

# O Direito Romano vivo

*Alexandre Augusto de Castro Corrêia*

(Livre Docente de Direito Romano)

Os estudos de Direito Romano têm enorme importância no mundo jurídico e importância não menor como elemento de formação do espírito do jurista. Pode-se dizer com toda a propriedade que o Direito Romano “é” o direito ocidental e que para as nações de Direito Civil ele representa aquela fonte de inspiração de que o jurista moderno jamais se separou e da qual jamais se separará. Tudo nos leva aos estudos romanísticos, a nós juristas do presente como os juristas do passado. Em primeiro lugar, somos vivamente impressionados pela maravilhosa continuidade do pensamento jurídico Ocidental, continuidade que encontra raiz e alimento perenes na prodigiosa herança deixada pelo povo romano. Desde a queda do Império Romano até nossos dias, as idéias fundamentais do Direito Romano, público e privado são ainda as idéias fundamentais do Direito Ocidental. Basta, por exemplo recordarmos o fragmento de ULPIANO, reproduzido nas Institutas de Justiniano, I, 1, 4:

“Hujus studii duae sunt positiones; publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet”.

Este texto é de imensa importância para a ciência do direito e formula em termos nítidos a grande distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, distinção que constitui a base inquebrantável da vida jurídica de todos os tempos. Seja qual fôr a tentativa para abolir essa dis-

tição ou para atenuá-la, enfraquecê-la, ela sempre se imporrá ao espírito do jurista com a força duma verdade que os próprios fatos se encarregam de evidenciar. Sob o aspecto científico, a distinção representa a idéia que preside aos estudos jurídicos; Direito Público e Direito Privado formam as duas partes do todo que constitui o mundo jurídico. O *ensino* do Direito, nas Faculdades, segue esta divisão tradicional, cuja origem se encontra no Direito Romano onde é formulada pelo jurisconsulto ULPIANO.

O Direito Público Romano não é infelizmente estudado em nossas Faculdades de Direito que só incluem no curso jurídico o Direito Privado Romano, tendo em vista a preparação aos estudos, sobretudo, de Direito Civil. Mas, também o Direito Público moderno se beneficiaria extraordinariamente se os estudos de Direito Romano se estendessem ao “Jus Publicum” de maneira especial. Bastaria lembrar os trabalhos monumentais do grande Mommsen sobre o Direito Público Romano, sobre o Direito Penal Romano, para imediatamente nos apercebermos do valor formativo que para o jurista representa o conhecimento aprofundado desse ramo do Direito Romano. Que pensar de expressões como “Res Romana”, “Jus Publicum”, “Realeza”, “República”, “Império”? Qual o verdadeiro alcance jurídico de tais expressões em qualquer tempo? Qual a origem histórica de nossas concepções fundamentais em matéria de Direito Público? Tudo isto constitui, de per si, um ramo à parte dos estudos romanísticos e da ciência jurídica, ramo que mereceria ser cultivado mais intensamente em nossas Faculdades. Os princípios do “Jus Publicum” Romano são o patrimônio comum das nações Ocidentais.

No Direito Privado, “quod ad singulorum utilitatem pertinet” encontramos, por exemplo, nos Comentários de Gaio, 1, 8: “Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones”. Esta divisão tripartida do Direito Privado é clássica e válida até hoje, com exceção do terceiro membro, o Direito das Ações, transportado para

o Direito Público, em consequência dum movimento que se inicia em fins do século XIX. “Todo o direito de que usamos se refere às pessoas, às coisas e às ações”. TEIXEIRA DE FREITAS, certamente o maior civilista brasileiro, pela profundesa das idéias e rigor sistemático da construção jurídica, queria reduzir o Direito Privado a “Pessoas” e “Coisas”. Ora, os termos “Pessoas” e “Coisas”, “Personae et Res” foram criados pelos juristas romanos e têm hoje como outrora o mesmo significado essencial. Quanto ao Direito das Ações, o Direito Processual Civil, podemos dizer que no tocante a seu conteúdo, as idéias cardiais do processo moderno ainda são as lançadas pelo processo romano. Ação e processo visam em última instância, sancionar o direito, dar a cada um o que lhe é devido. “Suum cuique tribuere” é a definição justinianéia de justiça e no processo moderno, a ênfase colocada na idéia de justiça como fim da ação, como função eminente do Poder Judiciário tem ressonâncias nitidamente romanas. Aliás, a renovação da ciência processual, ocorrida na Alemanha do século passado, iniciando-se com WACH e outros mestres, inspirou-se muitíssimo nos estudos sôbre o “Processo Formular” romano, processo em que a função do Pretor, procurando realizar o direito, era preponderante. Por outro lado, a posição do Direito Processual Civil, do Direito Judiciário Civil, como ramo do Direito Público é susceptível, em doutrina ao menos, de controvérsia, pois existe, no Processo, a intersecção talvez única no Direito, entre o interesse privado, visando obter “quod sibi debetur” e o interesse público, visando a “Justitia” É também verdade que toda a organização judiciária pertence ao Direito Público, que o Juiz é um magistrado, um representante do poder público. Mas, o mesmo acontecia em Roma: o Pretor era um magistrado judiciário, a organização judiciária romana pertencia ao Direito Público e o fim visado pelo Pretor era a realização da Justiça, mediante a aplicação do direito ao fato concreto, atendendo, assim, à “função so-

cial” do Direito, que é promover o bem estar social e individual, a utilidade dos particulares. Apesar de seu profundo senso da “Res Publica”, os juristas romanos, sobretudo os do período clássico, consideraram o “Jus Actionum”, o direito das ações com o pertencendo ao Direito Privado. Isto porque viam, como finalidade essencial do processo, a de atender às necessidades dos casos concretos. Não se pode, por outro lado, objetar que os Romanos desconhecêssem o aspecto “público” do processo, pois encontramos vários textos bastante claros nas fontes, como, por exemplo, este de ULPIANO, D., 1, 1, 2: “Publicum jus in sacris, in sacerdotibus *in magistratibus* (grifo nosso) consistit”. O direito “magistratual” é pois ramo do Direito Público. Ora, o Pretor era, como dissemos, um magistrado e toda a organização judiciária romana prendia-se ao Direito Público. A função do pretor era realizar a justiça no caso concreto, satisfazendo, assim, aos interesses dos particulares que procuram obter, através do poder judiciário, “quod sibi debetur”. Não procede o argumento de que a Justiça, pelo simples fato de administrada pelo Estado, seja também determinada, em seu conteúdo, tão só pelo Estado, nenhuma importância tendo a consideração do interesse dos particulares, da utilidade dos particulares. É verdade que o sentido atual do conceito de justiça no processo visa opor-se à “concepção duelística do processo”. E, de fato, sob a égide da tendência privatística, o Estado era um espectador passivo das atividades desenvolvidas pelas partes em juízo, limitando-se o magistrado a “policiar” o duelo, a verificar a observância, por parte dos contendores, das regras formais do processo. Esta concepção punha sem dúvida em perigo os superiores ditames da Justiça. Assim, com toda razão, vêm os processualistas modernos, reagindo contra o perigo e são seguidos nêsse movimento pelos legisladores. Mas, o processo atual corre o perigo ainda maior de passar ao extremo oposto, dando ao processo e à ação um cunho exageradamente “publicístico”, ameaçan-

do muitas vezes a incolumidade dos direitos individuais. Poder-se-ia entrever, sem exageros, na nova orientação, os sinais alarmantes dum processo “totalitário”, em que nenhuma iniciativa caiba mais às partes. Não pretendemos entrar aqui em discussões que fogem ao âmbito de nossos estudos. Visamos, apenas, realizar ligeiro confronto entre o processo moderno e o processo romano, para mostrar que este último, sobretudo na fase do “Processo Formular”, talvez realize melhor o equilíbrio, tão procurado hoje, entre os aspectos público e privado da “actio”. Também aqui, pois, o estudo aprofundado do processo romano parece indispensável.

Retomando a direção de nossas reflexões, acreditamos que nenhuma dúvida, nenhum cepticismo, possam pairar sobre a missão do jurista moderno enquanto romanista. Os detratores do Direito Romano costumam dizer que o Direito Romano é um direito morto, escrito numa língua morta. Que utilidade teria, pois, o estudo desse direito para o jurista “vivo”, para o advogado “vivo”? Si o Direito Romano “morreu” é porque devia morrer, obedecendo, também ele, à lei fatal da História, que tudo cria e tudo destrói, incessantemente. Olhemos, pois, para o Presente e para o Futuro, abandonando os estudos romanísticos aos juristas “saudosistas”. O nosso direito morrerá também, um dia, e o que nos interessa é conhecê-lo em vida, como direito vigente.

É claro que de acôrdo com tais concepções, nenhum lugar caberia aos estudos romanísticos nos currículos das Faculdades de Direito. E a “argumentação” chega a impressionar, sobretudo aos leigos, sobretudo àqueles aos quais falta a compreensão adequada do fenômeno jurídico.

Para refutarmos pois a “objeção”, devemos partir, desde logo, de seus pressupostos ou melhor de seu pressuposto fundamental, que parece ser o da completa falta de ligação entre “Presente” e “Passado”. O direito “atual”, o direito vigente, seria o direito vigente “hoje”, que não

sabemos si o era “ontem”, nem si o será “amanhã”. O estudo do Direito se cifraria na “apresentação” do direito positivo, em sua estrutura sistemática, em seu “funcionamento”, como “Deus ex machina”, eliminada qualquer “investigação da paternidade” desse direito. Mas, dentro de tal sistema, o direito não pode deixar de parecer arbitrário perante a consciência do jurista, voltada sempre para o problema da “justificação”. O Direito “é” assim. “Porque” é assim, indaga o jurista? Não o sabemos. Logo, qualquer outro sistema “jurídico”, mesmo contrário ao atual é igualmente legítimo. Entretanto, o único sistema “vigente” é o atual, embora outros sejam igualmente possíveis. Mas, por que razão isto é assim, por que razão o sistema jurídico vigente é o atual? O jurista céptico não pode contestar a procedência da indagação. Vai, pois, respondê-la apelando para argumentos que destroem a aparente solidez de sua posição inicial, para argumentos que transcendem a esfera do puro direito “atual”, para argumentos, aliás, estranhos à ciência do direito. O jurista céptico refere-se, então, às condições sociais em que se manifesta o direito.

Reconhece-se, portanto, “volens nolens”, que o estudo “puro e simples” do direito atual é inconcebível. Reconhece-se o “dever ser” como característica específica do mundo jurídico. Recorre-se, pois, à “Sociologia Jurídica”. A “Sociologia Jurídica” deverá “explicar” (mas nunca “justificar”. ) o fundamento da vigência do direito atual. Vê-se logo o defeito essencial da Sociologia Jurídica: ela não reconhece a distinção (ou pelo menos não a considera) entre “Ser” e “Dever Ser” e portanto não chega a compreender o direito em sua especificidade, naquilo que lhe é próprio. Em outras palavras, a Sociologia Jurídica não consegue explicar porque o Direito é um “Dever Ser”. Por outro lado, a Sociologia Jurídica é disciplina muito importante porque representa uma parte da própria Filosofia do Direito. Esta última se interessa pelo Direito na tota-

lidade de suas manifestações, procurando conhecê-lo como “Ser”, e como “Dever Ser”. Serve-se, pois, da Sociologia Jurídica, enquanto examina as condições sociais de manifestação do Direito. Portanto, a própria necessidade lógica de compreensão do fenômeno jurídico impõe a consideração do elemento histórico, impõe ao jurista o dever de estudar o “passado” jurídico, pois a evolução histórica do direito é um dos aspectos mais importantes do fenômeno jurídico. Assim, o estudo positivo do Direito, levamos, necessariamente, a fundamentar o direito atual no direito passado, leva-nos ao Direito Romano, fonte primordial do direito Ocidental moderno.

Estamos, pois, longe do puro “atualismo” jurídico. Só podemos compreender e talvez “justificar” o direito atual pelo Direito Romano, vivo nas concepções hodiernas do direito positivo. E nada mais natural, dada a relatividade das noções de “tempo”, “espaço”, “vida” e “morte”. A universal relatividade atinge também o Direito. O Direito Moderno nada mais é do que a aparência atual do Direito Romano que, por sua vez, já “apareceu” com outra fisionomia no Direito Medieval. Inversamente, o Direito Moderno já estava contido, como uma das suas possibilidades, no Direito Medieval que finalmente existia em germe, “in nuce”, no Direito Romano... Podemos, assim, prosseguir indefinidamente na investigação científica do Direito, procurando também as origens orientais do próprio Direito Romano, estudando a pré-história do Direito Romano; e podemos estudar o Direito Oriental buscando-lhe as origens mais remotas, chegando aos extremos limites da História do Direito. E na verdade, nada mais nobre, nada mais elevado, do que a consideração do Direito em sua universalidade histórica. “Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia.” A História do Direito é, talvez mais do que qualquer outra, a via que nos conduz à visão das origens divinas do Direito. . Não foi outra a intuição genial de SAVIGNY ao lançar os princípios da “Es-

cola Histórica do Direito”, ao escrever a “História do Direito Romano na Idade Média”. Seus princípios revolucionaram a ciência do Direito Romano e a ciência do Direito em geral; não foi outra a intuição de IHERING, ilustre adversário de SAVIGNY, ao compor o monumental “Espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento”. SAVIGNY, e IHERING são, acima de tudo, dois grandes romanistas, dois eminentes juristas. E ambos representam bem as culminâncias a que chega a Ciência do Direito, a Jurisprudência, quando cultivada em sua universalidade. A contribuição desses dois grandes juristas é inapreciável, não só para a Ciência do Direito como também para a Filosofia do Direito, muito justamente chamada “Jurisprudencia” pelos Romanos.

É também digno de nota que os dois grandes mestres, sem desconhecer a importância dos estudos de história do direito Oriental, para uma visão do direito universal, dedicaram toda a energia de seu espírito jurídico ao Direito Romano, seguindo, assim, uma tradição ininterrupta no Ocidente. Isto porque o Direito Romano é universalmente reconhecido no mundo jurídico como a fonte por excelência do Direito Moderno, aquela onde sempre podemos haurir inspiração segura para as construções dogmáticas do presente. Aliás, nada mais admirável do que a brilhante atividade dos romanistas contemporâneos em todo o mundo, na França, na Itália, na Espanha, em Portugal, na Alemanha, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na América Latina. A bibliografia romanística em tôdas essas partes do mundo é riquíssima e cresce continuamente. No Brasil, não faltaram nem faltam hoje notáveis cultores do Direito Romano em nossas Faculdades de Direito. Citemos aqui, entre outros, os nomes consagrados do Prof. MATOS PEIXOTO, da Faculdade Nacional de Direito, autor de excelente “Curso de Direito Romano”, de que publicou o primeiro volume, agora em segunda edição (Rio, 1950). O volume contém as partes Introdutória e Geral, tratadas com a sin-

gular erudição e admirável clareza que distinguem os trabalhos dêsse autor. Citemos, ainda, o Professor ADALCÍO COELHO NOGUEIRA, da Faculdade de Direito da Bahia, que como tese de concurso à cadeira brilhantemente conquistada, escreveu sôbre os “Aspectos da Pessoa Física no Direito Romano” (1940) e o Prof. ERNANI GUARITA CARTAXO, catedrático de Direito Romano na Faculdade de Direito do Paraná, com sua monografia de concurso, “As Pessoas Jurídicas em suas origens romanas” (Curitiba, 1943). A simples citação dêsses nomes e das obras que publicaram mostra o interesse que despertam e a inteligência com que são tratados os estudos romanísticos em nosso país. Diante de tais frutos, não há porque duvidar das perspectivas abertas às futuras gerações de romanistas brasileiros.

Nossas considerações visaram os aspectos teóricos, científicos, dos estudos de Direito Romano. Resta examinar sua utilidade prática, o valor de sua contribuição para o jurista militante, o advogado. E também nêsse terreno revela-se inabalável a fôrça da tradição romanística. Seria antes de tudo conveniente recordar que o Direito é uma ciência “prática” e não teórica ou “especulativa”. Conhecer o Direito é necessário para agir de acôrdo com êle. O Direito é uma regra de conduta; ora, conduta é ação, é prática. A conduta externa regulada por preceitos racionais é o Direito. Podemos também dizer que o Direito é ao mesmo tempo Ciência e Arte. É Ciência, enquanto conhecimento do justo e do injusto (“Justi atque injusti scientia”); é Arte enquanto aplicação dos preceitos da Justiça à conduta humana. ULPIANO, D., 1, 1, 1, lembra que “ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi.” O Direito é a arte do bem e do equitativo. “Arte” é um têrmo que se relaciona com o fazer humano, com a ação humana. O Direito, como arte, é um modo de agir bem, de agir segundo a equidade, segundo a igualdade de tratamento a todos os que se encontram nas mesmas circunstâncias.

A definição de Celso visa claramente a profissão do advogado, do jurista prático; as leis são feitas para serem observadas na vida civil e política. Estuda-se o Direito não apenas para conhecê-lo, mas para praticá-lo, para viver de acôrdo com seus preceitos. Assim sendo, não é possível conhecer o Direito sem praticá-lo; e ao mesmo tempo, é impossível praticar o Direito sem conhecê-lo. Portanto, antes de mais nada, o advogado, como jurista militante, deve ter o conhecimento perfeito do seu direito, das leis de seu país, afim de poder applicá-los convenientemente. Ora, o conhecimento profundo do Direito Civil brasileiro, por exemplo, supõe o conhecimento das fontes dêsse direito e por conseguinte do Direito Romano. “*Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem*”, diz o conhecido fragmento de Celso, D. 1, 3, 17. Os termos “Vis”, “Potestas”, indicam de modo bastante expressivo o alcance da lei, seu fim prático. Trata-se, no fragmento, duma regra de interpretação das leis. “Vis” é a fôrça da lei; “potestas” é o poder da lei, o que a lei manda, o que ela quer. Mandar, querer, são conceitos dinâmicos, práticos.

Assim, o jurista prático deve lutar pela observância da lei. Dizer que a teoria é uma e a prática outra, é simplesmente renunciar ao Direito, renunciar a pôr a lei em ação, é substituir o Direito pela anarquia duma prática incoerente e injusta. Não há um direito dos juristas e tratadistas e outro dos advogados. O Direito é uno. A separação entre Teoria e Prática é mortal para o Direito. Uma sociedade que não se pautе pelos principios científicos do Direito, que procure sempre burlar o Direito, não é uma sociedade juridicamente organizada. A missão do advogado militante é pois a de haurir os conhecimentos científicos, ministrados nas Faculdades e nas obras dos jurisconsultos, afim de applicá-los religiosamente em sua vida profissional, contribuindo, assim, para o progresso da sociedade em que vive. A prática sadia repousa na ação, orientada pelos preceitos jurídicos, claramente entendidos. A lei é

o meio de que se serve o jurista para alcançar fins que representem o “bonum et aequum”, que sejam compatíveis com a segurança, o bem estar, o progresso, a moralidade públicos. Ora, o Direito Romano, que educou através dos séculos os juristas e os povos, não pode ser desconhecido pelo advogado. Como poderá o advogado atingir a “vis” e a “potestas”, o espírito de seu direito nacional, ignorando a fonte de que promanam seus princípios? Como pode êle entender os preceitos concisos e sistemáticos do Código Civil, sem vivificá-los mediante o elemento histórico? Mais uma vez, as instituições jurídicas não são o produto accidental duma penada do legislador mas representam o resultado de lento processo histórico. Leis sábias são as que duram, as que se mantêm, resistindo à prova do tempo e das vicissitudes sociais, políticas, econômicas dos povos. Assim, o advogado deve saber atingir os princípios fundamentais do seu direito, sem vacilação; deve conhecer-lhes o valor e a importância para fazê-los respeitar na prática. E o conhecimento das fontes romanas reveste de singular autoridade o trabalho interpretativo do advogado. A citação apropriada dum fragmento do Digesto, acompanhado do respectivo comentário, como elemento de interpretação histórica da lei, sempre obrigará o mais atarefado dos juizes à análise mais pormenorizada da questão, levando-o a proferir decisões mais fundamentadas. Juizes e advogados são os agentes da difusão dos princípios jurídicos na vida social. Representam êles o direito militante. Os professores de direito, os doutrinadores, pelo estudo diuturno, oferecem ao magistrado e ao advogado, os frutos de suas indagações para que estas lhes sirvam no desempenho da nobre missão de julgar e pleitear. E todos, irmanados na mesma luta, formam o exército dos “Sacerdotes do Direito” de que fala ULPIANO, D. 1, 1, 1:

“Cujus merito quis nos sacerdotes appelet: justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam non simulatam adfectantes.”