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.p. 18.

⁴ Ibid., p. 27.

unanimidade. Havia em Roma, segundo esses revisionistas, o direito oficial, transposto pelos editos dos magistrados, que convivia com um direito popular, livre do erudito discurso dos juristas oficiais.

Ao estudarmos o direito romano é possível perceber vários indícios de uma discrepância entre o direito romano nos sentidos prático e formal. Os romanos nutriam uma verdadeira obsessão pela tradição, pela preservação da imagem de estabilidade jurídica. Isso, porém, não impediu a existência de outro direito, digamos, das ruas e do comércio, convivendo, de forma perfeitamente pacífica, com os éditos dos magistrados. Um espaço permitido para as soluções que, embora tecnicamente “ilegais”, foram instrumentos efetivos e eficazes dos operadores do direito⁵.

Concluimos, portanto, que os romanos conviviam com uma situação de formalidade e informalidade do direito. Devido ao fato do direito ter vindo da tradição religiosa, cultuavam-se as leis na forma mais perfeita, quase monumental enquanto se convivia com as situações práticas que exigiam soluções imediatas e que não encontravam espaço naquele direito inalterável. As informalidades tornavam-se, portanto, necessárias e eram toleradas devido ao seu aspecto de necessidade. Regulavam-se, extraoficialmente, algumas situações de fato, a partir de uma prática informal.

O CORPUS IURIS CIVILIS E A EXPANSÃO DO DIREITO ROMANO

Tudo o que conhecemos acerca do direito romano chegou até nós por meio do *Corpus Iuris Civilis*. “O *Corpus Iuris Civilis* (CIC), raiz histórica do sistema romanista, é uma compilação encomendada pelo imperador Justiniano no século VI d. C”⁶. O sistema justinianeu foi, desde sua origem, um transplante, uma adaptação de várias legislações a uma realidade histórica e geográfica bastante diversa daquela em que vigiam as normas originais. Foi elaborado não em Roma, mas em Constantinopla; não na parte latina do império, mas em sua porção grega. Apresentava, em um só corpo, mil anos de experiência jurídica romana, abrangendo a Realeza, a República e o Império. Trata-se, portanto, da busca de um direito que havia vigorado há muito tempo.

O império romano do ocidente, local em que brotaram as constituições imperiais já não existia no momento em que Justiniano objetivou a reconstituição jurídica daquele povo.

⁵ KALUPNIEK, op. cit., p. 30.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 30 ed. São Paulo: Forense, 2007. p. 18.

Os dez membros designados por Justiniano em 528 tiveram o oneroso trabalho de garimpar todas as constituições imperiais elaboradas desde o Imperador Adriano (117- 138), analisá-las a luz do momento e compilar numa organização única, dividida de acordo com o critério estabelecido por Triboniano, encarregado da comissão.

A missão dos compiladores se concluiu em dois anos e substituiu todas as constituições particulares ou “menores”, assumindo a função de único código de leis do império romano do oriente. Embora o império romano do oriente tenha sobrevivido até 1453, as relações do ocidente com essa região ficaram cada vez mais frouxas, particularmente no que diz respeito ao aspecto jurídico. A conhecida idade média tornou os povos restritos a seus reinos, condados, ducados. Embora o direito romano fosse a base das relações jurídicas, transmitidos por uma tradição e uma relação entre os povos bárbaros e os romanos, cada região adaptou-o às suas singularidades. As distâncias e dificuldades de comunicação contribuíram para que muitos preceitos se perdessem ou se transformassem.

Foi apenas na baixa idade média, momento em que foram possíveis transformações substanciais na estrutura medieval que o direito romano foi “redescoberto”, repensado, debatido nos bancos das primeiras universidades surgidas por volta do século XII. Aliás, o curso de direito foi um dos primeiros cursos a serem ministrados nas nascentes Universidades. Foi exatamente nesse momento e contexto que as compilações de Justiniano foram trazidas à conhecimento pelo povo ocidental, resgatadas e debatidas a luz dessa instituição.

Por cinco séculos desde sua produção o *Código Iuris Civilis* ficou desconhecido pelos medievais. A importância atribuída pelos estudiosos das Universidades europeias do século XII para esse documento foi tão significativa que esse corpo de leis passou a ser a base estruturante de todos os debates jurídicos da Europa.

O POVO ROMANO E A CONSTRUÇÃO DO *CORPUS IURIS CIVILIS*

Importa pensar agora um pouco mais a respeito do povo que construiu esse documento tão importante para a história do direito, o *Corpus Iuris Civilis*.

O que conhecemos atualmente pela cidade de Roma teve suas origens por volta do século VIII a. C. Localizada ao longo do mar Mediterrâneo, correspondia a uma vasta comunidade de povos inicialmente independentes e posteriormente agrupados. Iniciaram suas atividades com a prática da agricultura e do pastoreio, centrando-se em pequenos grupos familiares chamados gens. “É bastante provável que o Estado romano primitivo fosse formado

por uma federação de povoações albinas e sabinas que dominavam o Tibre. A cidade, isto é Roma, só foi fundada sob o reinado dos reis etruscos”.⁷

Esse povo agrupava-se em torno de um chefe onipotente, o paterfamilias. A origem do poder deste chefe que agrupava poderes políticos, religiosos e jurídicos estava numa longínqua tradição religiosa: o culto aos mortos.

Segundo Fustel de Coulanges na obra *A cidade antiga*, publicada pela primeira vez em 1864, crenças imemoriais atravessaram os tempos e repercutiram em diversas manifestações do direito romano. Segundo esse autor clássico, tudo teve início no culto aos mortos. “De acordo com as mais antigas crenças dos itálicos e dos gregos, a alma não passava sua segunda existência em um mundo diferente do em que vivemos; continuava junto dos homens, vivendo sobre a terra”.⁸

Em virtude desta crença, uma das maiores preocupações do povo romano não era com os cuidados relacionados aos vivos - estes poderiam dar conta de sua existência - mas referiam-se aos mortos. Há relatos de que o pior dos castigos a que pudesse sacrificar um ser humano seria o de lhe negar uma sepultura e, conseqüentemente, os ritos fúnebres. “Vê-se claramente, pelos escritores antigos, como o homem era atormentado pelo medo de que, depois de sua morte, não fossem observados os devidos ritos. Essa era uma fonte de inquietudes pungente”.⁹

Considerando que a alma continuava viva sob a terra, as necessidades dos mortos equiparavam-se às necessidades dos vivos, com a diferença de que os mortos não poderiam por si mesmos suprir essas necessidades. Segundo Coulanges:

Enganar-se-ia muito quem pensasse que essa refeição fúnebre não era senão uma espécie de comemoração. Os alimentos que a família levava eram realmente para o morto, exclusivamente para ele. E isso concluímos pelo seguinte: o leite e o vinho eram derramados sobre a terra do túmulo; um buraco era cavado, a fim de que os alimentos sólidos chegassem até o defunto; se lhe imolavam uma vítima, todas as carnes eram queimadas, para que nenhuma pessoa viva delas participasse; pronunciavam-se certas fórmulas consagradas, para convidar o morto a comer e a beber; se a família inteira assistia à refeição, ninguém tocava nos alimentos; e, por fim, ao se retirarem, os familiares tinham grande cuidado em deixar um pouco de leite e alguns doces em vasos; considerava-se grande impiedade o fato de alguém tocar nessa pequena provisão, destinada às necessidades do morto.¹⁰

Como os rituais eram muito específicos e demandava atenção especial, visto tratar-se de manifestações físicas e, por vezes trabalhosas, as preocupações com a vida após a morte

⁷ Ibid., p. 25.

⁸ COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Hemus. 2007.p. 11.

⁹ Ibid., p. 13.

¹⁰ Ibid., p. 16

era constante entre esse grupo. Dessa maneira, Fustel de Coullanges vai justificar a formação da família. Um fato tão importante quanto os cuidados pós-morte não poderia ficar relegado à simples boa vontade dos vivos. Era fundamental criar responsabilidades específicas em relação a essa demanda. Criou-se a obrigação da perpetuação dos ritos fúnebres. Escolheu-se o responsável que, para tão onerosa responsabilidade, herdava determinadas garantias e privilégios. Estava instituído, segundo o autor, o *paterfamilias*.

O *paterfamilias*, chefe supremo de uma família, tinha a obrigação de continuar o culto aos mortos e para isso estava atribuído do privilégio de comandar a família que estava sob suas ordens: administrava todas as posses, julgava em casos específicos, tinha o poder de vida e de morte sobre todos os membros da sua *gens*. O filho primogênito de uma família herdava as responsabilidades e os privilégios. Como cada família tinha por obrigação os cuidados com os seus antepassados, a religião estabelecida entre esses antigos povos era doméstica, privada e secreta. Cada grupo de pessoas reunidas em torno de um ancestral comum e sob a ordem de um *paterfamilias* cultuava os seus deuses (seus antepassados) e tinha rituais próprios. Tratava-se, portanto, de um grande grupo de pessoas, incluindo servos, escravos e clientes que elaboravam cerimônias fúnebres a um antepassado comum, muitas vezes numa longínqua linhagem.

Outra coisa importante para pensarmos a formação dessa religião, que segundo Kalupniek constituiu a base para a família ao passo que esta constituiu a base para o direito, é o fato de que não se tratava de um parentesco sanguíneo, como pensamos atualmente quando nos referimos a família. Embora o parentesco sanguíneo existisse na maioria das vezes, não era isso que definia uma família. O que definia os laços familiares era o culto. Nesse culto poderia ser admitido pessoas que não possuíam laços de sangue. Era a incorporação de um indivíduo ao culto que o tornava parte da família.

Nesse sentido a filha não era parente porque o casamento a retirava do culto da casa onde havia nascido. A nora era parente porque estava admitida no seio do culto familiar. Um filho adotivo era parente ao passo que um filho emancipado não era mais. Essa perspectiva é uma das maiores causadoras do anacronismo histórico. Segundo Hespanha essas interpretações errôneas, que buscam por uma continuidade histórica de palavra e de conceito geraram inúmeros problemas para a história do direito. A partir da perspectiva desse autor, a análise do direito romano só pode ocorrer com uma vasta pesquisa histórica, que não tome o passado como uma construção monumental e inconstestável, mas apenas e simplesmente como um ponto de reflexão.

Nesse sentido, pensar os conceitos que permaneceram no direito atual à luz da interpretação daquele contexto é indispensável para essa tarefa. Uma família romana não se parecia com uma família atual. Não conseguimos atingir a essência do que era viver no seio dessas famílias, submetidos a um culto privado e a um poder ilimitado de um indivíduo. Segundo Hespanha:

É certo que diversas terminologias e conceitos jurídicos permanecem no discurso contemporâneo desde o *corpus iuris civilis*, no entanto, precisamos estar atentos para o significado destas terminologias que se alteraram drasticamente. Por exemplo, a família romana não é a família tal qual concebemos atualmente. Tratava-se de um grupo de pessoas reunidos em torno de um sacerdote. Pessoas que não se esperava que tivessem qualquer relação consanguínea, mas que adorassem um mesmo deus.¹¹

O conceito de liberdade em nada se parece com aquele que buscamos na atualidade. Ser livre para um romano era simplesmente não ser escravo. Estava longe das diversas aspirações da liberdade contemporânea. Esses são apenas dois exemplos dentre os diversos que poderíamos citar que nos alertam para pensarmos de forma crítica essa herança ou continuidade do direito romano.

Hespanha nos impõe ainda mais responsabilidade ao nos alertar para os anacronismos presentes naquela perspectiva que busca a continuidade do direito. Muitas vezes, conclui o autor, os discursos dos manuais, ao desconsiderar ou ignorar os sentidos semânticos dos termos, tem por objetivo emprestar legitimidade às instituições sociais e ao direito estabelecido. A história para este autor, não deve ser a legitimadora do presente mas mais uma possibilidade de reflexão sobre as mudanças que ocorrem ao longo dos tempos e como elas chegam no presente.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO ROMANO E O DIREITO MODERNO.

Não há como negar que a nossa sociedade é herdeira da tradição latino-romana. O direito é apenas um dos tentáculos lançados por este povo para a estruturação da sociedade atual. Nosso pensamento, nossos costumes, nossas práticas embora com sentidos e representações distintas, possuem suas raízes na sociedade que se formou na região do Lácio.

Segundo Hespanha a própria busca pelo passado na tentativa de legitimar o presente, tão recorrente na nossa sociedade era praticada pelos romanos e, certamente nos foi repassada por essa tradição. A história era celebrada pelos romanos como a memória das coisas ausentes. Segundo Kallupiniek o passado era muito mais importante para os romanos do que

¹¹ HESPANHA, op. cit., p 27.

o presente. Contar o passado tal qual era rememorado constituía uma arte. Aquilo que se falava sobre o passado definia o presente, visto ser este uma continuação daquele.

Dentre as prerrogativas do direito no principado encontramos o *damnatio memoriae*: a extinção de todo o resquício relacionado ao condenado. Uma morte civil que incluía a aniquilação de todos os retratos, estátuas e inscrições. Sem registros, a memória se encarregaria de reconstruir o indivíduo e ele seria aquilo que fosse lembrado dele. O passado definia o presente mas cabia aos vivos e unicamente a voz e a memória deles reconstruir a existência dos mortos.¹²

Essa perspectiva, tão distinta de nossa atual historiografia no que concerne a busca por fontes, documentos, registro daquilo que passou na intenção de reconstruir o mais próximo possível do que foi não era uma prerrogativa válida para a história entre os romanos. No que concerne ao direito, objeto dessa análise, podemos apontar diversos aspectos, que para além da fórmula, forneceram sentidos às práticas jurídicas. Segundo Kalupniek, a veneração pelo discurso se encontra no cerne do direito romano, tendo sua origem na religião, que é o seu legado natural. Seu mito fundador é a transformação do *ius* (direito) em *lex* (lei), de uma jurisprudência oral em um direito positivado, concretizado pela escrita.¹³

O poder e a interferência da religião eram tão fortes entre os romanos que era nessa relação que se definia a categoria de cidadão e, portanto sujeito de direito. O cidadão era reconhecido por sua participação no culto da cidade, e dessa participação, provinham todos os seus direitos políticos e civis. Renunciar ao culto era renunciar aos direitos. O culto proporcionava a família, que por sua vez possibilitava a cidadania e o acesso ao direito.

O termo magistrado, tão utilizado na atualidade, refere-se àquele que governa, demonstrando a relação estabelecida entre o governante e o direito. Aquele que dizia o direito era também aquele que comandava a cidade, a religião, a família. Originalmente, os magistrados eram os dois cônsules que substituíram os monarcas após a queda do último rei de Roma. Eram eleitos anualmente e o exercício da jurisdição se dava como uma extensão natural de seus deveres de estado. “A administração da justiça era apenas uma parte dos deveres consulares, o que explica o relativo ‘engessamento’ formal do direito, a pequena ocorrência de inovações jurídicas oficiais”.¹⁴

A inexistência do debate e de um grupo específico para pensar o direito impossibilitou o surgimento de uma jurisprudência no início da república romana. O cônsule ficava sobrecarregado de atividades e o direito era apenas uma das inúmeras funções do cargo. A

¹² KALUPNIEK, op. cit., p.8.

¹³ Ibid., p. 41-42.

¹⁴ Ibid., p. 44.

prática jurídica ficou atrelada aos costumes e a tradição. Pouco se inovou nesse debate. O excepcional apego dos romanos à tradição – a letra da lei tornou-se uma das práticas mais correntes do direito. Acreditava-se que “o dar a cada um o que é seu”, conceito popular da justiça, se dava de forma mais efetiva pelo apego à tradição.

Alexei Kalupniek nos lembra que a inflexibilidade do direito oficial não era absoluta. Com o passar do tempo mesmo algumas inovações dos pretores – magistrados da República, votados especificamente para cuidar da justiça - consagradas por uma fórmula repetida em diversos éditos poderiam, finalmente, ser reconhecidas como lei. Isso ocorreu a partir da segunda parte da república, dando origem ao chamado *ius honorarium* (direito honorário). “Essa pequena válvula de escape não invalida a ideia de que, no direito romano, havia uma verdadeira obsessão pela lei escrita e sua estabilidade. As alterações legais, afinal de contas, só podiam ser aceitas quando, devido a seu uso intenso por gerações, já houvessem se tornado, por si mesmas, tradicionais”.¹⁵

A partir desse contexto, o que nos resta acerca do direito romano? Sua origem religiosa, sua base familiar, seu apego a tradição, aos rituais, as leis e as letras mortas encontram ressonâncias na moderna prática do direito? Certamente que sim. Em menor ou maior medida os ecos da base romanística permanecem no presente e a questão principal não é elaborar um argumento que a negue. Se fosse isso não haveria necessidade de estudarmos o direito romano. O que se pretende ao realizar uma investigação histórica acerca do desenvolvimento da prática jurídica é identificar essas ressonâncias. Trata-se de pensar, problematizar, desconstruir.

Trata-se, por fim, de admitirmos que sejamos herdeiros de uma ficção que sempre tratou a tradição jurídica como estática, estável e inalterada. Que esse mito foi construído desde os romanos e que a partir dele e por meio dele se deu o enlevado apreço com que as leis, os processos e o conhecimento jurídico foram tratados. A tradição objetiva a tentativa de manutenção da aparência de estabilidade das instituições sociopolíticas. Se há algo que devemos considerar é que tudo aquilo que aparentemente não muda ou muda muito pouco precisa estar em constante mudança para permancer.

¹⁵ Ibid., p. 47.

REFERÊNCIAS

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Hemus. 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 30 ed. São Paulo: Forense, 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel . “Depois do Leviathan”. In **Almanack Braziliense**, nº 05, p. 55-66,
maio de 2007. Disponível em:

<http://www.almanack.usp.br/neste_numero/n01/index.asp?tipo=artigos&edicao=5&conteudo=198>

Acesso em: 22 março 2013.

_____. **História das instituições jurídicas**. Coimbra: Almedina. 1982.

_____. A história do Direito na formação dos juristas. In: _____. **Cultura Jurídica Européia – síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KALUPNIEK, Alexei. **“Ex Uno Plures** (A partir de um, vários). Diglossia e ressignificação no direito romano. Monografia. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.