

AS PERSPECTIVAS DO DIREITO ROMANO ATUAL

SILVIO DE MACEDO

I — Sobre as “quaestiones de juris subtilitatibus”

Há uma admirável e frondosa “arborização” bibliográfica no campo do direito romano, o que prova a existência de um direito romano atual face ao direito romano histórico.

Exemplo dessa atualização é a publicação das “Quaestiones de juris subtilitatibus”, por Zanetti, formando o volume XVI dos “testi medievali”, publicado em Florença, em 1958.

Trata-se de obra medieval, e sua primeira publicação se deve ao alemão Hermann Fitting, cuja paternidade foi muito discutida, mas hoje atribuída a Imério.

É a respeito desse importante documento, tão discutido, que o romanista atual, italiano, Zanetti, oferece uma nova edição do famoso texto bolonhês.

II — Schultz e a romanística atual

A existência de grandes romanistas perante o direito moderno não terminou com as figuras exponenciais de um Savigny, um Mommsen, um von Ihering. O nosso tempo constata ainda a presença de elevadas expressões científicas, como um Marx Kaser, um Betti e um Schultz.

Do último, cuja morte ocorreu em 1957, em Oxford, onde se encontrava em missão universitária, se cognominou “umas das personalidades mais incisivas da romanística”, um alto pesquisador cujo círculo de conhecimento cada vez mais se dilatava.

Como todo autêntico professor universitário, não se fez de súbito, levado aos empurrões à cátedra, antes conquistou-a por etapas. Assim, nascido na cidade de Bunzlau, na Silésia, Alemanha, em 1879, já em 1905, portanto com

a idade de vinte e seis anos, defendia sua primeira tese de doutorado, “De actiones in id quod pervenit et in quantum locupletior factus est”, de repercussão no seu meio, ou seja em Berlim, onde foi discípulo de Emil Seckel, outro grande romanista.

Um ano depois, nova investida, habilitando-se com nova tese, “Die Sabinusfragmente in Ulpianus”. Em 1909, torna-se professor extraordinário em Innsbruck, e, no ano seguinte, “Ordinarius” (equivalente ao nosso catedrático).

Sua vocação magistral levou-o a grandes alturas. Em 1912, conquista a cátedra em Kiel. Em 1916, a de Goettingen. Já em 1933 se encontra em Bonn, em situação idêntica. É uma ascensão rápida mas robusta. Suas qualidades de pesquisador conduzem-no sempre a solicitações dos grandes centros. Com a Guerra, em 1939, emigra para a Inglaterra, onde fixou-se na Universidade de Oxford. Passada a guerra, a Universidade de Bonn lhe concede o título de professor honorário.

Outro grande romanista alemão, Kaser, fala da mestria de Schultz em todos os domínios da dogmática do direito privado romano: — “Schultz mit ciner sich straendig steigernder Meisterschaft bearbeitet und ciner abschliessenden Klaerung zugefuehrt”.

Dentre suas obras importantes, temos “Einfuhr ung in das Studium der Digesten”, “Condictio indebiti und die Akzessoriaet der ‘sponse’ und fideiusio”, “History of the roman legal science”.

III — Inexistência de perspectiva histórica na jurisprudência clássica?

Inexistência de perspectiva histórica na jurisprudência clássica do direito romano? — Eis um assunto polêmico entre os romanistas atuais. E essa preocupação revela mais uma das facetas do direito romano atualizado.

Um grande romanista alemão, Schultz, sustenta a tese da “obstinada aversão histórica” dos juristas romanos, na fase da jurisprudência clássica. Levantou o problema crítico das relações entre o “jus Quiritium” e “jus gentium”. Essa discussão está em grande parte da edição oxfordiana, ou seja “History of Roman Legal Science”, 1946, Inglaterra.

A tese polêmica de Schultz despertou, naturalmente, no campo da Romanística, sua antítese. E esta foi levantada por outro grande romanista, italiano, que é Maschi, no seu livro substancial “Il Diritto Romano Nella Prospettiva Storica Della Giurisprudenza Classica”, 1957.

Nos prolegômenos do seu trabalho profundo, o romanista italiano justifica a exigência de clarificação dos métodos específicos da jurisprudência romana, mostrando a estrutura dogmática dos diversos institutos.

Após esse estudo preliminar, o autor enfrenta a crítica da tese de Schultz, da chamada “ausência de consciência” histórica da jurisprudência romana.

A revelação mais original de Maschi se faz nestas palavras nucleares de sua tese: — “Il concetti elaborati dalla giurisprudenza non sono né antistorici né storici ma in quanto connessi deduttivamente o contrapposti dialetticamente al passato e in quanto colgono la realtà del presente sono direttamente collegati alla storia di cui il presente è solo la fase più recente di una esperienza giuridica che ha radici più o meno lontane nel tempo”.

Contestando a tese de Schultz, a anti-historicidade da jurisprudência romana, Maschi, o faz preferentemente através das páginas 79 a 250 do seu livro (capítulos IV e V), dedicados ao estudo histórico nas institutas de Gaio e à construção dos institutos jurídicos pela experiência histórica.

É bem verdade que Schultz salientara anteriormente que Gaio fazia uma exceção à tese, e que não poderia argumentar com exceções.

Outro romanista italiano, Ricardo Orestano, fazendo uma revisão crítica do assunto, vem de chamar a nossa atenção para o problema, no sentido de distinguir-se entre “concezione storica del diritto e quantum di indagini storio-grafiche e di conoscenze storiche non solo novi è proporzionalità”. E, adiante, que um Savigny “per molto aspetti non dirà cose sostanzialmente diverse”.

Assim a discussão sobre direito romano e historiografia é rica de nuances. Seria uma conclusão simplista, a nosso ver, aquela, que evitasse a discussão em várias latitudes intelectuais do problema.

IV — O papel do romanista na formação do jurista moderno

Há um direito romano “histórico” e um direito romano “atualizado”. Os que não sabem dessa distinção naturalmente não podem avaliar a importância desse último, formado de princípios e definições de um valor científico e representando uma bela cristalização de conceitos de pureza geométrica e acentuado rigor.

É, justamente, esse domínio da romanística, de direito romano atualizado (e não da simples informação do direito histórico), que fornece a todo e qualquer jurista, principalmente o especializado em direito privado, o substrato essencial da sua cultura.

Não creio e nem admito na existência de um jurista autêntico sem essa formação de base. Daí que opinar em direito não significa ter formação própria de jurista — que investiga as causas e justifica coerentemente uma interpretação dos atos jurídicos. A invocação jurisprudencial, na maioria dos casos, é

apenas essa invocação cômoda dos pontos de vista alheios, e assim mesmo muitas vezes não bem compreendidos.

Em matéria dos “direitos reais”, por exemplo, só a romanística pode oferecer a distinção sutil e precisa porque a “res” pode ser objeto de convergência de três direitos diferentes, de três linhas atingindo de modo diferente essa mesma coisa, os quais confluem para a integração da propriedade plena: o “jus disponendi”, o “jus utendi” e o “jus fruendi”.

E, ademais, essa teorização romanística dos “direitos reais” se mantém intangível frente à teoria geral do direito civil moderno.

Mesmo em matéria de direito de família, onde sua teoria geral do erro procura refugir à teoria geral das obrigações, sob influência certa do “Jus Canonicum”, está presente a influência da romanística.

Impõe-se assim o estudo da romanística. Mas, esta, não se resume no estudo das fontes do direito romano pós-clássico, corporificado na análise direta do texto latino do “Corpus Juris Civilis”. É preciso debruçar-se o jurista moderno sobre fontes do direito clássico, e consultar diretamente “Legis”, principalmente as “Leges regiae”, a “Lex XII Tabularum”, as “Leges Rogatae” (em número de 15), as “Leges Datae”, os “Senatusconsulta”, os “Edicta et Decreta magistratum et sacerdotum”, as “Constitutiones Imperatorum”, e, depois, investigar os “Negotia”, os “jura personarum”, os “Colegia”, os “Testamenta et Hereditates”, as “Res sacrae publicae religiosae”, o “dominium et possessio”, os “Jura in rebus alienis”, a “Pecunia certa”, as “Obligationes consensu contractae”, estas principalmente de tão alto fundamento científico do direito moderno, as “Locationes conductiones”, as “Societates”, as “Res Judicariae”, e, para concluir esse aprofundamento do direito clássico, consultar as “Instituições” de Gaio, as “Instituições” de Ulpiano, as “Sentenças” de Paulo, as “Instituições” de Paulo, as “Regras” de Sexto Pompônio, as “Regras” de Modestino, etc. etc. etc.

Uma fase notável do direito romano é a da Pandectística, houve quem dissesse que esse direito exauriu-se com o pandectista, passando depois a manter um contacto com o direito moderno comparado.

A revista italiana especialista em direito romano, Labeo, promoveu no ano de 1956 a um inquérito para uma verificação do papel desempenhado pela ciência romanística na formação do jurista moderno, concluindo pela grande vantagem de articular-se a experiência romanística com a experiência atual.

Ressalta-se a excelência da função romanística do ponto de vista metodológico e lingüístico, condição para um seguro jurista moderno, mormente do direito civil.

E, com vistas a essa nova função vitalizadora da romanística se impõe uma reforma no ensino do direito romano nas Faculdades brasileiras, fazendo-o mais sob o ponto de vista indutivo, substituindo, se possível, o puro estudo das instituições abstratamente pelo estudo dos institutos, paralelamente ao direito moderno, porque só assim o aluno poderá despertar e então sentir a pujança do direito romano.

V — Salvatore Riccobono

Um dos grandes romanistas atuais é Salvatore Riccobono, faz pouco tempo falecido, professor emérito da Universidade de Roma e autor de uma obra extensa e ao mesmo tempo profunda, de qualidades geniais.

Começamos a tomar contacto com esse romanista através dos diversos números do “*Bullettino dell’Istituto di Diritto romano*”, e, posteriormente, dos seus livros, estudados pacientemente, com ânsias de tudo absorver, a começar por esse “*Lineamenti dell’Storia delle Fonti e del diritto romano*”, em sua segunda edição, de 1949.

Há a admirar, na obra de Riccobono, a par de sua prodigiosa cultura romanística e geral, aquela metodologia que caracteriza uma vocação especial de professor universitário do nosso tempo.

O que define uma vocação de professor é essa atividade febricitante é criadora, que se expande na pesquisa e na obra escrita.

Antes do mais, emociona ver a amizade intelectual que vincula os grandes estudiosos, com aquele perfeito sentido de preparar a continuidade da cultura.

Como prova disso, dessas “afinidades eletivas”, é a dedicatória de Riccobono o seu colega alemão Leopoldo Wenger: “con riconoscenza e per ricordo dell’amicizia cotante ed effectuosa di XXXVII anni”.

Compreende-se facilmente porque é aconselhável o “tempo integral” nas Universidades, permitindo as pesquisas dessa forma.

Diz Riccobono, no prefácio de sua obra, do seu grande entusiasmo pelo direito romano: “che l’opera della giurisprudenza romana sia l’esperessione più alta e più feconda dello spirito umano nel campo delle scienze morali e sociali”.

Uma crítica fêrvida contra o direito romano era aquela que o classificava como um direito puramente formalista. Mas a Pandectista e o direito moderno vieram revelar o quanto de substancialidade daquele direito. E, para comprovar, novamente, com Riccobono, nestas expressões altamente reveladoras e eloqüentes: — “il diritto romano non è esposto per via di formule stratte o di definizioni, ma con riferimento di casi singoli tratti per lo più della pratica”.

VI — Vincenzo Arangio-Ruiz

Devemos incluir, entre os grandes romanistas atuais, a figura conhecida de Vincenzo Arangio Ruiz, professor da Universidade de Roma.

Mestre autêntico da historiografia romana, famoso romanista italiano se expressa com muita elegância em seus livros. Dele conhecemos, particularmente, suas “Istituzioni di Diritto Romano” (14ª edição Nápoles, 1960).

Uma de suas particularidades é que ele distingue os períodos “artístico” e “científico” no direito romano. Assim a primeira fase é marcada por aquele caracter, podendo-se chamar de científica a do denominado direito clássico, ou seja imperial.

Vincenzo Arangio-Ruiz não admite jurista autêntico que não seja antes romanista, mesmo nos nossos dias:

“... ancora oggi non vi è giurista ohe non sia, anche inconsapervolmente, romanista perche non vi è sostanza giuridica che ci riesca es tamente integilibile se prima non l’abbiamo gettata nelle forme apprestata dai giuristi di Romana” (introduzione).

Exalta ele, a todo o tempo a construção do “Corpus Juris Civilis”, e contrariamente àqueles que atenuam o valor dessa compilação em proveito das obras anteriores, da primeira fase do período clássico, opõe o argumento poderoso de que ela representa a mais rica fonte de informação das épocas anteriores a Justiniano:

“E infalti, montre la compilazione suddetta, pur conttuti i suoi defetti e falsifiazioni rappresenta la nostra maggiore e più ricca fonte d’informazioni ancha per li diritto delle epoche anteriori a Glustiniano”.

Considerando-se desse modo a importância do estudo do direito romano é que se impõe uma reforma no nosso país. Quando alguns pensam, e pensam muito mal, em extirpar seu estudo do nosso currículo jurídico, aos mais avisados parece evidente estender esse estudo em dois anos, a exemplo de que se faz na Itália onde há um primeiro ano para estudo das instituições e só no segundo ano é que se penetra na exegese dos textos, na jurisprudência, principalmente contida no Digesto.

Por outro lado, há necessidade de os professores de direito civil apresentarem, nas suas aulas, as bases romanísticas de suas assertivas, como excelente método de fundamentação, juntamente com suas famílias sociológicas, econômicas e filosóficas, de conformidade com a altitude intelectual de cada um. Entretanto, seja qual for o grau de cultura do expositor, ele sentirá necessidade, principalmente na cátedra, de uma dose de direito romano.

Voltando à análise da obra de Arangio-Ruiz, vale ressaltar sua insistência no equívoco em que muitos laboram no que diz respeito à distinção entre o direito público e direito privado, que não é a mesma coisa no direito romano e no direito moderno.

“Jus Publicum e Jus Privatum, che sembrrebbe contraria all’ordine de idee que esposto, é intesa solitamente dai romani in un senso molto diverso dall’attuale: jus publicam non tanto il diritto che riguarda lo Stato, quanto il diritto che emana dallo Stato in contraposto alle norme que i privati danno alla condotta propria od altrui nel contratti e nei testamenti” (p. 9).

Dos romanistas atuais, é Arangio-Ruiz um dos mais atuantes, como podemos ver através de seus escritos nas revistas especializadas de direito romano e que deve ser sempre consultado pelos estudiosos.

VII — O romanista Biondo Biondi

Tratando-se de grandes romanistas atuais, não é possível omitir-se de Biondo Biondi, catedrático de direito romano na Universidade Católica de Milão.

Suas “Istituzioni di Diritto Romano”, já em terceira edição, constituem um prazer para a leitura, representando, como ele declara no prefácio, “um trabalho de mais de trinta anos de ensino”, contendo setecentos e sessenta e uma páginas de boa doutrina.

Esse romanista defende a necessidade de fazer-se e cultivar-se o “hábito jurídico”, no estudo do direito romano, que é aliás “o primeiro dote do jurista”. Portanto ele também admite que todo verdadeiro jurista tem de conhecer o direito romano.

As “Istituzioni”, entretanto, constituem um trabalho didático do autor. Trabalho original, de grande vulto é o seu tratado “Il Diritto Romano Cristiano”, em três volumes.

Não conhecemos contribuição mais extensa e mais aprofundada, nessa questão das influências do Cristianismo sobre o direito romano, que essa obra de Biondo Biondi.

Quando às influências do Cristianismo sobre o direito romano pós-clássico e justiniano, indiscutíveis em si, oferecem entretanto imenso campo de controvérsia no que diz respeito aos diversos institutos. Há diversíssimos pontos de vista, critérios interpretativos, entre as autoridades no assunto, e sobre ele voltaremos a comentário em trabalho especial, onde faremos uma análise panorâmica do problema.

É bastante que se diga, agora, entre as colaborações de Jonkers Roberti Maroi, Bussi, Vismara, Pringsheim, Insadowski, Bruck, Wenger, Lyskowski, etc., ou sejam os maiores estudiosos das influências do Cristianismo sobre o direito romano pós-clássico, que a de Biondo Biondi [e das mais importantes, porquanto, ele, nos três volumes de sua obra, abrange todos os trabalhos anteriores, oferecendo assim o melhor tratado sobre o assunto].

Temos lido, em muitos autores de manuais, alguns até muito conhecidos, certos conceitos rígidos e pacíficos sobre quais as influências rigorosas do Cristianismo no direito pós-clássico. É que muitos deles não se aperceberam ainda da evolução da exegese sobre o assunto, estando a repetir certos pontos de vista superados na crítica científica.

Há certas divergências, entretanto, sobre as áreas dessas influências. Se algumas as restringem ao campo do direito de família, outros ainda exclusivamente ao direito público. Os maiores romanistas de todos os tempos se acham comprometidos nesse debate de profundidade, de forma que só os mais superficiais é que têm facilidade de dar conclusões rígidas sobre o problema.

Biondo Biondi é, a nosso ver, a maior autoridade atual a falar sobre o assunto, credenciado como está com sua magnífica obra sobre “Il Diritto Romano Cristianismo”.

VIII — Francis de Zulueta

Dos romanistas, há um, inglês, Francis de Zulueta, que é professor de direito civil na Universidade de Oxford.

O estudioso de direito romano em profundidade não pode desconhecer a contribuição desse romanista.

Desde alguns anos tivemos oportunidade de ler seus estudos sobre as “Institutas” de Gaio, publicados no ano de 1946.

Francis de Zulueta, nos dois volumes seus “The Institutes of Gaius”, faz uma versão completa para o inglês do texto latino gaiano, publicados pelas “Clarendon Press, Oxford”.

Se o primeiro volume consta apenas da versão do texto latino, o segundo é o estudo do autor em torno do texto, no qual é declarado no prefácio que “The main purpose of this work is to help students to read Gaius with profit”. Portanto é um livro escrito por um professor de direito que se destina a seus alunos.

Sendo professor de direito civil conforme se disse, em Oxford, faz um preparo preliminar de direito romano com seus alunos, a fim de que os mesmos estejam em condições de enfrentar o direito moderno, inclusive inglês.

Se, perante um direito diferente do continental, como é o anglo-saxão, se nota a existência do conhecimento da exegese do direito romano, que se dizer dos povos de cultura latina?

Passando ao “nunc Transcamus ad obligationes”, vêm os agradecimentos, de profunda gratidão, ao romanista italiano Riccobono, este já objeto de nossos estudos anteriores. Ressalta ele essa profunda escolaridade e sua influência sobre todos os romanistas atuais, deste modo:

“For over fifty years his profound scholarship and are breadth and humanity of view have been on inspiration to the Romanist, and for most of that time his inflagging friendship and kindly interest have been to inestimable value to me personally” (preface, second volume).

Por ocasião da elaboração de nossa tese de direito romano à cátedra dessa disciplina na Faculdade de Direito de Recife, em fins de 1954, tomamos conhecimento dessa obra, publicada na Inglaterra um ano antes. Encontrávamos em São Paulo, por ocasião do Congresso Internacional de Filosofia, e, em contacto com o professor Alexandre Correia, catedrático de direito romano e recém-chegado da Europa, trazendo a novidade, fomos advertidos da importância da mesma. Logo em seguida tivemos a sua leitura, que preliminarmente, nos ofereceu a seguinte observação: trata-se, evidentemente, de um trabalho útil ao estudo das “Institutas” de Gaio, vasado em forma didática apreciável.

É seu autor um professor de direito civil em Oxford, que escreve com a preocupação de ensinar, mostrando seu comentário em forma de aulas, principalmente porque a obra foi escrita para os alunos daquela Universidade.

Por essa forma, a contribuição de Zulueta é muito apreciada retomando a tradição clássica gaiana.

Muito teriam de lucrar os estudantes de direito em geral com a leitura e consulta permanente dessa obra.

É num centro universitário como o de Oxford, da meia tradição latina, que, modernamente, se ressalta a importância do estudo do direito romano.

IX — Pietro Bonfante

Quem, estudioso do direito romano, já não ouviu pelo menos o nome de Pietro Bonfante? Quem, nesse caso, já não surpreendeu alguma citação desse famoso romanista italiano?

Pois bem, passando-se do conhecimento por informação para o conhecimento de causa, sugere-nos a leitura do seu “Storia del Diritto Romano” um agradável passeio à história das instituições humanas.

Já Emílio Betti ressaltara que “Il vivo senso storico di um maestro como Pietro Bonfante avverte simili fenomeni nelle varie fasi storiche”, e, referindo-se àquele livro, “uno strumento inagualiable di educazione giuridica” (prefácio, XII). Não poderia haver melhor julgamento do autor e da sua obra.

Bonfante acolhe o conceito da evolução na filosofia, utilizando no seu tratado um critério criador, mostrando marcas da influência de Vico e Savigny.

A par de seu profundo conhecimento do direito romano, Bonfante é um didata excepcional.

Investigador dos mais exigentes, encontra o autor as influências gregas, especialmente estoicas, sobre a elaboração da jurisprudência clássica, que se continua de outro modo também no período justinianeu.

X — Emílio Betti

Uma figura atualíssima da Romanística atual é Emílio Betti, principalmente por sua notável contribuição em matéria de direito das obrigações.

Sua presença permanente nas revistas italianas justifica aquela atualização, e, ademais, seus livros “Teoria Generale Delle Obbligazione in Diritto Romano” (1947) e “Cours de Droit Civil Comparé des Obligations” (1958) deixaram marcas incisivas, que sempre consultamos nas nossas investigações mais recentes de natureza jurídica, mormente na especialidade de direito das obrigações.

Admira-nos, sobretudo, no último, a universidade da cultura de Betti, de que ilustra principalmente o seu apêndice, versando a matéria da teoria geral do direito, onde traça as premissas sobre o “modus juridicus”, as regras da ordem jurídica, a classificação das fontes, os caracteres que tornam socialmente reconhecíveis a regra do direito e os complexos de tais regras, a técnica jurídica nos seus diferentes papéis (formação das regras jurídicas, sua interpretação, sua aplicação pela diagnose dos fatos).

Na primeira, por exemplo, sobre a maneira de ser do direito, ou a maneira de existir do direito, invoca o existencialismo do filósofo alemão Nicolai Hartmann, caracterizando o direito como um modo de ser do espírito objetivo: “als objektiver Geist”. Em seguida, inspira-se em Paul Valéry (Politique de l’Esprit, in “Variété”, 111, p. 219): “On peut le dire que le monde social, juridique, politique, sont essentiellement des mondes spirituels”.

A formação desse romanista é assim marcada por uma grande filosofia, que preside seu trabalho em toda a elaboração dos seus últimos livros.

No que diz respeito à sua contribuição romanística principalmente dita, vale salientar que sua “Teoria generale delle Obbligazioni in Diritto Romano”

é a contribuição mais decisiva para a interpretação da romanística na especialidade.

Aborda, desde os requisitos da prestação, sua convertibilidade em valor pecuniário, fazendo a exegese dos textos relativos à possível imaterialidade do interesse do credor à prestação, explicando a interpretação jurisprudencial da fórmula “*Quanti ea res erit*”, a “*litis aestimatio*” na “*actio legis Aquiliae*”, a “*litis aestimatio*” na *condictio ex causa furtiva*, o concurso de duas causas, a “*litis aestimatio*” nos juízos de boa-fé, os problemas do nexo causal entre inadimplemento e dano, o problema do nexo causal entre o ato (omissão) e a lesão alheia na ordem da imputabilidade, as fontes das obrigações romanas, a análise dos “*contractus*” e do “*contrahere obligationem*”, as “*obligationes re contractas*”, o critério da congruência estrutural entre o negócio criativo da obrigação e o negócio extintivo, a evolução da categoria “*re contrahere obligationem*”, o “*contrahere e incidere in comunione*”, o “*contractus et pacta*”, e finalmente a bilateralidade das obrigações “*ex consensu*”.

Betti é um analista poderoso do direito das obrigações dos romanos.

Aprofundou-se na especialidade, trazendo-nos um dos melhores e mais decisivos estudos sobre a matéria.

Sua orientação existencial em matéria filosófica, marcadamente *hautmaniana*, se reflete na sua consideração das obrigações romanas, portanto numa orientação muito diferente daqueles que têm ou tinham o direito romano como uma construção formal ou abstrata, imposta por um grupo político dominante.

--oOo--