

A JURISPRUDÊNCIA CLÁSSICA ROMANA E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO NEGOCIAL FUNDADO NA *FIDES*

MAREN GUIMARÃES TABORDA

Professora de Direito Romano e de História do Direito na PUCRS

Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil

Há milênios, o Direito é uma técnica social específica de resolver conflitos concretos, isto é, regulação histórico-objetiva da vida social, e, desde o primeiro século de nossa era, recebeu uma forma que podemos chamar de *científica*, através da obra dos jurisconsultos romanos, que, com uma preocupação harmonizadora, guiando-se pela associação de idéias e usando continuamente o raciocínio por gênero e espécie, chegaram a certas noções de caráter geral, como a *aequitas*, a *bona fides* e o *animus*, produzindo, pela primeira vez, uma literatura jurídica. Procurando encontrar as soluções nas circunstâncias de casos que apresentavam a mesma característica específica, os jurisperitos romanos justificavam suas decisões pelo fato de que eram razoáveis do ponto de vista prático ou diante das circunstâncias concretas, ou, ainda porque a elas tinham chegado através da analogia ou, ao inverso, pelo uso do argumento *a contrario*, nos casos opostos. Não fosse esse labor de aplicação do método das ciências naturais à jurisprudência, o direito romano não teria sido mais do que uma prática, uma arte empírica de regular processos, e, via de consequência, não teria sobrevivido à civilização romana.

Denominada de *jurisprudência clássica* ou *direito romano clássico*, esta literatura, transmitida ao Ocidente

MAREN GUIMARÃES TABORDA

através da compilação justinianéia, forma, juntamente com o cristianismo e a filosofia grega, a base espiritual da cultura ocidental, sendo mais especificamente o alfabeto e a gramática da linguagem jurídica e da ciência do direito de base romanista. Por conseguinte, na mesma medida em que um matemático em formação não pode desconhecer a teoria pitagórica dos números, um filósofo, a filosofia dos gregos, e um médico a anatomia e fisiologia humanas, o jurista continental (principalmente o jusprivatista) não pode prescindir do estudo do direito romano clássico, a não ser que não queira ser jurista mas tão-somente um *leitor e aplicador de leis*. Ademais, se a metodologia jurídica contemporânea – a meditação sobre as bases, os fundamentos, a justificação e o modo de operar do Direito – discute se este é uma *ciência* porque *sistemático*, uma *arte*, porque *tópico*, uma *hermenêutica* (um modo de compreender e interpretar o mundo), um *sistema de regras*, um *sistema de regras e princípios*, uma *razão prática* ou uma *prudência*, o estudo do direito romano clássico (a par do interesse histórico, sempre presente) pode fornecer uma lição de experiência, educando o jurista moderno para uma correta compreensão de seu campo de saber e de seu papel social. Além disso, ao desmistificar o pensamento que identifica todo direito à lei, o estudo da jurisprudência clássica romana conscientiza o jurista da função constitutiva, sempre criadora, da jurisprudência, educando-o, igualmente, para o casuísmo científico, de modo que possa criar normas adequadas para casos concretos não previstos nas normas existentes.

Em Roma, a produção do direito não se dava só através da emanção de normas gerais e abstratas, mas, prin-

cipalmente a partir da solução de casos concretos, e daí, o uso de promulgações estatais sempre foi parcimonioso e objeto de uma severa moderação. Na época republicana, recorria-se à *lex* (ordem geral abstrata e estatal, expressão da *potestas* e do *imperium* do povo) – para a estipulação de tratados internacionais, para o ordenamento de províncias e minucípios, para resolução de questões particulares de direito constitucional e administrativo e para estabelecer normas de organização ou de caráter econômico e social, como a *lex Aebutia* (introduziu o processo formulário) ou as leis agrárias. O direito privado e penal foi muito pouco afetado pelas leis, sendo que no direito privado esta só intervinha para evitar inconvenientes sociais ou para fixar normas tão precisas que não poderiam surgir de outro modo, como a composição de danos da *lex Aquilia*, ou o estabelecimento de uma quota isenta de legados nas heranças, caso da *lex Falcidia*. Por conseguinte, os territórios centrais do direito privado – contratos, propriedade, servidões, casamento, filiação e herança – permaneceram quase isentos de leis ou ordens estatais gerais, sendo o objeto da arte dos juristas e da recepção pelo comportamento.

O desenvolvimento e formulação do direito privado clássico se deu a partir da tensão entre a *lex* e a recepção pelo comportamento: ao povo era atribuída a criação do direito não só pela *lex*, mas, fundamentalmente, pela recepção *moribus* (pelos *mores*), que dava estabilidade à *lex* e que incluía a interpretação dos prudentes; de parte do pretor, o direito era criado no edito e, respectivamente, com o *dicere ius* relativamente ao caso concreto.

Com base nestas premissas, este estudo procura compreender, em linhas gerais, a rigorosa técnica dos

MAREN GUIMARÃES TABORDA

jurisprudentes romanos na produção, interpretação e aplicação do direito, isto é, a metodologia segundo a qual foram criadas figuras jurídicas, formulados princípios doutrinários e regras jurídicas e consagrada uma terminologia que permanece em nossas legislações. Assim, a primeira parte trata da constituição do *ius* através da soberania popular ou da tensão entre *auctoritas* e *potestas* (I). A segunda parte trata da formulação, interpretação e aplicação do direito através do *officium* do pretor e da *ars* dos jurisconsultos e, mais especificamente, da construção de um direito negocial baseado na *fides*, o *ius gentium* (II).

Com isso, comprova-se que o estudo do *ius romanum* fornece ao jurista atual uma firmeza de princípios perante as transformações da vida jurídicas, pois, em última instância, o grande êxito do direito romano foi ter conciliado os princípios tradicionalmente consagrados com as novas exigências da vida, através de uma técnica rigorosa. O direito romano clássico também pode fundamentar a ciência do direito comparado, por ser a raiz comum de vários direitos românicos; mais do que isso, em tempos de formação de blocos socioeconômicos, em que a unificação do direito privado pela via legislativa é inviável (senão impossível), o estudo do *ius romanum* é o método idôneo para fins de unificação, pois, a partir dele, se pode formar uma doutrina comum e se fortalecer a consciência dos juristas no que diz respeito a sua autonomia e liberdade.