

Codificação e interpretação para além das visões reducionistas do direito: uma reflexão sobre a concreção do direito a partir do devir histórico da experiência jurídica romana*

Coding and interpretation beyond the reductionist views of law: a reflection on the concreteness of the law from the historical development of Roman legal experience

*Saulo de Oliveira Pinto Coelho**
Universidade Federal de Goiás (UFG).*

RESUMO

Estudam-se os aspectos da experiência hermenêutica dos romanos capazes de auxiliar na clarificação da relação entre codificação e interpretação do Direito, lançando bases para uma melhor compreensão dessa questão nos tempos atuais. Entendendo-se o Direito Romano como matriz história da racionalidade jurídica, recorre-se ao plano da rica simbiose entre História do Direito, Direito Romano e Hermenêutica Jurídica, para problematizar uma das questões que mais tem perturbado a Dogmática do período contemporâneo, a saber: qualificar a medida correta das possibilidades de atuação do hermeneuta num sistema de Direito codificado.

Palavras-chaves: Hermenêutica. Direito romano. Codificações.

ABSTRACT

This paper deals with the aspects of the hermeneutical experience of the ancient Rome , which are capable to clarify the relation between the interpretation of law and its codification, throwing the basis for a better comprehension of this matter. Considering Roman Law as the founding base of juridical rationality, we go over the symbiosis of History of Law, Roman Law and Juridical Hermeneutics, so as to question one of the most disturbing issues of contemporaneous Dogmatic: qualify the correct measure of the possibilities of hermeneutics in a system of Codified Law.

Key-words: Hermeneutics. Roman Law. Codification.

* Recebido em 14.02.2011. Aprovado em 28.05.2011.

** Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFGM; é Professor Efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG, onde exerce a função de Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar. É professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFG e pesquisador membro do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos da UFG.

Considerações iniciais

O presente artigo tem por finalidade o estudo de aspectos da experiência hermenêutica dos romanos capazes de nos auxiliar na clarificação da relação entre codificação e interpretação do Direito, lançando bases para um melhor entendimento dessa questão nos tempos atuais.

O Direito é fenômeno histórico-cultural. A análise da evolução histórica da estrutura jurisprudencial ajuda-nos a contextualizar e entender melhor o presente, bem como as perspectivas futuras. É com base nessa análise que procuraremos entender a *Interpretatio* romana como esquema do pensar jurídico.

Percorrendo os movimentos de experiência da consciência jurídica em Roma (Cf. SALGADO, 2001), evidencia-se que a racionalidade do direito já se encontra formatada na jurística do Lácio. Em outras palavras, em Roma encontramos a matriz racional do Direito:

É como tal justamente que ele é e continuará sendo também, não só entre nós, como lá fora, o mais consumado e perfeito instrumento de cultura histórica e científica do Direito, cabendo-lhe, ainda hoje, um largo papel educativo na formação do espírito e do pensamento jurídicos modernos. (MONCADA, 1923, p. 2).

Apontaremos, baseados principalmente nos dizeres de Moncada (Cf. MONCADA, 1923, p. 2-15) a esse respeito, três considerações para afirmar a utilidade e a importância do estudo do Direito Romano ainda hoje.

Primeiramente, O fato de o direito romano ser ainda hoje a mais **importante fonte material¹ do direito moderno, influenciando consideravelmente sobre o conteúdo dos sistemas normativos atuais**. Mesmo com a drástica evolução tecnológica da civilização contemporânea nos últimos oitenta anos (a partir da Primeira Grande Guerra), esta afirmação, feita na década de vinte, permanece válida e, a nosso ver, reforçada pela presença cada vez maior da estrutura da Ética ocidental nos diversos cantos do globo terrestre, notadamente no que tange à Justiça Formal (Cf. SALGADO, 2006). Mesmo em outras civilizações contemporâneas, esta influência de conteúdo (possibilitada pela implementação da estrutura jurídica ocidental nessas culturas²) sobreviveu, visto que se adaptou, às mudanças profundas de conteúdo axiológico tanto no que tange às mudanças nas culturas ocidentais nos últimos dois mil anos, quanto no que tange às novas culturas com as quais travou novamente contato, sobretudo a partir do imperialismo moderno.

¹ Se é que podemos nos referir com precisão a fontes materiais do direito, questão inclusive interessantemente debatida por Saldanha em sua *Sociologia do Direito*. (C.f. SALDANHA, 2005, p. 143-157).

² Para uma interessante leitura acerca da problemática questão da *exportação e importação* do Direito Europeu nas Américas, nas diversas culturas orientais e na África, veja-se o ensaio de Direito Comparado de Eric Agostini. (C.f. AGOSTINI, 2001).

Ora, o conhecimento deste direito não pode deixar de ser de grande utilidade no estudo dessas legislações e no exercício das diversas profissões jurídicas, podendo concorrer muitas vezes para uma melhor inteligência das leis modernas na determinação do sentido de muitas das suas disposições. (MONCADA, 1923, p.10).

Em segundo lugar, ressalte-se **sua vocação para uma estrutura científica**, que faz com que, malgrado o espírito prático do saber jurisprudencial em Roma, o interesse no Direito Romano vá além da imediata análise específica de sua identificação com os institutos jurídicos modernos. “É que o direito romano é indiscutivelmente, como já se tem dito, o ponto de partida de todo o estudo científico do direito. O jurista encontra aí uma escola consumada de lógica e de raciocínio jurídico” (MONCADA, 1923, p. 11). Mais que os conteúdos normativos, são legatárias incontestes do Direito Romano a estrutura formal do direito ocidental e o respectivo raciocínio jurídico organizado, advindo do seu conhecimento³. Evidentemente, um sistema interpretativo consistente acompanhou a formação desta racionalidade jurídica e fomentou o que podemos chamar a *categorização do direito*. Este direito categorizado revela-se na Justiça Formal e na Justiça Material; nesta última, a aplicação do direito atribui à hermenêutica uma função *ancilar* na busca de efetivação do justo (Cf. SALGADO, 2006).

Por fim, evidencia-se **o valor histórico e filosófico de seu estudo na formação cultural do jurista e a influência deste estudo para a compreensão do fenômeno jurídico e hermenêutico**. Trata-se de um direito rico e monumental em virtude principalmente do inédito percorrer de mil e trezentos anos em que se experimentou uma “rica variedade de fases de desenvolvimento”. Particularmente ao hermenêuta, este caminhar histórico de um sistema jurídico por séculos e séculos, adaptando-se às mais diferentes estruturas políticas e à evolução axiológica por que passou a civilização romana, representa oportunidade única de reflexão acerca de uma questão essencial da ciência jurídica, a *atualização* do Direito:

O direito, como todas as outras manifestações de vida dos povos, como a arte e a literatura, sendo simultaneamente um produto da consciência e das condições de existência e desenvolvimento das sociedades, modifica-se e varia constantemente em função das modificações que, a cada momento, se produzem em todos os outros fatores da vida social. (MONCADA, 1923, p.13).⁴

³ Devemos, porém, fazer uma distinção clara entre o modo romano de conhecer e aplicar o direito (uma prudência prática, tópica, dialética) e a organização e abstração cada vez mais acentuada do direito, dada a partir da recepção do Direito Romano e da eclosão do *jur racionalismo* moderno.

⁴ Pelo mesmo motivo, Emilio Betti procedeu a uma profunda investigação da Jurística Romana, para dali revelar uma Teoria da Interpretação capaz de dar conta das exigências de correção (justiça) e segurança jurídica, condições inafastáveis a uma sólida atividade interpretativa do Direito. (C.f. BETTI, 1949).

O estudo histórico do Direito Romano é, neste sentido, fundamental para a compreensão de como o Direito evolui, tendo em vista suas próprias características, quais sejam: a universalidade, a imperatividade e a atributividade, consubstanciadas, de certa forma, na idéia de Lei (Cf. SALGADO, 2006, p. 67-87), que, numa primeira análise, poderia indicar uma certa incapacidade do direito de evoluir constantemente – uma cristalização – não cumprindo seu compromisso ético de realizar o justo a cada decisão. Surge daí a importância da função atualizadora da interpretação e do exemplo romano acerca desta questão.

Se o Direito Romano constitui a gênese e o pilar sustentador dos atuais ordenamentos jurídicos ocidentais – como o Direito italiano, o alemão, o francês e os ordenamentos jurídicos ibero-americanos; a *Interpretatio* romana representa a matriz histórica da própria *lógica jurídica* contemporânea – entendida como lógica da interpretação/aplicação do direito (numa espécie de método jurídico). Por conseguinte, é ela a matriz interpretativa do Direito Ocidental.

No presente trabalho, mais uma vez será necessário fazer valer a riquíssima simbiose entre História do Direito, Direito Romano e Hermenêutica Jurídica para problematizar uma das questões que mais tem perturbado a Dogmática Jurídica do período contemporâneo, a saber: qualificar a medida correta das possibilidades de atuação do hermeneuta num sistema de Direito codificado. Quando apresentamos nossa pretensão de entender o papel do hermeneuta em nosso atual sistema jurídico codificado, necessário se faz esclarecer alguns pontos de partida do debate.

Primeiramente, não podemos mais entender de modo estanque as atividades de interpretação, integração e aplicação da norma jurídica. Tais procedimentos são momentos que podem ser individuados, porém jamais separados na realidade do processo atualizador do Direito. Devemos considerar como hermenêutica a atividade conjunta e inerente de interpretação e aplicação do direito. Portanto, sujeitos dessa problemática são todos aqueles envolvidos nessa atividade, inclusive, e (por que não?)_sobretudo, a figura do juiz, o magistrado enquanto terceiro neutro que, na jurística romana de estrutura formular⁵, tem, naquilo que vem a ser a coisa julgada, o papel de dizer o Direito na junção do momento abstrato da Lei com o momento concreto de efetivação do justo nela previsto.

Em segundo lugar, necessário é estabelecer as bases do problema em questão. O pano de fundo de nosso estudo é, na verdade, o da difícil busca por superação das visões reducionistas do Direito como mote das pesquisas que queiram se posicionar na vanguarda da problemática jurídica atual (cf. PINTO COELHO, 2009, p. 30-2). Superar as visões reducionistas significa sobretudo

evitar duas visões opostas acerca do método jurídico, construídas a partir das codificações modernas e ainda presentes na dogmática jurídica hodierna, a saber: por um lado, temos o ranço legalista (normativismo abstrato) – ou positivista-legalista (cf. GILISEN, 2003, p. 515-7), ou até mesmo legalista-fetichista, que pode ser simbolizado pela Escola de Exegese; por outro, temos a reação imediata (negação abstrata) a essa postura, que pode ser representada pela Escola do Direito Livre (mas se desdobra em várias outras leituras do Direito, até os dias de hoje, como, por exemplo, o chamado ativismo judicial). Ambas são visões reducionistas do Direito (cf. REALE, 2002, p. 410-93), provocadas pela eleição, já na primeira fase do Direito Moderno (cf. REALE, 1990), da regra legal codificada (e suas variantes no conceitualismo formal germânico e no normativismo jurisprudencial inglês) como fonte primeira da juridicidade. O problema da redução total do Direito positivo ao Direito codificado (ao Direito formal-abstrato) produziu efeitos nefastos nas práticas prudenciais e, a nosso ver, é também a causa de reações precipitadas que contribuíram para aumentar a miopia do Direito Moderno quanto à natureza da relação entre a atividade criativa (enquanto atividade atualizadora) do intérprete do Direito e o sistema jurídico, em si mesmo, codificado. Tal problema é, no fundo, o mesmo enfrentado por autores como Emilio Betti, Miguel Reale, Joaquim Carlos Salgado e Paolo Grossi, para ficarmos no contexto da Jurisprudência brasileira e italiana. No caso específico de Betti, a procura por essa superação explica sua busca pelos cânones hermenêuticos do Direito, inspirados na jurística romana, não como método rígido (postura típica do cientificismo iluminista, que, com Gadamer, o jurista Betti pretende afastar), mas como balizas para avaliação da correção de raciocínios jurídicos de aplicação do Direito, para não permitir que o raciocínio jurídico caia na mera subjetividade (cf. BETTI, 1949, *passim*)⁶.

Nessas visões estreitas, ou o intérprete é mera *boca da lei*, ou seja, aplica de modo avalorativo o direito codificado, procedendo – como se fosse possível – ao mero deslocamento, à mera translação, *ipsis literis*, daquela anterior valoração da realidade, produzida na regra abstrata, para o momento posterior do caso concreto, mecanicamente (é o caso paradigmático da Escola de Exegese e,

⁶ Primeira e segunda fases da história do processo jurídico romano. Para uma leitura acerca do papel concretizador do processo romano: (Cf. MARTINO, 1937)

⁶ Cesarino Pessoa comunga da mesma opinião acerca do problema motivador da construção da teoria hermenêutica bettiana: superar as limitações dos extremos paradigmáticos da jurisprudência moderna representados por essas duas Escolas (cf. PESSOA, 2002, p. 89-113).

no fundo, de todas as variantes do formalismo jurídico); ou ele, reagindo ao posicionamento anterior, não tem nenhuma obrigação para com o respeito à Lei, sendo “livre” – como se isso fosse liberdade – para decidir as questões da vida do modo como percebesse “cientificamente” ser o mais justo (é o caso da Escola do Direito Livre e, com as devidas adaptações, das correntes do sociologismo e do moralismo jurídico). No primeiro caso, há apego exagerado à pseudo-segurança⁷ da prática de um silogismo meramente formal: o intérprete não interpreta, nem mesmo *re-produz* o Direito; é peso morto na tarefa jurídica de realizar a Justiça. Já no segundo caso, teria ele de ser um super-jurista, capaz de sempre traduzir virtuosamente, e do modo mais adequado, o problema apresentado na concretude da vida, para elaborar uma regra sempre justa para cada caso – mesmo que aqueles que se submetam às suas prolações não possuam a mínima idéia prévia daquilo que ele irá declarar como justo, lícito, ou como injusto, ilícito. Em ambos os casos, temos opositora ausência de segurança jurídica, apenas que dada por motivos diferentes. Tais concepções da interpretação no Direito, que pretendemos afastar e que foram aqui visualizadas nas figuras da Escola da Exegese e da Escola do Direito Livre, encarnam posturas ainda hoje percebidas – ou expressamente, ou como pano de fundo referencial – na teoria e na prática, ou seja, na vida do direito ocidental contemporâneo. A reflexão sobre a profunda experiência jurídica romana possui o condão de evidenciar a insuficiência destas

⁷ Assevera Plauto Faraco de Azevedo (1989, p. 25) a esse respeito: “É em nome da segurança jurídica que se quer assim manietar o juiz e minimizar a função judicial. Sucede que esse juiz-computador, esse aplicador mecânico de normas, cujo sentido não lhe é dado aferir, e cujos resultados na solução dos casos concretos lhe é defeso indagar, este juiz assim minimizado e desumanizado, não é, de forma nenhuma, capaz de realizar a segurança jurídica. Preso a uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da extremada legalidade e ignorante da vida que neles se exprime, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica”.

⁸ Em verdade, é essa perspectiva (compartilhada, acreditamos, também por Joaquim Carlos Salgado, e assimilada a partir de influência que esse jusfilósofo exerceu em nossas investigações nessa seara) que nos fez durante um significativo número de anos nos dedicarmos a uma releitura jusfilosófica do legado da Jurisprudência Romana, na busca por uma compreensão da processualidade do Direito em que possa ser reduzida a distância entre a sua dicção em abstrato e a efetiva fruição dos direitos na vida social de cada cidadão. Em Salgado, essa questão é explicitada, bem como sistematizada a apresentação dos movimentos de elaboração e aplicação do direito, tal como racionalizados a partir de Roma. (cf. SALGADO, 2001).

posturas, a partir da constatação de que, em Roma, abstração e concreção jurídica foram vividos como momentos de uma mesma experiência, em que “os valores éticos, as exigências da *aequitas*, estão imanentes no processo de positividade jurídica” (REALE, 1977, p 79)⁸.

Positividade e idealidade; objetividade e singularidade; *certeza* e *equidade*⁹ são momentos da totalidade da realidade do Direito que devem, ao invés de se anularem reciprocamente, integrarem-se dialeticamente na experiência jurídica.

Esse é o quadro motivador da presente investigação. Mas por que falaremos de ‘codificações no direito romano’ para entender e oferecer esclarecimentos acerca dessa questão? Pelos motivos já indicados no início dessa apresentação e porque, da experiência romana, podemos extrair variadas situações em que a relação entre interpretação e codificação do Direito produziu avanços e lições quanto às características da disciplina interpretativa no Direito.

Para tanto, precisaremos percorrer, com essa preocupação específica, a integralidade do devir histórico da vivência jurídica desse povo. É que, acerca da Codificação em Roma, muito se fala sobre o “período das compilações do Direito Romano”, na época Pós-Clássica, sobretudo quanto àquela empreendida por Justiniano, mas a experiência dos romanos com a idéia de codificação é muito

⁹ Sobre o valor do conceito de equidade para o próprio atendimento a um conceito amplo e concreto de *segurança jurídica*, Reale (1990, p. 126), “lembrando a posição legalista de um jurista do porte de Pontes de Miranda, que considera a *equidade* ‘noção ambígua, senão equívoca’, verdadeira ‘abencerragem jurídica’ à qual o legislador recorrerá à míngua de mandamentos legais fundados em dados científicos objetivos”, faz duas observações. Discordando da posição de Pontes de Miranda, reconhece a permanência e atualidade do conceito de equidade, uma vez que, primeiramente, “hoje em dia se reconhece quanto há de problemático e conjectural no plano do Direito Positivo, não para dar lugar ao arbítrio do Juiz, mas antes para que ele possa atingir a *justiça material*”; e em segundo lugar “de mais a mais é preciso distinguir entre *decidir por equidade* – que, a meu ver, deveria ocorrer sempre que houvesse lacuna na lei, independentemente de autorização ou não do legislador – e *decidir segundo equidade*, que, à luz da Jurisprudência dos Valores, se impõe toda vez que a norma legal estritamente entendida possa redundar em injustiça manifesta” (REALE, 1990, p. 127). Sobre o problema da equidade como elemento norteador da interpretação e, ao mesmo tempo, integrativo merece consulta – sendo certo que nossa tese o fez e levou em consideração – a abordagem dispensada por Mônica Sette Lopes ao tema, que, inclusive, detalha e aprofunda, a nosso ver em linha sinérgica à de Reale, o problema da equidade na metodologia jurídica. (cf. SETTE LOPES, 1993).

¹⁰ Expressão desconhecida no momento de produção da codificação justinianéia.

anterior a essa época. Abordaremos, por isso, três momentos distintos da história romana: primeiro, o momento da **codificação do ‘ius civile’**, na experiência histórica da Lei das XII tábuas; depois, o da **codificação do ‘ius honorarium’**, na experiência do Édito Perpétuo de Salvio Juliano, confeccionado por ordem do Imperador Adriano; e, por último, e talvez aquele momento mais relevante para a nossa investigação, o da codificação derradeira de todo o Direito Romano, no *Corpus Iuris*¹⁰ de Justiniano, notadamente como momento de **codificação do ‘ius prudentium’**, no Digesto.

Esperamos, com esse panorama da experiência codificadora do Direito nas várias fases da História jurídica romana, entender melhor a relação entre formulação (formalização) abstrata do Direito e interpretação, lançando, então, um olhar renovado, porque amadurecido, sobre a questão da interpretação no Direito Moderno codificado.¹¹

1 O sentido de ‘interpretação’ na cultura jurídica romana

1.1 ‘Interpretatio’ romana como método da Justiça

A tradição romana da *interpretatio* revela a base de uma visão ética da aplicação do Direito enquanto instrumento possibilitador da idéia de justiça, capaz de hodiernamente fornecer as estruturas fundamentais para uma sólida formação do aplicador do Direito.

Ela surge na jurística romana como ‘método do direito’ (*meta+odos, caminho para* o Direito, ou caminho para a realização da justiça por meio do Direito) na busca de efetivação do justo. Este método, histórico (porque reconstrói

¹¹ As expressões *Codificação*, *Direito Codificado* e *Código* assumem, neste trabalho, uma ampla conotação. Aqui, essas expressões também referir-se-ão à idéia de *compilação*, isto para que possamos utilizar a mesma expressão para os vários momentos da história romana em que certa ou certas fontes jurídicas foram reunidas e cristalizadas em um único texto. Veremos que essa é a essência da idéia de codificação: a importante organização do Direito em seu momento abstrato, para que, se atendendo dessa forma à idéia de previsibilidade e clareza do direito, possa o intérprete atuar com maior liberdade na busca pelo sentido justo da Lei em cada caso concreto, sem com isso ferir a noção de segurança jurídica.

¹² O *cavere* é a profilaxia, o aconselhamento, em que a dialética exerce-se surdamente, no antecipar de argumentos e posições contrárias; está ligado à virtude da *prudentia*. É a consultoria que diz o certo e o errado no plano abstrato, envolve uma interpretação da norma no plano da abstração. O *agere* é momento mais claramente retórico, trata-se da função por excelência do advogado, é a assistência a uma parte, o tomar de posição no processo. Já o *respondere*, são as respostas, as *responsa*, quer proferidas pelos pretores, quer proferidas nos pareceres dos prudentes, É o momento último da atualização do direito, na aplicação que diz o direito no caso concreto. (Cf. VILLEY, 1991, p. 76).

a verdade histórica) e dialético (porque capaz de um silogismo que não é puramente mecânico), pode ser percebido na atuação do jurista, traduzida em três verbos: *cavere; agere e respondere*.¹²

O método do Direito encontra-se, assim, irrefragavelmente ligado aos textos. Por isso a metodologia jurídica é, por um lado, uma Hermenêutica, e, por outro, uma Retórica. O jurista lê textos e cria textos. Em ambos os casos, interpreta. Poderíamos ser tentados a afirmar a prevalência de uma das faces desse Jano interpretativo sobre a outra. Mas não traduziríamos fielmente seu sentido para os romanos.[...] E poderíamos dizer que a Metodologia do Direito é sobretudo um trabalho de *Interpretatio*. Na própria feitura das normas, interpreta-se o real e criam-se textos que são também seus instrumentos de interpretação. No pleitear, de novo se interpreta, como vimos. E também no julgar Não custará por isso afirmar que a metodologia do Direito é uma Hermenêutica, ou uma Retórica. Para evitar anfibologias, diríamos que é ambas as coisas. Ou a mesma coisa que sob essas duas capas se manifesta. A expressão *Interpretatio* parece, pelo menos em certo sentido, ser capaz de fundir os dois vetores, as duas racionalidades, as duas preocupações. (CUNHA, 2004).

Procuraremos retratar a *Interpretatio* como Hermenêutica, saber que *capta* da Lei sua força (vontade) e potestade (razão-de-ser), ou seja, a racionalidade contida no elemento volitivo pelo qual de manifesta a Lei; e, neste sentido tomado, inspirado no jurisconsulto Celso, pôde Salgado (2001, p.85) proceder à sua conceitualização:

Hermenêutica é a fenda da lei, aberta pelo intérprete para revelar-lhe todo o conteúdo de significação com a finalidade prática de uma decisão justa, comprovada nos efeitos justos de sua aplicação.

A cada aplicação do Direito, a cada decisão proferida nos tribunais, temos a confirmação deste movimento reforçado pela dimensão ética desse ato de efetivação. Interpretar o Direito de forma a possibilitar que à objetividade da lei una-se a correspondente justiça dos atos humanos é a função do aplicador do direito. Em outros termos, a *interpretatio* é o método pelo qual o jurista elimina a *summa iniuria* da leitura abstrata da norma objetiva, concretizando a idéia de justiça de seu tempo, como elemento possibilitador de nossa sociedade.

1.2 A bipolaridade de sentido da interpretação em Roma tomada em sua dimensão histórica

Não obstante o acima relacionado sentido acabado da atividade interpretativa desenvolvido pelos romanos e apresentado na síntese reveladora de Salgado, mister se faz uma compreensão histórica da noção de interpretação para os romanos e, nesse caminho, identificar dois sentidos distintos para o que se conhece por interpretação em Roma. Um original significado, mais ligado aos primeiros períodos da história romana e um segundo, voltado para um momento final dessa história jurídica, considerado pela Doutrina muito mais próximo da noção que hoje atribuímos à interpretação no Direito.

Com Moncada (1923, p. 41), podemos assim definir esse primeiro sentido:

No mais antigo direito, como se sabe, o costume predominava sobre a lei ou norma escrita e esta ocupava aí, no sistema jurídico em conjunto um lugar muito diferente daquele que ocupa no direito moderno e ocupou ainda no direito romano desenvolvido. Ao passo que nesse último a lei pretende ser a expressão de todo o direito que deve vigorar em um dado momento, o antigo direito romano, pelo contrário, a lei constituía uma verdadeira exceção no conjunto das normas jurídicas e ao lado dela existia, com um vasto campo de ação, o costume. Ora, enquanto foi assim compreende-se como deve-se necessariamente existir um ou mais meios de suprir na vida jurídica prática, a falta ou a raridade das disposições legislativas, extraindo do direito consuetudinário tudo que era preciso para regular as múltiplas relações dessa vida jurídica, as acompanhar no seu desenvolvimento e, enfim, conservar sempre o direito ao nível das restantes condições da vida social.

Por isso, esses intérpretes (primeiramente os sacerdotes e, depois, os jurisconsultos republicanos) eram chamados de *iuris conditores*, os *legum inventores*.

Completa Moncada (1923, p. 42):

[...] sua interpretação, em vez de ser, como a do juiz moderno, um trabalho meramente receptivo, subordinado a um texto, foi antes um trabalho original de constante criação de novas formas jurídicas.

A *iuris interpretatio* era, portanto, algo diferente do sentido que hoje possui no Direito Moderno a expressão. Era entender as necessidades da vida social, as exigências de justiça que dali advinham e, então, dar origem (forma, fonte) a um direito. Interpretar era o mesmo que elaborar racionalmente o direito com base

nos *mores* sociais, recebendo dos *mores* o parâmetro de justiça informador do direito.

Nos períodos finais do Direito Romano, porém, a interpretação tem um sentido muito mais próximo do atribuído no Direito Moderno,

Logo que a presença da Lei reduziu ao mínimo a esfera de ação do costume e o Estado enfim interveio ativamente na criação do direito, então a interpretação tornou-se naquilo que já foi dito, na forma de atividade mental destinada unicamente a surpreender o sentido exato e completo de um texto. [...] Essa nova concepção das relações entre a lei e o intérprete acham-se sobretudo na *Constituição Tanta* que acompanhou o Digesto. (MONCADA, 1923, p. 43).

Mas, entre esse dois momentos historicamente extremados da jurística romana, será que há um meio de perceber qual o verdadeiro sentido que a 'interpretação' possuía para os romanos?

Bom, nesse momento podemos apenas oferecer a seguinte reflexão como resposta: mesmo no Período Imperial (especificamente no Principado, período bem anterior a Justiniano), quando o Direito Romano tornava-se cada vez mais formalizado, prévio e abstrato, e a idéia de Lei ganhava cada vez mais relevância, os juristas nunca deixaram de reconhecer a imprescindibilidade da atividade interpretativa como atividade de adequação do direito, tão pouco o seu papel chave na construção de uma realidade jurídica efetivamente justa. Assim sendo, a atividade de interpretação jurídica em Roma nunca deixou de ter incutida em si o sentido de atividade de concreção, *com-criação* (Cf. REALE, 1977, p. 55-74), do Direito. Mister se faz colacionar exemplos desse posicionamento, nas seguintes passagens Codificação Justinianéia: "Bonna est lex, si quis ea legitime utatur"¹³.

Outro exemplo: "Non dubium est legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem (). In fraudem vero facit qui, salvis legis verbis, sententiam ejus circumvenit"¹⁴.

O papel do intérprete é mais do que o de operador passivo do já produzido abstratamente como justo, ele é o juiz da própria Lei, enquanto aquele que a retifica, na busca de sua adequação, no casamento dessa com a equidade (correção) no momento de concretização desse justo abstrato como justo efetivo: *Placuit, in omnibus rebus praecipumam esse justitiae aequitatisque, quam stridti júris, rationem. Eligemdum est quod minimum habet iniquitatis*¹⁵.

¹⁴ Paul. A Thimoth. 1, cap.1,v.8: "A lei é boa, desde que dela se faça uso legítimo". (Apud BAPTISTA, 1984, p. 3).

¹⁵ L. 5, C; *de legib*: "Não há duvida de que infringe a lei quem, respeitando as palavras da lei, desvia-lhe o sentido". L. 29, ff; *de legib*: "Labora efetivamente em fraude quem, respeitando as palavras da lei, desvia-lhe o sentido". (Apud BAPTISTA, 1984, p. 47).

Impossível negar o caráter criativo e construtivo do intérprete; a Lei não é o momento acabado da Justiça, mas o importante e indispensável ponto de partida para sua efetiva realização. *Interpretatio illa sumenda quae magis convenit subjectae materiae*¹⁶; *Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimo excipiat, quae rei gerendae aptior est*¹⁷.

Essa é a visão amadurecida do Período Clássico do Direito Romano sobre a interpretação. Interessante notar que essas passagens dos juristas clássicos foram compiladas no Digesto de Justiniano, apesar de sua insistência, como veremos, na idéia de que o aplicador do direito não poderia ser intérprete do mesmo.

1.3 A inter-implicação entre ‘interpretatio’ e categorização do Direito em Roma

A relação entre *interpretatio* e categorização do Direito deve ser vista como a chave para o entendimento do *amadurecimento* pelo qual passou o sentido da atividade interpretativa em Roma. Mais que isso, deve servir para elucidar o real sentido da evolução dessa atividade, livre dos excessos de restrição de seu papel, cometidos no período das compilações.

O movimento de aquisição da consciência jurídica em Roma, somente possível em virtude da influência do *logos* grego no gênio romano, revela a natureza universalizante do Direito; primeiro na universalidade da lei, depois na da aplicação, racionalmente construída por meio da *actio* (Cf. SALGADO, 2001, p. 22).

A consciência jurídica opera o trânsito da consciência moral do justo, isto é, do sujeito do dever moral para a consciência do justo centrada no sujeito de direito, segundo a expressão do *ius suum* da definição de Ulpiano, mostra a natureza recognitiva e atributiva de um sujeito universal, um nós, que no processo de elaboração, quer no de aplicação, cuja decisão se fundamenta racional e objetivamente na norma jurídica. (SALGADO, *apud* FERREIRA, 2002, *prefácio*).

Da universalização do justo na Lei (*Ius*) à efetivação deste na decisão (*iurisdictio*), o gênio romano vai progressivamente categorizando o saber do Direito e desenvolvendo, de forma conjunta, uma “arte” de interpretar, de conhecer para aplicar, a que damos o nome de *interpretatio*¹⁸.

¹⁶ Menoch; *Consil.* 179, n° 14: “Deve ser tomada a interpretação que mais convém à matéria em foco”. (*Apud* BAPTISTA, 1984, p. 20).

¹⁷ Dig. L. 67, *de regul iuris*: “Todas as vezes que a mesma frase exprime dois significados, deve-se aceitar preferentemente aquele que é mais apto para exprimir o sentido no caso concreto” (*Apud* BAPTISTA, *cit.*, p.34).

¹⁸ “Desse modo, o direito é visto pelo romano não apenas como formalização pela vontade da autoridade que o põe na existência, mas pelo momento do encontro do conteúdo justo, do equilíbrio, feito pela *ratio*, tanto no momento da elaboração como no da aplicação. Daí, a prudência romana expressa em densa síntese por um porta-voz do tribunal dos mortos: conhecer a lei é captar sua força e potestade, sua *ratio* (Celso).” (SALGADO, 2001, p.23).

Ao mesmo tempo em que, pela *interpretatio*, categorizava-se o direito vigente, quando da sua aplicação, era essa mesma categorização produzida pela *interpretatio* que possibilitava a própria construção de uma Legislação. Por isso, era mútuo o movimento entre interpretação e declaração do direito, ou melhor, entre o momento abstrato e o momento concreto da declaração do direito (jurisdição).

Os romanos souberam como nenhum outro povo fazê-lo, através da ordenação sistemática de categorias formais (lei) com que se estabeleceram as instituições jurídicas na disciplina do caos social, e depois através das categorias reais. Categorias formais ou simbólicas (lei) e categorias reais que substituem os símbolos por definições científicas, ou seja, em vez de imagens, conceitos. (SALGADO, 2001, p. 34).

É a *interpretatio* que dá início ao movimento de categorização do direito que tem seu momento primeiro na passagem do costume à Lei. E é ela que dá continuidade a esse movimento, operando, na aplicação da Lei, a passagem desta aos conceitos jurídicos e à decisão jurídica. Conclui Moncada (1923, p. 54):

A incerteza do costume e a sua menor fixidez na expressão do direito, somadas à natural tendência do poder público constituído para monopolizar a declaração oficial das suas normas, são a origem da lei como fonte de direito. Nela adquire o Direito, enfim, uma forma mais rigorosa e uma expressão mais estável; e se a estes caracteres da lei pode corresponder, é certo, o perigo da sua tendência para a imutabilidade, fazendo paralisar o natural movimento da evolução jurídica, aparentemente enquadrado nas leis em fórmulas fixas e definitivas, a este inconveniente faz por outro lado face um constante trabalho de readaptação de direito às condições reais da vida, trabalho efetuado principalmente pela interpretação dos textos legislativos, pelos magistrados e pelos jurisconsultos.

2 Codificação do “ius civile” e suas conseqüências para a interpretação do Direito: a experiência das XII Tábuas

2.1 Importância histórica da Lei das XII Tábuas

Ao desenvolver uma consciência jurídica fica claro, como visto, a vocação dos povos do Lácio, herdada espontaneamente dos gregos, para o universal. O que talvez tenha sido influência direta dos gregos, por meio do posterior contato das culturas, foi a capacidade de abstração destes, consubstanciada na idéia de

'lei escrita'¹⁹, que veio se somar ao gênio romano. Tanto é que não foi difícil para os romanos assimilarem a idéia de Lei escrita¹⁹, pois a abstração advinda dessa estrutura encaixava perfeitamente no esquema de universalidade da consciência jurídica romana.

Deve-se somar, a essa vocação para a Lei, um entendimento do momento histórico peculiar da sociedade romana ao final da Realeza para que então possamos compreender o que chamaremos de primeiro movimento estruturante do Direito Romano (ou primeiro movimento codificador): a experiência da Lei das XII Tábuas.

No campo jurídico, uma situação de ebulição de uma nova estrutura de juridicidade assentava-se na rivalidade advinda do fato de que o Direito não atingia de maneira igual a patrícios e plebeus, alimentando uma sensação de injustiça nestes. A diferença material nascia do fato de o Direito estar ainda fundido à religiosidade. Os plebeus, portanto, não participavam deste Direito no início de sua formação²⁰. Mas, na perspectiva da distribuição da Justiça (aspecto formal), também surgem diferenças que tinham origem no fato do Direito ser costumeiro, portanto, carente de maior determinação de sentido por parte dos intérpretes, e no de ser aplicado pelos sacerdotes, patrícios, sempre de forma velada.

Sobretudo quanto às questões estruturais do Direito, dois foram, então, os objetivos dos movimentos plebeus. Primeiro, dar maior certeza ao direito, por meio da idéia de Lei escrita, que desembocou na Lei das XII Tábuas; segundo, racionalizar e democratizar a sua aplicação pela magistratura, o que se alcançaria com a *publicização* das práticas interpretativas e com acessibilidade dos plebeus aos cargos públicos.

Nota-se que, em nenhum momento, aparece a intenção de se proibir ou limitar a prática interpretativa, o que se quer é cercá-la de publicidade e de racionalidade, para atender ao anseio de objetividade capaz de produzir uma real igualdade. Agora, a atividade interpretativa, ao invés de se remeter diretamente à fluidez dos *mores* para dali retirar sua medida de certeza e universalidade do justo (o Direito), buscaria essa mesma justiça, mas pela via da referência segura e racional à estrutura precisa da Lei.

2.2 O caráter codificador da Lei das XII tábuas

A já apontada polaridade entre patrícios e plebeus perdurou durante boa

¹⁹ Podemos perceber já no *ius non scriptum* romano uma conotação universalizante, que, incompleta, encontrava-se no movimento de aquisição de consciência jurídica, caminhando necessariamente para a idéia de Lei. (Cf. MOREIRA ALVES, 2000. p. 81).

²⁰ Para os plebeus, que não participavam da religião familiar romana, os preceitos jurídicos desta religião faziam pouco sentido. (Cf. COULANGES, 1996, p. 260).

parte da República. Após a queda dos Reis, observa-se, na estrutura jurídico-política romana, um aumento gradual da importância do Senado, seguido do desenvolvimento das magistraturas que surgiram para suprir o papel do *rex*²¹; segue-se, também, um aumento da produção legislativa por parte dos comícios, o que produzirá, no auge da República, em relação às fontes do direito, uma equiparação da importância dos costumes e das leis, sem, portanto, haver uma hierarquia entre essas formas do *ius*²².

Essa primeira onda de *complexificação* da *Civita* romana, que consiste na inserção da plebe em sua estrutura, produz a necessidade de se organizar o Direito, reuni-lo em um texto escrito, capaz de lhe atribuir publicidade e clareza, fixando de como seguro (portanto prévio e certo) a medida das condutas.

Guarino (1969, p. 129), delimita a dimensão *codificante* das XII Tábuas:

Os posteriores problemas que se apresentaram à plebe, no quadro de sua aspiração de equiparação com os patrícios, foi aquela de obter: de um lado, um acertamento definitivo dos princípios do *ius quiritium*, sem que este fosse subtraído ao arbítrio da *interpretatio* e da *iusdictio*; de outro, e correlativamente, um reconhecimento e uma confirmação das novas práticas consuetudinárias patrício-plebéias como sendo *ius*. O coroamento de ambas as supostas aspirações foi realizado sobretudo por meio da emanação das *leges XII tabularum*. (tradução nossa).

Guarino (Cf. 1969, p. 130) chega, por isso, a afirmar que, pela Lei das XII tábuas, formou-se um novo sistema jurídico, que, para ele, pode chamar-se *ius legitimum vetus* e afirma que a tradição romana a considera, por isso, uma imponente codificação.

Importante se faz, porém, destacar que a *lei decenviral* não possuía um

²¹ Primeiro, os Cônsules, que assumem a posição de chefe máximo do Estado, exercida a função sob os princípios da eletividade e anuidade. Com o desenvolvimento da estrutura social e a necessidade política de retardar a conquista dos plebeus da igualdade no exercício do poder, vieram os *quaestores*, os *censores*, os *pretores*, os *tribunos*, e outros como os *edis curulis*. As funções administrativas, policiais, bélicas e judiciárias eram repartidas entre estas magistraturas, sendo que, por condensarem importante parcela das funções judiciárias, e serem o carro-chefe das mudanças no sistema jurídico romano, os pretores, urbano e peregrino, foram um importante objeto de estudo dos jurisconsultos, assumindo um posto preponderante nas obras do período clássico. (Cf. PEIXOTO, 2000, p. 29-43).

²² Na República, os comícios por cúria perdem campo para os comícios por centúria que passam a ser o principal produtor de leis, acompanhado pelo comício por tribos e pelos comícios da plebe; esses dois últimos, até o final da República, assumirão o papel preponderante. (Cf. PETTI, 1949, p. 51).

elemento que hoje é tido como essencial a um Código: seu caráter de completude. As XII tábuas não reuniram em si todo o *ius civile*. E isso por uma razão muito simples, as Leis no período primitivo ou pré-clássico do Direito Romano não eram revogáveis, mesmo existindo outras normas para regular a questão, elas permaneciam vigentes. Era, portanto, complicado e mesmo desnecessário codificar todo o direito em vigor. O que faz a Lei das XII tábuas é codificar (e, com isso, organizar) aquele direito dúbio à época, ou mesmo lacunoso. O que ela faz é organizar os aspectos do Direito que geravam as insatisfações e as discórdias na sociedade à época, ou seja, aqueles aspectos do Direito que não podiam permanecer como estavam, pois que, ao contrário de outros aspectos, que por sua vez funcionavam bem, estes geravam instabilidade e, com isso, injustiça.

2.3 A Lei das XII tábuas como abertura hermenêutica do Direito Romano

Essas modificações na estrutura da *Civitas* romana guardam correlações com a evolução da estrutura interpretativa. O primeiro acontecimento neste sentido é a já informada *laicização e publicização* da atividade jurídica. A Lei das XII Tábuas (450 a.C.) trouxe publicidade e previsibilidade ao Direito (pretensão de segurança jurídica), com finalidade de uma *equitas iuris*, entre as classes. Mas a interpretação do Direito continuava secreta e nas mãos dos pontífices. Eram eles que, a partir do costume, preenchiam as lacunas da *lei decenviral*, assim como diziam e regulavam os procedimentos e 'fórmulas da lei' para a resolução dos conflitos, pois a Lei "havia determinado não mais que linhas gerais de alguns casos de aplicação" (PETTI, 1949, p. 54). Eram as ações da lei, *leges actiones*, de que falaremos adiante. Como só os pontífices conheciam os procedimentos e as fórmulas (*actiones*), os plebeus estavam obrigados a os consultar em caso de litígio.

Neste momento é que podemos dimensionar a importância da Lei das XII Tábuas como motivadora das obras de Gneus Flavius, Sexto Elio e Tibério Curnicano. Assinala Maria Helena Megale (2001, p. 59):

Ao trabalho dos pontífices seguiu-se a obra dos jurisconsultos republicanos. Nos meados do séc. IV a.C., Gneo Flavio tornou público o livro de Ápio Claudio que continha o calendário e as fórmulas das ações legais. Embora não existam dados exatos sobre essa publicação, que se conhece com o nome de *Jus Flavianum*, sabe-se que foi o primeiro livro que permitiu ao povo interpretar o direito, emancipando-se da autoridade pontifical. Desde então, tornou-se o Direito objeto de estudo dos plebeus, e Tibério Curnicano, no século III a. C., foi o primeiro a divulgar a matéria jurídica documentada nos arquivos judiciais e a interpretar o direito, emitindo pareceres ao público. No séc. II a. C, entre os primeiros trabalhos científicos no campo da interpretação destaca-se a famosa obra do jurisconsulto Sexto Elio Peto, denominada *Tripertita*, a qual é considerada como sendo o primeiro comentário às XII Tábuas.

A primeira dessas obras deu publicidade à aplicação do direito²³; a segunda, já mais tarde²⁴ realizou a primeira sistematização do Direito. A obra tem este nome porque dividida em três partes: trazia o texto das XII Tábuas, sua sistematização, e os ritos correspondentes nas *ações da lei*. (Cf. PETIT, 1949, p. 55-56).

Segundo Petti (1949, p. 56), a abertura para a racionalização da Hermenêutica na busca da efetivação do justo completa-se com Tibério Curnicano (254 a. C.):

O primeiro plebeu a ser *pontifex maximus*, foi também o primeiro a dar consultas públicas sobre o Direito. Outros seguiram seu exemplo, e logo foi uso geral em todas as disputas tomar consultas de um ou vários jurisconsultos. Inclusive os magistrados acostumam-se ao uso de um *consilium* de prudentes, aos quais consultavam em cada pleito.²⁵

Percebe-se que a codificação do Direito operada pela Lei das XII Tábuas, antes de representar uma limitação da atividade interpretativa, possibilitou o despontar dessa atividade para a racionalidade, dando o pontapé inicial para a construção do Direito Romano em sua versão magistral, a do Período Clássico.

Esses jurisconsultos, que assimilaram e deram nova dimensão, mais científica, ao *receptus moribus*, abrem, ao lado dos magistrados com o *ius honorarium*, o caminho para o momento de maior perfeição e racionalidade da jurística romana.

Faz-se mister, no tópico seguinte, uma reflexão acerca da obra dos magistrados a partir deste período, principalmente acerca do papel do pretor – magistratura criada em 367 a.C – para que possamos melhor compreender como o fato da cristalização do *ius civile*, representado pela Lei das XII Tábuas, contribuiu, na verdade, para uma evolução no raciocínio jurídico, pois ocorreu sem deixar de possibilitar a atuação criativa do intérprete na aplicação do Direito. Depois, passaremos a meditar sobre os diferentes efeitos que a codificação desse direito dos magistrados por ordem de Adriano provocou na história jurídica romana.

²³ O *Ius Flavianum*, ao dar publicidade ao direito, é importante para o desenvolvimento da *interpretatio*, porque se passou então a esperar fundamentação racional dos pareceres e decisões jurídicas.

²⁴ Apesar de datar de 198 a.C., as *Tripertita* são o resultado de compilação feita pelo autor das interpretações e fórmulas referentes às XII tabuas, oriundas do século anterior.

²⁵ Já Moreira Alves afirma ter sido Tibério o primeiro a ensinar publicamente o Direito. (Cf. MOREIRA ALVES, 1983, p. 27).

3 Codificação do 'ius honorarium' e suas conseqüências para a interpretação do Direito: a experiência do 'edictum perpetuum' de Salvio Juliano

3.1 O 'ius honorarium' e como elemento interpretativo/integrativo do 'ius civile'

A partir das modificações anteriormente apontadas, a interpretação passa a ser uma atividade marcada mais pela racionalidade que pela religiosidade, feita tendo em vista uma maior participação da Lei como elemento do *ius*, o que exige uma adaptação da atividade interpretativa dos magistrados, que passaram a lidar com as questões que a cristalização do Direito na Lei impunha numa sociedade em ebulição.

A solução mais eficaz para tais problemas operou-se com o surgimento do *ius honorarium*, vez que as exigências da expansão social e comercial passaram a ser supridas pelos próprios pretores, através da concessão de tutelas e 'remédios' processuais, muitas vezes não previstos ou contemplados pelo *ius civile* - as *leges*, ainda nesse período, exerciam a mesma função suplementar, isto é, quando não se pudesse esperar pela formação consuetudinária da solução jurídica concreta e se submetiam ao mesmo e multifásico 'processo legislativo' em vigor. (DINIZ, 2004, p.7).

A Lei surge como tentativa de suprir a lentidão da formação normativa consuetudinária, mas a Lei em sua abstração também era insuficiente, pois não dava conta de por si só resolver as particularidades do caso concreto. Para suprir as dificuldades da *desatualização* do costume e da abstração (ou seja, *desatualização*) da Lei, a prática dos magistrados deu origem ao *ius honorarium*; neste momento, os magistrados, auxiliados pelos juriconsultos, mais que interpretar o direito, re-criavam direito a partir da interpretação/formação do *ius*.

O papel do pretor na atualização do Direito pode ser dimensionado a partir do estudo do que foram os Editos dos magistrados. Como todo direito deveria pressupor ação expressamente correlata a ele – o que nos leva à metáfora do *Direito dos Magistrados como Sistema de Ações* – os editos eram verdadeiras fontes de direito²⁶.

²⁶ "Enfim, por que era o edito dos magistrados fonte de direito? Eis a explicação. No edito dos magistrados judiciários eles não se limitavam a relacionar os meios de proteção (ações) aos direitos decorrentes do *ius civile* (na república integrados pelos costumes e leis). Desde tempos remotos, esses magistrados, com base no seu *imperium* (poder que lhes permitia dar ordens a que todos deviam obedecer), concediam medidas judiciais – por exemplo, os interditos – que visavam a corrigir, suprir ou afastar a aplicação do *ius civile*, quando este lhes parecesse iníquo. Com o advento da Lei *Aebutia* (que introduziu, na metade do século II a. C., o processo formulário) essa interferência aumenta, porquanto os magistrados judiciários, que passaram a redigir um documento – a fórmula – onde se fixava a demanda a ser julgada, se arrogaram, a pouco e pouco, o direito de denegar, quando lhes parecesse justo, ações que tutelavam direitos decorrentes do *ius civile*. (o que evidentemente tirava a eficácia prática desses direitos); bem como de criá-las para proteger situações não previstas pelo *ius civile* – que lhes parecessem dignas de tutela. Ora, nesse último caso, tais ações assim tuteladas passavam, na prática, a ter eficácia jurídica, dando nascimento a verdadeiros direitos. Motivo porque o Edito é considerado fonte de direitos em Roma". (MOREIRA ALVES, *cit.*, p. 23).

Eram publicados no princípio da magistratura de cada *honor*, e permaneciam obrigatórios durante todo o ano²⁷. Sua autoridade terminava com o fim dos poderes do autor. O pretor seguinte, livre para modificar suas disposições, na realidade alterava apenas uma parte, a maioria das disposições era mantida, de édito em édito, conservadas em virtude da verificação prática de sua utilidade; o uso acabava por lhes dar força de lei (Cf. BONFANTE, 1944, p. 335). Por isso, esse édito, que inicialmente possuía o nome de *edctum annuum*, passou a ser também conhecido por *edictum perpetuum*. Nada impedia, por outro lado, que o magistrado posterior acrescentasse novas ações (novas fórmulas), seja no próprio édito anual (o perpétuo) ou mesmo durante o decorrer de seu ano de exercício da magistratura, por um *edictum repentinum*.

Tal caráter construtivo da *interpretatio* e da *applicatio* dos magistrados somente se alcança na estrutura do processo *per formulae* (substituto do modelo processual das *leges actiones*). E, para demonstrar esse caráter, interessa-nos, substancialmente, a fase *in iure* deste procedimento, que começa com a *editio actionis*, a declaração da ação que será demandada. Nesse momento inicial, o magistrado verifica se está diante de ação declarada no edito do magistrado, portanto conhecida, típica, ou se diante de uma nova ação *in factum*. Segue a *postulatio actionis* ou *formulae*, dirigida ao pretor, que, se percebesse ser o caso de ação conhecida e posta no edito, procedia então a uma investigação extrínseca e limitada à análise da capacidade das partes, do cumprimento satisfatório das formalidades indispensáveis e da presença de fundamento mínimo para propositura da ação. No caso de ação *in factum*, após uma investigação mais detalhada e intrínseca dos elementos da relação jurídica, o pretor apreciava a possibilidade jurídica e a oportunidade para, então, dar assentimento à ação, ou a denegar. A *actio in factum* é o momento típico da utilização da equidade na aplicação (interpretativa) do Direito, que possibilitava uma atualização inovadora do *ius civile*.

A mesma lógica era aplicada nas *exceptionem*. A *exceptio* era uma cláusula que o demandado poderia propor para a fórmula, que continha argumentos que impediam a pretensão do autor; se verificadas as observações da *exceptio*, o autor perdia o fundamento de sua ação. Ela era concedida ou não pelo magistrado, o mesmo ocorrendo com réplicas do autor – *replicationem* –, trélicas do demandado, e assim por diante, formando a dialética do processo na qual se dava o contraditório, fator indispensável à cognição do juiz, já na fase seguinte, em sua busca pela verdade do processo²⁸.

²⁷ Havia também os editos *repentinum*, que eram promulgados no decorrer do exercício anual do magistrado, sempre que surgia situação não prevista no *edictum perpetuum* – o edito anual (esta expressão foi mais tarde consagrada por Adriano, na compilação que mandou fazer dos editos e a que deu o nome de Edito Perpétuo, mas o sentido original de *edictum perpetuum* é daquele que era promulgado no início da magistratura e era perpétuo no sentido de permanecer válido até o final desta). Mais tarde, veremos, o *edictum repentinum* foi abolido.

²⁸ Outra característica interessante da fase *in iure* é a possibilidade da *interrogatio in iure*, que nos revela mais um aspecto da racionalidade que a aplicação do Direito alcançou nesta época. Por meio da *interrogatio*, assim como hoje, o magistrado podia chegar às questões prejudiciais que podiam antecipar a resolução da lide. (Cf. BONFANTE, 1944, p. 572).

Não é difícil concluir que este novo processo permitia uma interpretação mais completa, mais detalhada, mais justa da realidade normativa a ser julgada. Villey (1991, p. 62) traz um interessante exemplo disso a que nos referimos:

A antiga prática impunha estritamente ao devedor o pagamento da sua dívida, desde que as formalidades precisas da *sponsio* tivessem sido cumpridas. Quê decidir, todavia, se ele não está comprometido senão em consequência de um pequeno erro? Porque o seu credor o tinha enganado, tinha sido culpado de mentiras, ou maquinações fraudulentas a seu respeito, a que os romanos chamam um *dolo*?

Não manda a equidade que a dívida seja anulada? Chegar-se-á a este resultado, acrescentando à fórmula estas simples palavras, pelas quais se prescreve ao juiz não condenar senão na ausência de *dolo* – e a que se destina uma *excepção*: Parece que X deve mil.

A menos que tenha havido um *dolo* do credor.

*Juiz, condena X a pagar mil ao litigante Y.*²⁹

Essas são as características marcantes do *ius honorarium*, capazes de apresentá-lo como meio pelo qual o direito, já cristalizado pela idéia de Lei, poderia continuar evoluindo e se adequando à consciência jurídica vigente. Nas palavras de Diniz (2004, p.6):

A atividade desenvolvida pelos pretores através do *jus edicendi* (Cf. Papiniano, D. 1.1.7.), principalmente durante a fase do processo formular, daria origem ao *ius honorarium*. Superadas as rígidas formas das *leges actiones*, estes magistrados passaram a gozar de uma considerável margem de discricionariedade para a solução dos casos concretos que lhes eram propostos, o que lhes permitia conceder ou negar a proteção processual suplicada, mesmo que os fundamentos jurídicos não estivessem expressamente previstos no *ius civile*.”

“Conseqüentemente, os juriconsultos não mais exerceriam sua atividade somente com referência aos costumes sedimentados, mas também e de forma quase exclusiva, com relação ao *ius honorarium* já formado, cuja importância e autoridade foi sucessivamente crescendo em proporção direta com o seu desenvolvimento - basta recordar a notícia de Papiniano (Dig., 1,1,7.).³⁰

²⁹ “Assim, as fórmulas recebem ligeiras modificações; a menor palavra engendra aqui qualquer nova instituição jurídica; juriconsultos e pretores elaboram uma técnica sábia e precisa da fórmula; aparentemente, as fórmulas tradicionais recebem ligeiras adições, no gênero das que tomamos para o exemplo; mas no fundo o conteúdo do direito sai todo transformado.” (VILLEY, 1991, p. 64)

³⁰ A nosso ver, esta liberdade de adequação do direito que possuíam os magistrados é muito bem exemplificada pela figura dos *interditos*, elemento de importantes implicações para a atividade de interpretação e aplicação do Direito nesta época. Trata-se de uma ordem direta dada pelo magistrado contra alguém que esteja, presumidamente, agredindo direito de outro, que requer, então, proteção jurisdicional. Os *interditos* eram concedidos quando não havia

Agindo negativamente (negando ações), ou positivamente (concedendo novos meios processuais nos editos), sempre numa aplicação interpretativa e integradora, o pretor fazia valer um sentido atualizado do jurídico, no qual, por meio de uma restrição ou de uma extensão do *ius civile*, opera-se progressivamente na afirmação dos novos valores jurídicos, que nasciam no próprio seio da comunidade romana como evolução de sua consciência, bem como da inter-relação com outras culturas, decorrente da expansão do domínio romano: “Jus praetorium este quod praetores introduxerunt adjuvande, vel supplendi, vel corrigendi júris civilis gratia, propter utilitatem publicam”.³¹

3.2 A codificação do ‘ius honorarium’ e suas conseqüências hermenêuticas

O apogeu do período clássico tem como uma de suas marcas a passagem definitiva da fonte normativa não escrita para a fonte normativa de forma escrita³². Não que os costumes perdessem vigor nesta época, mas que sua força normativa passa a ser mais freqüentemente mediada pelo texto escrito. O costume tinha força, era objetivo porque observado e presente na consciência de todos, e isto bastava; mas, numa sociedade cada vez mais heterogênea, trazia o perigo da insegurança jurídica.

Isto se infere da mudança ocorrida na atividade dos jurisconsultos; ao invés de interpretarem diretamente os costumes, passaram a voltar os olhos para o repertório de editos dos magistrados, solidificados pela sua constante reedição; a força do costume permanece, porém, intelectualizada pelo texto. Segundo Diniz (2004, p. 10):

O crescimento do *ius honorarium*, muito antes de sua

proteção de lei para o esbulhado, não seguiam a *ordo judicorum*. Conseqüência direta do poder de *imperium*, foi o primeiro meio processual pelo qual o magistrado podia proteger direitos tidos como legítimos, mas que não tinham ainda nenhuma ação específica para protegê-los. (Cf. MOREIRA ALVES, 1986, p. 235).

³¹ Papiniano. Dig. L. 7; *de iustit.*; §1: “O direito pretoriano é aquele que os pretores introduziram com o objetivo de ajudar, suprir ou corrigir o direito civil, em razão da utilidade pública”. (Apud PETIT, 1949, p. 57).

³² Até então, o que observamos é que o consenso tácito do povo era o fundamento do *ius civile*, por meio da *receptur moribus*; a *interpretatio* era o meio de recepção da normatividade, o que lhe atribuía um caráter semelhante ao dos processos de elaboração de leis; sua legitimidade advinha da sua consolidação na vida concreta pelo *consensus omnium*. De outro lado, neste período, temos uma profusão ímpar de fontes normativas. O costume, as leis – leis comiciais e senatoriais, os Editos dos magistrados – *ius honorarium*; mais tarde, as respostas dos prudentes dotadas de força normativa, o *ius prudentium*, e as constituições imperiais. Todas essas fontes requerem do intérprete do Direito uma elaboração teórica racional e categorizante. “Esses fatores (introdução do processo formular e maior liberdade de atuação dos pretores), conjugados com a atividade dos jurisconsultos (por esta época já bastante difundida, sistematizada e ordenada) representariam a época de ouro da criatividade do gênio romano.” (DINIZ, 2004, p. 8).

petrificação na época de Adriano em virtude do Edito Perpétuo elaborado por Sálvio Juliano (130 d. C.), ao mesmo tempo em que proporcionou um considerável avanço no *ius civile* romano, acarretou uma modificação na sua estrutura ao abalar as relações costume/lei.

Com efeito, os editos, graças à consolidação da autoridade dos pretores, passaram a assumir cada vez mais uma certa rigidez diante da interpretação dos jurisconsultos, gerando uma espécie de “codificação” do *ius honorarium*. Tal fato restringiu sensivelmente o âmbito de formação consuetudinária do Direito, de forma que a interpretação dos costumes foi progressivamente sendo substituída pela interpretação do direito pretoriano. Mesmo assim, não se havia perdido ainda o caráter casuístico na formação do Direito.

O binômio costume/lei, já abalado pelo *ius honorarium*, começa a ganhar novos contornos. Parece-nos que o costume deixa de atuar como fonte de onde se busca imediatamente a norma, para ser fundamento de vigor da norma, que cada vez mais se vincula a um texto escrito, visto como esquema interpretativo da norma. Assim:

Quando Adriano subiu ao poder, empreendeu reformas políticas que deram um grande passo para uma consolidação e centralização sem precedentes do poder imperial. Por volta de 130 d.C., determinou que se fizesse uma formulação definitiva dos editos dos pretores. A tarefa ficou a cargo de Sálvio Juliano e, a partir daquele momento, o “Edito Perpétuo” foi sucessivamente publicado pelos pretores sem qualquer modificação, exceto aquelas que fossem introduzidas pessoalmente pelo príncipe. A partir de então, a clássica atividade jurisdicional dos pretores tenderia a desaparecer paralelamente à evolução do principado e à afirmação do autoritarismo imperial do dominato. (DINIZ, 2004, p. 9).

É chegado o ocaso da atividade de produção do direito via édito do magistrado. Mas a Codificação do *ius honorarium* por Juliano não representou uma derrocada do caráter criativo da atividade interpretativa.

O que Juliano faz é organizar o riquíssimo direito pretoriano produzido para abrir o caminho a novas inovações no Direito. A Ciência Jurídica, antes de desenvolver novos rumos, necessita, por vezes, organizar o que foi produzido até então. É o que fez a codificação do *Edictum Perpetuum*. Vejamos as observações de Pietro Bonfante (1944, p.465) a esse respeito:

Não obstante, parece certo que Juliano agregou pela primeira vez às cláusulas do edito as fórmulas das ações que anteriormente formavam um apêndice ao édito, junto aos *interdictum*, *exceptiones*, e *stipulationes* pretorianas. Junto às fórmulas das ações pretorianas, foram agrupadas também as fórmulas

das ações civis (*leges actiones*), ainda que não lhes correspondesse nenhuma cláusula do edito, foram colocadas ao lado das ações pretorianas análogas. [...] A obra do grande jurisconsulto abarca provavelmente os diferentes editos, ou seja, não somente o do pretor urbano e dos *ediles curules* que antes constituíam um apêndice ao primeiro, mas também o edito do pretor peregrino e os editos dos magistrados provinciais. (tradução nossa).

Bonfante (1944, p. 467) adverte que, assim como com as XII tábuas, não se pode pretender, com o Editto de Adriano, um sistema jurídico orgânico e completo, dada a sua própria natureza destinada a preencher lacunas e corrigir problemas no *ius civile*. Não obstante, ressalta:

O Editto de Adriano representa a única codificação num intervalo que corre desde a XII tábuas quando se inaugura a história do direito privado romano, até ao período das compilações, quando essa história se encerra. A tarefa essencial do pretor havia terminado e os novos órgãos estavam melhor adequados para prosseguir a obra de adaptação do Direito Romano ao novo espírito social e as necessidades gerais dos novos cidadãos disseminados pelo vasto império. (tradução nossa).

3.3 Revalorização da ‘interpretatio’ na passagem do ‘ius honorarium’ para o ‘ius prudentium’: codificação como instrumento de reorganização da Ciência do Direito

Tal vinculação, tal identificação da norma com um texto, não é, porém, neste período histórico, uma identificação viciosa, como se poderá observar no período justinianeu da história romana, e, de modo mais evidente, no período da codificação pós-revolucionária do séc. XVIII d.C., em que as Escolas deste período, notadamente a Escola da Exegese, identificaram o texto da lei com a própria Lei, a norma com o texto escrito, de tal modo que mudar o sentido da norma só é possível, mudando-se o texto da lei (Cf. MAGALHÃES, *apud* PEREIRA, 2001, *prefácio*). Pelo contrário, apesar de percebermos este formalismo no sentido de adoção da forma escrita e organizada conceitualmente, cada vez mais evidente no direito Clássico, trata-se de formalismo instrumental, no sentido de uma busca cada vez maior de previsibilidade para o Direito e, neste sentido, segurança jurídica, numa sociedade como a romano-imperial, cada vez mais complexa (Cf. DINIZ, 2004, p. 6).

Ocorre também, e isso é que dá o tom da instrumentalidade referida, que os juristas clássicos não pensavam de forma alguma na possibilidade de uma realização do justo que abrisse mão da equidade e da *interpretatio*. Daí o grande valor desta época de ouro da jurística romana: o entendimento de que a Justiça se

realiza no equilíbrio do binômio segurança/equidade e no desenvolvimento de um sistema teórico sólido, capaz de atingir este equilíbrio.

O formalismo do período Clássico, ao encarar os textos normativos como esquemas de interpretação, tem um caráter produtivo, vigoroso, instrumental, que se pode observar na máxima de Celsus – *Scire legis non est verba earum sed vim ac potestatem tenere* – já estudada anteriormente e para qual a pena reflexiva de Salgado (2001, p. 84) teceu importantes comentários:

Um dos momentos decisivos da aplicação da lei é conhecê-la. E conhecê-la não é uma intenção ou simples vontade que colhe a sua escritura na superfície da letra, mas tarefa do *prudens*, do sábio, que se reputa preparado para penetrar seu interior e tornar possível a decisão justa materialmente [...].
A *voluntas legislatóris*, transmutada na *voluntas legis*, que por sua vez se revelaria na *ratio legis*, constituem elemento do escopo da hermenêutica, cuja finalidade é a solução, pela unidade do momento da existência empírica da *lex*, *voluntas*, e pela sua essência ideal, o *ius*, dado pela sua *ratio*.

É à obra destes *sapiens*³³ que Adriano confia o *ius respondendi*, que foi o principal instrumento deste na busca do controle acerca da interpretação e criação do direito, corroborando a mudança que veremos mais tarde, da primazia da formação consuetudinária do direito para a primazia da formação *ex auctoritate* do jurídico, de caráter dirigente, ou seja, não a partir do caso concreto, na ratificação daquilo que a teia social transforma em jurídico, mas a partir formação reflexiva e abstrata do jurídico, numa também tentativa de *projecção*³⁴, postura (*positum*), das práticas concretas.

Daí a definição contida nas Institutas de Gaio,

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sententium, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.³⁵

³³ Vale colacionar a máxima romana: “*iuris prudens sapiens gentium sunt* – os juristas são os sábios de suas nações”. (CUNHA, 2004, p. 12).

³⁴ Do inglês *drafting*, termo utilizado pela atual Teoria da Legislação. (Cf. SOARES, 2004, p. 21-22).

³⁵ GAIO, *Inst.* l. 7: “As *responsa prudentium* constituem os pareceres e as opiniões de todos aqueles aos quais foi permitido criar Direito (*ius condere*). Se os seus pareceres convergem para uma mesma solução, entende-se que estas opiniões possuem o vigor das leis; ao contrário, se os pareceres são divergentes, ao juiz é lícito optar pela opinião que mais lhe aprouver; isso foi estabelecido por um rescripto de Adriano”.

Outro movimento que acontece na jurisprudência clássica diz respeito à gradual modificação na qualidade do caráter criativo desta atividade. Como vimos, no período em que predomina o Direito não escrito, uma espécie de “Direito em estado de nebulosa”, segundo Bonfante (1944, p 323), a atividade do jurisconsulto ultrapassa a simples interpretação, no sentido tradicional da palavra, para se caracterizar como uma atividade de criação do Direito; nesse período, é por meio da *prudentia* que o direito ganha forma lógica (Cf. SALGADO, 1996, p. 319). Com a racionalização cada vez maior, e com a mudança na sistemática das fontes normativas, na qual o Direito escrito passa gradativamente a ter destaque, a atividade de interpretação e adaptação do direito muda de colorido, ganha ares mais conexos com o que faz o hermeneuta de hoje, ou seja, dá à palavra criação um outro sentido, um sentido de categorização num plano científico, daquilo que está amontoado no plano normativo, é uma criação retificadora das novas consciências, mas que, agora, tem limites mais bem delineados. Essa criação interpretativa tem cada vez menos o tom de discricionariedade que atribuímos hoje à criação legislativa do Direito. A evolução da idéia de Lei, norma abstrata e geral previamente posta, começa a operar a separação entre a figura do legislador e a figura do intérprete, aproximando essas figuras daquilo que nelas identificamos hoje. Evidentemente, toda interpretação é, em certo sentido, uma re-criação, e toda criação não deixa de ser um ato de interpretação. Por isso, afirma Bonfante (1944. P 324):

As prescrições decenvirais mesmas eram objeto de uma interpretação tanto restritiva, como extensiva; ou se arrebatava sua força por meio das exceções e casos particulares, ou, pelo contrário, as prescrições tinham seu campo de validade ampliado para fora de sua esfera primitiva, regulando novas situações; sempre se considerando com absoluta liberdade, o fim, a *ratio legis*, mais que a expressão literal da lei. (tradução nossa).

4 A codificação Justinianéia e suas conseqüências para o método de interpretação do Direito: a experiência da codificação do ‘ius prudentium’ no Digesto

4.1 Antecedentes históricos da codificação justinianéia

Por volta de 284 d.C., o movimento de implicação recíproca entre a tendência de fragmentação do Império e, em contrapartida, concentração das estruturas de poder em um único órgão, o imperador, como reação às idiosincrasias de um Estado vasto e desarmônico, irão impulsionar o desenvolvimento do Dominato, com consideráveis implicações na interpretação do Direito.

Após uma ameaçadora crise política e militar, Dioclesiano é proclamado imperador e senhor absoluto de todo o Império. As mudanças na estrutura política que passaram pela divisão do domínio imperial em quatro partes, cada uma com um Senhor, depois em duas, e sua reunificação até Teodosio I, quando o império é definitivamente dividido em ocidental e oriental, tem como nota basilar o seguinte: Dioclesiano inicia uma absorção completa dos poderes do senado e do *populus*, restando apenas, como manifestação da soberania, a magistratura única do Imperador. As magistraturas que perduraram nominalmente eram apenas simbólicas e somente possuíam o ônus da promoção de jogos e o Senado não seria mais que um conselho municipal, sem nenhum poder efetivo. (Cf. PEIXOTO, 2000, p. 119)

Constantino consolida as modificações de Dioclesiano, com a nota distintiva de ter transferido a capital do governo, em seu período reunificado, para Constantinopla (Bizâncio), e de ter reconhecido o cristianismo como religião oficial. (Cf. PETIT, 1949, p. 66). A esta mudança na estrutura do poder, deve-se juntar o fato de já se encontrar consolidado um novo modelo processual. Foi Dioclesiano que suprimiu as últimas possibilidades de aplicação do processo formulário (Cf. PEIXOTO, 2000, p. 118), ficando o magistrado agora entendido como funcionário do Imperador, sem *imperium* ou *potestas*.

O modelo processual que corrobora para isto é o do processo extraordinário, ou *cognitio extraordinem*, que possui esta nomenclatura justamente por não estar submetido à divisão da *ordo iudicorum privatorum*, que impunha o julgamento *apud iudicem*, pelo particular. Surgido a partir da jurisdição administrativa, o processo extraordinário, dispensando tanto o juiz particular, bem como a produção da fórmula, passou a ser usado também na tutela dos direitos subjetivos oriundos de Constituição Imperial (*ius extraordinarium*). No Dominato, o fato de o poder para criar e dizer o direito estar especialmente concentrado nas mãos do Imperador faz com que este comece a concentrar a resolução das contendas sobre seus auspícios, *extra ordinem*, por meio de seus funcionários. (Cf. MOREIRA ALVES, 1983, p. 242)

O caráter público deste processo e o desaparecimento da fórmula, junto com a possibilidade de recurso da sentença, pois proferida por funcionário do Estado, inserido numa ordem hierárquica, cujo ápice é o imperador, revelam a impossibilidade de se criar ações e de se tutelar direitos não expressamente protegidos pelo direito objetivo.

A busca de segurança e ordem acarreta não só a concentração da produção do Direito e sua pretensão de certeza no plano abstrato da lei, mas também a busca de sua certeza no plano da aplicação. Por isso, o imperador concentra em sua figura a faculdade de interpretar o Direito. Posicionamento errôneo, pois reveste de abstração a atividade de interpretação, num paradoxo infrutífero, como veremos.

A decadência da jurisprudência, com o fim do *ius respondendi* e com o desvio das preocupações filosóficas do âmbito jurídico para a teologia, faz com que os conflitos sejam resolvidos, senão por meio das *leges*, sancionadas pelas Constituições Imperiais, por meio dos *iura*, regras elaboradas pelos grandes jurisconsultos clássicos, agora compiladas.

Para eliminar as possibilidades de várias decisões diferentes para o

mesmo caso, devido à barafunda dos preceitos clássicos (resultante da grande produção daquela época e de sua recepção num momento de despreparo intelectual) e do conseqüente risco expressivo e comprovado de distorções de sentido e fraude aos textos de *iura*, ministra-se dois “remédios” na busca ilusória de certeza mecânica do Direito. Primeiro, o controle dos preceitos jurisprudenciais a serem aplicados, “se ao imperador era reservado o poder de criar e de interpretar o direito, todas as precedentes formas de expressão do jurídico estavam reservadas a um nível inferior e não vinculante” (DINIZ, 2004, p. 10). As doutrinas passaram a ter apenas valor teórico, eram *vetores axiológicos*, e só vinculavam quando a vontade do imperador assim determinava. É o caso da Lei das Citações³⁶, em que, segundo a crítica de Petit (1949, p. 69), o juiz deixa de ponderar sobre o valor intrínseco de cada opinião, para apenas averiguar qual é a maioria; “aqui o juiz faz contas, não aprecia”.

Estas providências não resolveram o problema da incerteza e confusão, pelo contrário, era comum a fraude e a distorção dos casos em que cada preceito se aplicava. Daí a segunda tentativa, a tendência para as compilações, que tem como ponto culminante a obra justinianéia.

4.2 Virtude e vício de mãos dadas na aplicação do Digesto de Justiniano

Justiniano procura consolidar, na busca de uniformização e governabilidade, o princípio, defendido desde o início do Dominato, de que a criação e interpretação do Direito competem apenas ao Imperador (ao soberano). Para tal, ele estabelece uma inovação acerca do conceito de interpretação. Esta passava a ter um valor geral só pelo fato de emanar do imperador, mesmo que fosse emitida para um caso singular. Este aspecto marca uma diferença fundamental com o período anterior, em que a interpretação encontrava-se difusa, voltada para os casos específicos. Poderia haver interpretações divergentes para o mesmo caso, oficialmente reconhecidas, situação que se agravou com o *ius respondendi*. Era possível ao juiz recorrer a qualquer uma delas e o que pretendia Justiniano era eliminar este estado de incerteza.

Ao mesmo passo em que centraliza com maior eficácia toda a produção e interpretação do direito, Justiniano acredita que uma compilação deveria fornecer

³⁶ A *lei de citações* segue o modelo iniciado por Constantino, que proibiu os comentários de Paulo e Ulpiano à obra de Papiniano. Promulgada em 426 d.C., nela fica permitido, nas contendas, somente o uso da obra de cinco juristas: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino e Gaio. Havia possibilidade de usar a obra dos juristas citados por estes, desde que fosse apresentado o respectivo manuscrito e comprovada a autenticidade. Na controvérsia entre estes, seguia-se a maioria, ou, em caso de empate, a opinião de Papiniano, se ele não havia se pronunciado sobre a questão, o juiz escolheria livremente.

respostas para todos os casos possíveis, presentes e futuros (Cf. DINIZ, 2004, p. 11). Os juízes, assim, deveriam apenas considerá-la em sua literalidade, pois qualquer atividade que fosse além disto e buscasse dirimir dúvidas sobre sentido e alcance estava já na esfera do poder imperial.

Os dizeres de Justiniano são esclarecedores:

Nostram autem consummationem, quae a nobis deo adnuente componetur, digestorum vel pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarius illi asslicare et verpositare sua supra dicit codicis compendium confundere, queadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretatum sententias totum us paene conturbatum est; sed sufficiat per índices tantum modo et titulorum suptilitatem quaedam admonitoria eius facere, nullo es interpretationen eorum vitio oriundo.³⁷

Emanado o Direito diretamente das *Constituições Imperiais*, ou emanado das *Compilações*, restava ao juiz apenas interpretar literalmente. Os costumes já não eram mais uma expressão da soberania popular, captados pela *receptio moribus*. A *consuetudo* (nova denominação dos costumes), não tem mais valor vinculante como tinham os *mores*, é mero fato observado como ordinário, usual, subordinado ao *ius imperial* e, portanto, somente valia *secundum legem*, ou, no máximo, *praeter legem* (nos casos de convivência do direito romano com o direito local), nunca *contra legem*³⁸. Isto porque, se fosse possível não aplicar uma norma alegando que ela não é mais observada, ou a redimensionar alegando que a prática social não é mais aquela, as propostas de Justiniano, nas quais ele depositava a esperança de uniformização e certeza do direito, frustrar-se-iam. A intenção de Justiniano de acabar com as incertezas e as inúmeras possibilidades de interpretação quanto ao direito produzido no passado e, ao mesmo tempo, construir um sistema auto-suficiente e duradouro, sem contradições ou lacunas, deu-se, primeiramente, com a codificação dos *iura*, e teve seu desfecho com a produção das *leges*. Isso se operou por meio das constituições em que o próprio

³⁷ “Decidimos atribuir à compilação que vamos empreender com ajuda de Deus os nomes de Digesto ou Pandectas, proibindo que no futuro todos os juristas possam comentá-la, para evitar que, com sua retórica confundam a síntese realizada, tal como assim o era nos tempos antigos, quando todo o direito foi praticamente desorganizado pelas opiniões contrastantes dos intérpretes; assim, será suficiente fornecer advertências mediante sumários a especificações dos títulos, para que a atividade interpretativa dos jurisconsultos não gere incertezas”. Frag. 12, Const. Imperial *Deo auctore*. (Apud DINIZ, 2004, p. 11).

³⁸ Aqui, a fala de Ulpiano, já citada, ganha maior significação: “Os costumes constantes devem ser observados como se fossem o Direito produzido pelas leis apenas nas matérias em que inexistem normas escritas”. D. 1;3;33.

imperador procurou dirimir as dúvidas e obscuridades restantes, já que a ele cabia não só criar, mas interpretar o Direito. Dá-se, então, o fenômeno da interpretação autêntica. É assim também que devemos lembrar que o Direito compilado sob Justiniano vale não porque vigorou até então e deveria, portanto, ser consolidado, mas porque foi a ele atribuído a força da vontade do imperador:

[...] hasce itaque leges et adorate et obsrvate aomnibus antiquioribus quiescontibus; nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia ome quod hic positum est hoc unicum et solum obsrvari censemus.³⁹

Era também intenção de Justiniano reduzir a quantidade de litígios e impor uma decisão rápida, que acreditava ser possível pela literal aplicação do Direito. Como resultado da uniformização da interpretação e, evidentemente, das decisões, pois estas passariam a ter o mesmo fundamento jurídico, esperava-se realizar a igualdade de todos perante o Direito, numa estrutura em que todo o povo estaria no mesmo nível de igualdade, somente abaixo do imperador. Para tal, acreditou Justiniano que se deveria proceder eliminando a valoração do Direito na aplicação para dotá-la de um caráter puramente mecânico.

4.3 A lição esquecida

Tentou-se impor, autoritariamente, uma visão simplificadora da realidade do Direito, e o resultado foi a afirmação no plano prático da inevitabilidade da valoração da norma quando confrontada com a realidade do caso concreto, portanto a inevitabilidade da constante re-interpretação do Direito. Ocorreu, então, apenas a substituição de vários centros de decisão do sentido na norma por um só, este, porém, não pode deixar de ser solicitado sempre a reinterpretar. Disto, conclui-se por um atraso na solução dos conflitos, e uma insatisfação geral, inclusive do imperador.

O Direito, sendo obra cultural da vida comum, não pode depender da vontade de um só. Justiniano aprende a lição e, em certa medida, volta atrás, ao editar posteriormente os seguintes dizeres:

³⁹ “Venerai e observai estas leis, relegando ao esquecimento todas as anteriores; a nenhum de vós fará comparação entre elas nem buscará as discrepâncias entre elas existentes, vez que é a nossa vontade que se aplica exclusivamente e que foi posta nesta obra”. Frag. 19 da Const. Tanta. (*Apud* DINIZ, 2004., p. 12).

Quoniam quidam iudicnatum post multa litis certamina et plurimam litigantibus facta dispendia ad negotiis apud eos motis suggestionibus utuntur ad nostram tranquillitatem, praesenti generali lege haec perspeximus emendare ne dilationes ngotiis ex hoc fiant et aliud rursus principium examinationes eccipiant. Iubemus igiturnullum iudicantum quolibet modo vel tempore pro cusionis apud se propositis nuntiare ad nostrm tranquillitatem, sed examinare perfecte causam et quod eis iustum legitimumque videtur decernere.⁴⁰

O que ocorreu na tentativa de Justiniano – e que o levou à necessidade de corrigir suas intenções – foi uma objetivação abstrativa do momento de aplicação do direito, em que se desprezam as peculiaridades do momento concreto de realização do justo, tanto no que tange às propriedades e singularidades específicas de cada demanda, quanto às implicações do momento histórico e social de cada caso. Ao acreditar resolver o problema da interpretação trazendo a sistematização do *ius prudentium* para o plano abstrato da vontade legislativa e ao acreditar garantir a certeza por meio da interpretação autêntica abstratamente construída, Justiniano confiou a resolução dos problemas do Direito e da justiça apenas ao momento abstrato da lei (universal abstrato), desprezando o momento de atualização do Direito e realização efetiva do justo na atividade corretiva, integradora e criativa da aplicação (universal concreto). Sabemos, porém, que é nesse momento da singularidade concreta que o justo adquire caráter atual, ou seja, realiza-se em ato. (Cf. SALGADO, 2006, p. 195-212)

É comum encontrarmos nas obras jurídicas referências à primeira determinação de Justiniano no sentido de se proibir interpretação na sua obra legislativa. Curioso é notar que pouco se fala nos livros e nos manuais de Direito dessa reconsideração do próprio Justiniano. Devemos mesmo nos perguntar pelas razões da miopia legalista do século XIX e XX para essa verdadeira lição esquecida. Aliás, devemos nos perguntar pelas razões da repetição na história do ocidente desse erro de se tentar concentrar a dicção plena do Direito apenas no momento abstrato da Lei ou nas mãos de uma autoridade superior capaz de uma espécie de interpretação autêntica. Postura contraditória, pois quer interpretar

⁴⁰ “Tendo em vista que alguns juízes, depois que a contenda judiciária é bastante prolongada e as partes tiverem muitas despesas nos processos que promoveram, recorrem por sugestão à nossa sapiência determinamos que, com a presente lei geral se corrija este estado de coisas a fim de que não mais existam reenvios e a decisão das causas não devam começar de novo desde o início. Determinamos, pois, que todos os juizes não submetam, de maneira alguma e em nenhum momento, à nossa sapiência, as causas que lhes sejam propostas e nelas decidam da maneira como lhes parecer justo e legítimo, segundo o direito em vigor”. Novela. 125. (Apud DINIZ, 2004, p. 14).

com a autoridade de uma espécie de ‘autenticidade’, aquilo que não é obra sua, mas do desenvolvimento de uma cultura⁴¹. Ao assim se proceder, deixa-se miopemente de encarar a realidade do movimento do Direito na vida concreta de uma sociedade, fechando-se os olhos para os problemas de legitimidade relativos à inerente subjetividade da atividade interpretativa.

Considerações finais

A interpretação é o resultado da dialética entre a objetividade do discurso (do texto, da obra), e a subjetividade daquele que a interpreta, o sujeito. (Cf. MEGALE, 2005, p. 245-170). No Direito Romano, essa observação se afirma no diálogo entre a Lei e o Magistrado, na imortal pena de Cícero, “pode-se dizer que o magistrado é uma lei que fala; e a lei, um magistrado calado”. (CÍCERO, 2002, p. 45)

Essa *dialeiticidade* da compreensão não está presente apenas neste diálogo entre *ius civile* e *ius honorarium* (Cf. LAGES, 1947). Essa dialética, da qual resulta o compreender, também é observada no diálogo entre os *mores* e os jurisconsultos da *ius receptur*, entre o Direito em sua positivação imediata e sua categorização pela atividade dos *prudens*, no *ius prudentium*. Ela, em síntese, se traduz na oposição – apenas dialética – entre o Direito abstratamente dado e sua atualização no caso concreto. A experiência jurídica romana revela-nos as verdades contidas nestes movimentos especulativos da realização do justo.

Ao contrário do que se pretende com a afirmação distorcida dos exegetas franceses de que o juiz é a *boca da lei*, em Roma, ele é como um arauto dela e, ao mesmo tempo, um seu realizador, **ele é “a Lei que fala”**. Ao contrário do que prescreveram todos os ditadores da história, a aplicação da lei não se resume à busca por um correto entendimento de sua vontade original abstrata, mas na sua conformação dialogal com a realidade contextual⁴² a ser devidamente pacificada, ou seja, pacificada de modo justo.

A história da interpretação em Roma confunde-se com a história da formação da Doutrina do Direito, em que se busca este equilíbrio entre segurança jurídica e equidade (Cf. BETTI, 1949). Preserva-se o caráter de instrumentalidade do Direito, na busca de efetivação do justo, mas não só do justo de um caso isoladamente considerado. A jurística romana busca alcançar a realização do

⁴¹ O problema da concreção da Constituição, em nossos dias, pautada da concentração das tomadas de decisão acerca do sentido das normas constitucionais e das estruturas de aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nos órgão “supremos” do Estado, encarna, de certa forma, esse problema.

⁴² Sobre a relação entre texto e contexto no Direito, recomendamos a leitura do artigo de Eros Roberto Grau acerca da temática. (Cf. GRAU, 2007).

justo de um modo a o tornar geral, a partir do particular, por meio da construção das regras gerais, e, ao mesmo tempo, torná-lo concreto, pela efetivação desse justo que alcança o momento abstrato, mas que só o faz para tornar-se justo real, efetivo.

“O esforço poderoso e realista suportado pelos romanos para porem a justiça a funcionar; o sentido prático com que se libertam dos entraves do formalismo; as altas concepções morais que os dirigem” (VILLEY, 1991, p. 61), dão o tom da finalidade ética da interpretação em Roma, apresentada como um saber virtuoso e, no período clássico, como uma “obra prima”, por sua capacidade de criar estas regras gerais da Doutrina, que viabilizam a aplicação das normas nos casos futuros, ao mesmo tempo que deixam a possibilidade, e, até mesmo, criam as condições para novas interpretações que respeitem a atualização das práticas e valores. Segundo Villey (1991, p. 87-88):

Todas as forças do mundo antigo parecem pois ter concorrido para a formação histórica do direito romano. O velho formalismo romano, o rígido respeito pelas liberdades individuais, deram-lhe o seu preciso caráter de certeza, separaram-no vantajosamente da moral, das regras menos precisas e sempre discutíveis. O sentido da justiça que floresceu em Roma na época das conquistas, tornou-a relativamente apta a satisfazer as necessidades de toda a sociedade civilizada. A lógica grega deu-lhe uma forma, que torna possível sua transmissão. Estas breves observações relativas aos fatores da formação do direito romano permitem já, talvez, pressentir a grande riqueza e a autêntica qualidade do legado de Roma aos juristas modernos.

Cabe ressaltar que o Direito romano é, ainda nas palavras de Villey (1991, p. 56):

Um direito prático. O objetivo dos juristas romanos não é levar mais avante as especulações dos filósofos gregos. É de realizar (o que os gregos nunca fizeram) os princípios ideais da equidade e da boa organização social. É manter de fato a ordem e a paz romana.

A fala de Cícero mais uma vez vem a nosso socorro para nos lembrar de que “não do Edicto do Pretor, nem das XII Tábuas, mas da íntima filosofia, devemos haurir a disciplina do Direito” (CÍCERO, 2002, p. 77). A Ciência do Direito não se restringe à ciência da Lei, assim como o *ius* não se restringe apenas à *lex*. Esta é meio imprescindível sem o qual o Direito não se realiza. Porém, o caráter normativo da interpretação jurídica (Cf. MEGALE, 2005, p. 156), somado ao resultado evolutivo e atualizador que sempre o acompanha, impõe à

estrutura do Direito o momento interpretativo como sendo um momento criador (ou criativo), porém não arbitrário, tão pouco discricionário, porque partindo da Lei para a realizar, (re)produzi-la, (re)criá-la no caso concreto.

O Direito Romano, tomado em seu espírito, traduz-se numa estrutura normativa completa, por dar conta do movimento dialético entre formação do valor jurídico, posituação da norma abstrata e realização concreta do justo, assim como das implicações que cada um destes momentos tem nos demais.

A experiência romana revela a indubitável importância dos momentos de codificação do Direito, mas, de modo correlato, ensina-nos que se trata de momento de reorganização da normatividade; esta, incapaz de, por si só, produzir o justo efetivo e, portanto, sempre carecedora de vivificação pela atividade hermenêutica. Assim sendo, antes de fecharmos os olhos para o fato da inerente subjetividade insita ao processo de interpretação e aplicação do Direito, devemos reconhecer o importante papel atualizador desse caráter subjetivo da aplicação, bem como os riscos a ele inerentes, notadamente aqueles referentes à legitimidade das tomadas de decisão em suas mais diversas manifestações no Estado Democrático de Direito.

Referências

AGOSTINI, Eric. **Direito comparado**. Trad. Paulo Ferreira da Cunha. Porto: Res Jurídica, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense. V. I, 5. ed., 1983; V. II, 4. ed., 1986.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1989.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de hermenêutica jurídica**. in: **Hermenêutica jurídica**. ed. cuidada por Alcides Tomasetti Jr. – São Paulo: Saraiva, 1984.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmatica. Milano: A. Giuffrè, 1949.

BONFANTE, Pietro. **Historia del derecho romano**. Trad. Jose Santa Cruz Tejeiro. Madri: Editorial revista de Derecho Privado, 1944, v. 1.

CICERO, Marco Túlio. **Leis – Livro I**. [Grandes Filósofos do Direito. Clarence Morris (org.); tradução Reinaldo Guarany.]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

COULANGES, Foustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jean Melville. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Retórica e hermenêutica nas origens do direito**. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur17/pfc_retdir.htm> Acesso em: fevereiro de 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais do direito**. Trad. Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2002.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Interpretação no direito romano**. Disponível em: <www.pgmfortaleza.ce.gov.br/artigos/vol6/vol06artigo11.htm>; acesso em: fev. 2004.

FERREIRA, Mariá A. Brochado. **Consciência moral e Consciência jurídica**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

GILISEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUARINO, Antonio. **Storia del diritto romano**. 4. Ed. Riveduta. Napoli: eugenio Jovene, 1969, p. 129-130. (tradução do autor)

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LAGES, Afonso Teixeira. **Aspectos do direito honorário**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1947

MARTINO, Francesco. **La giurisdizione nel diritto romano**. Padova: CEDAM, 1937

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 8 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **A Teoria da interpretação jurídica**: um diálogo com Emilio Betti. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Nº 91. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, jan. jun. 2005. p. 145-170.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Hermenêutica jurídica**: interpretação das leis e dos contratos. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2001. [Tese, Doutorado em Filosofia do Direito].

MONCADA, Luis Cabral de. **Elementos de história do direito romano**: fontes e instituições. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de direito romano** – Tomo I: parte introdutória e geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PESSOA, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação de Emilio Betti**. contribuição à história do pensamento jurídico moderno. Porto Alegre: SAFe, 2002.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**; desarrollo histórico y exposicion general de los principios de la legislacion romana desde el origen de Roma hasta el Emperador Justiniano. Pref. Rudolf von Jhering. Trad. Jose Fernandez Gonzales. Buenos Aires: Albatroz, 1951.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. **Introdução ao Direito Romano**: constituição, categorização e concreção do direito em Roma. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

RAMALHO, Barão de. **Cinco lições de Hermenêutica Jurídica**. *in*: Hermenêutica Jurídica./ed. Cuidada por Alcides Tomasetti Jr. – São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo saraiva, 2002,

REALE. Miguel. **A nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, Miguel. Concreção de fato, norma e valor no direito romano clássico. *In*: REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-74

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Sociologia do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

SALGADO, Joaquim Carlos. [Discurso]. **Homenagem ao professor e desembargador Afonso Teixeira Lages**. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, out. 2000, p. 15-24.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A experiência da consciência jurídica em Roma**. Belo Horizonte: Movimento Editorial, 2001.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo**: o direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SETTE LOPES, Mônica. **A Equidade e os poderes do juiz**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da legislação**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

VILLEY, Michel. **Direito romano**. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés Jurídica, 1991.