

HISTÓRIA DO DIREITO

Por trás do espelho de Narciso:

O direito romano da identidade à alteridade.

Beyond Narcissus mirror:

Roman law from identity to alterity

Walter Guandalini Junior¹

¹ Universidade Federal do Paraná e Centro Universitário Uninter. ORCID: 0000-0003-2426-3326

RESUMO:

O artigo analisa o papel desempenhado pelo direito romano na construção da identidade jurídica do Ocidente, ressaltando o papel criativo de sua recepção por cada cultura que desejou reconhecê-lo como parte de sua ancestralidade. Avaliando as diferentes funções desempenhadas pelo trabalho intelectual de recuperação do direito romano nos vários ordenamentos jurídicos que o fizeram, constata que o modo tradicional de abordagem do direito romano conduz a uma visão simplista e empobrecedora de nosso próprio passado, e propõe uma abordagem distinta, que se disponha a reinserir o direito romano no contexto histórico em que ele se formou.

Palavras-chaves: Direito romano. História do direito. Fontes do direito romano.

ABSTRACT:

The article analyzes the role played by Roman law in the building of the western legal identity, highlighting the creative role of its reception by each culture that wanted to recognize it as part of its ancestry. By evaluating the different functions performed by the intellectual work of recovering Roman law in the various legal systems that have done so, it notes that the traditional way of approaching Roman law leads to a simplistic and impoverishing view of our own past, and proposes a different approach, able to reinsert Roman law in the historical context of its formation.

Keywords: Roman law. Legal history. Sources of roman law.

Por Trás do Espelho de Narciso

O Direito Romano da identidade à alteridade

Introdução

A primeira a sentir-lhe a veracidade,
foi cerúlea Liríope, que outrora, em curvo
curso enlaçou Cefiso, e, presa na corrente,
a violou. A ninfa belíssima, grávida,
pariu um filho, mui digno de ser amado,
e de Narciso o chama. Consultado, então,
se viveria até a senectude, o vate
fatídico falou: “Se não se conhecer”.
Ovídio, *Metamorfoses*, Livro III (2010:100)

Logo após o seu nascimento, Narciso foi objeto de uma profecia: por consulta de sua mãe Cefiso, o oráculo Tirésias revelou que o bebê teria uma vida longa, sob a condição de que não viesse a se conhecer. No simbolismo do mito se entrevê a maldição do historiador: apenas pode conhecer cadáveres, corpos em repouso estático na mesa fria de aço, expostos ao seu olhar clínico de legista. Se é assim, conhecer-se é também permitir-se morrer um pouco; toda biópsia tem algo de necrópsia: mesmo no diagnóstico dos corpos vivos está sempre presente o perigo de que um escorregão do bisturi atinja órgãos vitais, colocando nossa identidade em risco de morte, ou ao menos de sair transformada após uma experiência de quase-morte. Quando aceitamos refletir sobre nossa identidade, aceitamos também correr esse risco, e conviver com a insegurança gerada pelo estremecimento dos alicerces mais sólidos de nosso edifício cultural.

Poucos ordenamentos jurídicos são tão ligados à construção de nossa identidade ocidental quanto o romano antigo. Desde a sua recepção vulgar nos códigos dos reis bárbaros após a queda do Império Romano do Ocidente (Edito de Teodorico, Breviário de Alarico, Código de Eurico, *Lex Romana Burgundionum*), passando pela regeneração erudita medieval motivada pela redescoberta do Digesto na Escola de Bolonha, até recuperações modernas e sistematizadoras como a sugerida pela neopandectística, há mais de 2.000 anos o direito romano faz parte da vida do Ocidente, e durante todo esse tempo jamais deixou de ser compreendido como uma influência fundamental no modo de construção de nosso ordenamento e de nossa racionalidade jurídica.

A herança romana de nosso ordenamento nos parece tão evidente que chega a ser um truísmo, a ponto de a expressão designar, como sobrenome, a família de pertencimento da maior parte dos ordenamentos jurídicos da Europa e de suas ex-colônias na América, África, Ásia e Oceania – o “sistema romano-germânico”. Neste contexto, é claro que o Direito Romano é também um fator relevante para a constituição da identidade jurídica brasileira, e não é casual a observação de Moreira Alves de que:

No Brasil [...] é particularmente útil o estudo do direito romano. Basta salientar, como observava Abelardo Lobo, que, dos 1.807 artigos do Código Civil Brasileiro de 1916, 1.445 têm raízes na cultura romana. Essa influência também se observa no atual Código Civil brasileiro, até porque reproduziu grande número de dispositivos do anterior, ainda não havendo, porém, estudo mais amplo sobre essa influência nas inovações que ele apresenta (2012:2).

Há quem seja ainda mais enfático: Cretella Júnior atribui ao seu *Curso de Direito Romano* (2009) o subtítulo “o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil”, justificando a importância da disciplina com a afirmação de que “numerosos institutos do direito romano não morreram: estão vivos, ou exatamente como foram, ou com alterações tão pequenas que se reconhecem, ainda, nos modernos institutos de nossos dias que lhe correspondem” – e faz questão de indicar expressamente cada um desses institutos ao final dos capítulos da obra, com a transcrição dos artigos correspondentes no Código Civil brasileiro.

Ocorre que, como qualquer identidade, também esta é construída sobre a base de modelos muito particulares de relacionamento entre passado e presente. Afinal, não tratamos de biologia e herança genética, mas de história e herança cultural: isso significa que a influência do passado sobre o presente depende de uma *vontade ativa de recepção* do passado por parte da cultura recuperadora e de uma *releitura particular* do passado a partir dos olhos do presente. E esse trabalho sempre resulta em ressignificação.

Direito Romano e Identidade

Sem o saber, deseja a si mesmo e se louva,
cortejando, corteja-se; incendeia e arde.
Quantos beijos irados deu na falaz fonte!
Quantas vezes querendo abraçar a visão,
na água os braços mergulhava achando nada!
Não sabe o que está vendo; mas ao ver se abrasa,
e o que ilude os seus olhos mais o incita ao erro.
Ovídio, *Metamorfoses*, Livro III (2010:102)

O trabalho de ressignificação presentista do direito romano é realizado desde o século VI, quando a retomada da tradição romanística pelo Digesto, no Império Romano do Oriente, contribuiu para fortalecer a vocação absolutista e centralista do aparato do governo imperial, que se afirmava então como defensor da tradição e do espírito romanos. O passado glorioso romano foi tomado por Justiniano como elemento de refundação de uma nova ordem mundial, renovando-se a conexão entre armas e direito no projeto de reconquista do ocidente para a recuperação da grandiosidade romana imperial. Não por acaso, ao mesmo tempo em que isso ocorria no oriente, também no ocidente os reis bárbaros se apropriavam da tradição do império romano, apresentando-se como continuadores da sua cultura, da sua civilização e do seu ordenamento jurídico – o que se manifesta principalmente na incorporação do direito romano vulgar aos seus códigos de leis, mas também, de forma emblemática, na coroação de Carlos Magno como “imperador romano” após a declaração da vacância do trono de Constantinopla.

Já no medievo europeu a releitura produz outros significados. O desenvolvimento de uma sociedade mais dinâmica a partir do século XI passa a exigir um ordenamento um pouco mais complexo do que o sistema estático, factual e naturalista que havia sido construído na Baixa Idade Média. Diante da insuficiência dos usos e costumes tradicionais para a resolução dos problemas novos gerados pelo renascimento urbano e comercial, confia-se à ciência a tarefa de organizar racionalmente os conceitos e institutos abstratos extraídos da realidade factual. Porém, destacada do poder cogente dos costumes tradicionais, e incapaz de contar com a força coativa do poder político (fragmentado, plural e incapaz de criar direito, segundo a concepção

medieval de *iurisdictio*), a *scientia iuris* se vê obrigada a encontrar no direito romano não só a sofisticação técnica necessária, mas principalmente o fundamento de validade para as suas construções teóricas, de modo a garantir a imperatividade de um saber jurídico produzido livremente de forma especulativa.

Também a modernidade realizou as suas próprias releituras: a retomada do direito romano no século XIX está ligada à crise do jusracionalismo iluminista, e à crítica então realizada à concepção fixa e imobilista de um direito engessado na legislação codificada pelo Estado. A recusa da função juscridora do Estado conduz a uma valorização das formas tradicionais e espontâneas de organização política e jurídica, a serem encontradas especialmente na tradição nacional. Constrói-se, assim, uma concepção de ciência do direito que extrai a sua essência não mais de uma razão universal abstrata, mas da própria história, e a tradição romanística é retomada como matriz de esquemas e conceitos diretamente aplicáveis à realidade jurídica do presente. Nessa perspectiva, o que se busca não é propriamente o direito romano, mas uma ligação direta capaz de extrair do pensamento jurídico romano a essência dos institutos vigentes no direito do presente – subtraindo-se o direito romano ao seu contexto particular e inserindo-se-o na trajetória espiritual da civilização humana.

Como se percebe, a importância atribuída à romanística na edificação de nossa identidade jurídica não é o fruto natural colhido do crescimento passivo dos diversos ramos da tradição jurídica ocidental, a partir de suas comuns raízes romanas; mas resultado de um trabalho ativo de recuperação e ressignificação de uma ordem jurídica alheia e heterogênea, realizado em momentos históricos distintos, por razões históricas peculiares, e com resultados históricos específicos.

Isso significa, em outras palavras, que nossa identidade romana não foi herdada, mas *construída* historicamente.

Se a nossa identidade jurídica não é simplesmente colhida como resultado de um processo natural de desenvolvimento histórico, mas construída por um conjunto de operações intelectuais criativas, é preciso reconhecer que ela decorre de uma postura muito característica do jurista diante do seu próprio passado, e de uma relação muito peculiar com a dimensão da temporalidade: uma relação marcada pela pressuposição basilar de uma identidade ontológica fundamental entre o direito antigo e o direito contemporâneo. Somente essa identidade narcísica pode justificar o tratamento do direito antigo nos mesmos termos, e com os mesmos instrumentos metodológicos que empregamos para a compreensão do direito contemporâneo, e somente ela pode justificar a tese da hereditariedade entre o nosso direito e o direito romano.

Ocorre que ao manejar os instrumentos jurídicos do presente (aqueles da dogmática jurídica contemporânea) para a compreensão dos ordenamentos jurídicos do passado, o observador contemporâneo acaba tendo o seu olhar filtrado pelas lentes coloridas da homogeneidade, que lhe permitem ver no passado somente aqueles elementos observáveis pela concepção contemporânea de ordenamento jurídico. Qual Narciso, “sem o saber, deseja a si mesmo e se louva, cortejando, corteja-se; incendeia e arde” (OVÍDIO, 2010:102): o resultado é um “olhar treinado para a identidade” que transforma as janelas para o passado em espelhos, nos quais o jurista consegue enxergar somente o seu próprio reflexo reconfortante, a comprovar também factualmente a identidade teoricamente pressuposta entre o direito do passado e o direito do presente. E a partir daí o jurista pode se dirigir ao passado de duas formas: como quem vai às compras, ou como peregrino.

O jurista que viaja ao passado como quem vai às compras não se preocupa em compre-

ender o seu objeto de estudos, mas em adquirir coisas úteis ao presente onde ele vive. Este “intelectual-sacoleiro” não *interpreta*, mas apenas *usa* os textos jurídicos do passado, atribuindo-lhes os significados que considera interessantes para o novo contexto histórico em que eles serão inseridos. No caso do direito romano, as instituições jurídicas originais se tornam “casca vazias”, disponíveis para serem preenchidas pelos significados da cultura que as recupera e as faz circular em um novo contexto histórico e social – sempre legitimados pela premissa epistemológica da identidade.

O jurista peregrino, por sua vez, não tem a mesma intenção pragmática. Como todo devoto parte em uma jornada mais profunda e desinteressada, em busca do sentido fundamental da sua existência. Acredita fielmente poder encontrá-lo no direito romano, que conteria em si a essência do ordenamento jurídico do presente: afinal, como analisa Pietro Costa (2010, p. 71), se o passado gera o presente, e se a base atual da dinâmica social é apenas um elo de uma cadeia ininterrupta, então o conhecimento do presente não pode ser separado de um trabalho de reconstrução do passado, mas apenas pode se concretizar como conhecimento histórico. Nessa perspectiva, historicista, o direito romano não é *usado* nem *interpretado*, mas submetido a uma operação intelectual de *decifração*, por meio da qual se busca extrair de sua essência informações relevantes sobre a nossa própria identidade no presente. Com isso, não é retirado do contexto em que efetivamente existiu; mas também não é reinserido no conjunto de inter-relações contextuais que estabeleceu concretamente em um determinado momento; o que se busca no direito romano é a nossa herança ancestral, como se ele contivesse em seu interior a chave de interpretação de tudo o que o nosso direito é na atualidade – como pretende o lugar-comum de que é preciso “conhecer o passado para entender o presente e construir o futuro”.

Embora partam em direção a destinos diversos, tanto o “jurista-sacoleiro” quanto o “jurista-peregrino” alcançam o mesmo resultado: a circularização do argumento tautológico segundo o qual, por ser um dos elementos constitutivos da nossa identidade jurídica, o direito romano deve ser recuperado na composição da nossa identidade jurídica – seja pelo acréscimo de novos institutos, seja pelo desvelamento daqueles já existentes. O desfecho é sempre o mesmo: o “olhar treinado para a identidade” não é capaz de encontrar no direito romano nada além de sua própria identidade, e a confirmação reconfortante de um direito familiar e conhecido. Olha para a fonte, mas não enxerga o fundo do lago; vê apenas sua própria imagem refletida na superfície da água.

Direito Romano e Alteridade

Por que, em vão, simulacro fugaz buscas, crédulo?
O que amas não há; se te afastas, desfaz-se.
Isto que vês reflexo é sombra, tua imagem;
nada tem de si; vem contigo e se estás fica;
se partes, caso o possa, partia contigo.
Ovídio, *Metamorfoses*, Livro III (2010:103)

Mas existe também outra possibilidade: o direito romano também pode ser observado com outro olhar, livre das lentes da homogeneidade, e disposto a encarar a realidade jurídica do passado em seus próprios termos. Um “olhar treinado para a alteridade” deve estar consciente de que precisa empregar instrumentos teóricos e metodológicos um pouco mais refinados para

a compreensão desta realidade tão distante, pois as lentes da dogmática jurídica contemporânea não lhe permitirão enxergar nada além de prescrições normativas organizadas em um sistema hierárquico e sancionadas pela autoridade estatal centralizada – ou seja, o direito contemporâneo.

Em vez disso, é preciso permitir que o passado articule, com sua própria voz, o que concebe como ordenamento jurídico e que significados atribui ao direito. É claro que para isso não basta estudar os romanos como defendia Fustel de Coulanges, “como se nos fossem completamente desconhecidos, com o mesmo desinteresse e liberdade de espírito com que estudaríamos a Índia antiga ou a Arábia” (2011, p. 10). A atitude exigida do pesquisador não é de pureza e ingenuidade, mas de malícia e esperteza: *desconfiança* para suspeitar da importância que atribuem a si mesmos os juristas do passado, e para enxergar a presença oculta de um conjunto de poderes sociais que atribuem ao direito funções e papéis limitados em uma determinada sociedade; *pragmatismo* para descartar ideais metafísicos e abstrações normativas, e para enxergar o enraizamento profundo da ordem jurídica nas disputas semânticas interessadas e nos conflitos políticos concretos da realidade social; e *cinismo* para desprezar racionalidades trans-históricas evolutivas, e para enxergar o abismo intransponível que separa o presente do passado. Como resume Antônio Hespanha (2005:27), precisamos desenvolver uma consciência metodológica crítica que nos habilite a perceber os poderes periféricos ao direito, enxergá-lo como produto social e recusar explicações teleológicas.

O jurista que adote essas cautelas será capaz de perceber que vê apenas “reflexo, sombra, sua imagem” (OVÍDIO, 2010:103), e estará capacitado a se dirigir ao passado de outra forma, sem nenhum objetivo que condicione o trajeto da sua viagem – nem fazer compras, nem conhecer a si mesmo. Afinal, para este viajante desconfiado não existe uma linha segura e reta que liga o passado e o presente, nem a procura ansiosa por bens que não encontro em minha pátria, nem a busca insegura pela contínua confirmação do que é conhecido e familiar; para ele, como explica Pietro Costa (2010:76), o passado se apresenta como uma realidade complicada e confusa, emaranhado de segmentos que se cruzam, perdem-se, recomeçam, interrompem-se – o passado é um labirinto a ser explorado:

O passado é uma realidade complicada e confusa: não se pode reconstruí-la na sua totalidade; ela é narrada somente por conjecturas e aproximações; não parece revelar uma direção unívoca e segura; não mostra o sinal de uma linha ou de várias linhas contínuas e claras; apresenta-se muito mais como um emaranhado de segmentos que se cruzam, perdem-se, recomeçam, interrompem-se; não é nem uma linha nem um círculo, mas sim um labirinto. E no labirinto todos os pontos são iguais. Não existe o primado do próximo sobre o distante ou vice-versa. Os ordálios têm a mesma importância do Código Zanardelli. Os babilônios de Hamurabi não são menos interessantes que os franceses de Napoleão. Para este viajante, para quem conta o movimento e a distância, o próximo e o distante se equivalem. Cada ponto no arco temporal tem a mesma relevância de qualquer outro: essencial é o outro tempo. O sentido não está na ligação (por continuidade ou analogia) com o presente, mas sim, na experiência de estranhamento. Claro, nada impede de constatar de vez em quando aproximações ou semelhanças com o nosso mundo: é de qualquer modo sempre a ele que pertencemos. O sentido da viagem é, porém, não mais a pesquisa do familiar, mas sim o confronto com o diferente (COSTA, 2010:77).

No interior deste labirinto, a única atitude razoável é abandonar as resistências intelectuais e aceitar se perder: caminhar ao léu, sem direção, dedicando com paciência todo o tempo

necessário à inspeção de cada passagem, com a atenção flexível e a indiscrição de uma criança bisbilhoteira, que se deixa levar pelas distrações como um caçador de borboletas; tudo isso somente pelo prazer de descobrir, por trás de uma porta entreaberta, um novo detalhe interessante, uma forma antes desconhecida, um novo mundo jurídico a ser explorado. Com essa atitude, o “jurista-mochileiro” pode viajar ao direito romano sem qualquer interesse prático, além da própria descoberta de uma nova realidade jurídica.

Somente com este “olhar treinado para alteridade” ele será capaz de perceber que as soluções jurídicas criadas pelo direito romano são absolutamente inaplicáveis a uma realidade distinta da que as criou, e que o direito romano não é capaz de desvelar a essência de seu próprio direito – pois por trás das coisas não existe segredo essencial, exceto pelo mistério de que não têm essência, de que suas origens são baixas e absurdas, e de que as suas verdades e identidades são sempre construídas no acaso do acontecimento histórico. Para o “jurista-mochileiro” o sentido da viagem no tempo não decorre dos bens que podem ser trazidos ao presente em seu retorno, mas da experiência de estranhamento propiciada pela própria viagem, ainda enquanto ela é realizada.

Observar o direito romano dessa forma nos permitirá ver a alteridade mesmo onde até então só enxergávamos os alicerces fundamentais de nossa identidade. Sem as viseiras da dogmática jurídica seremos capazes de dirigir o olhar para além de nosso reflexo e observar, no fundo da água, o lodo histórico-social de onde se originaram os conceitos jurídicos que herdamos; e na sua superfície, o espelho das múltiplas faces de cada uma das culturas que se dispôs a enxergar nesses conceitos o seu próprio reflexo.

Dois exemplos podem demonstrar como este “olhar treinado para alteridade” transforma radicalmente o modo como percebemos as culturas jurídicas de nosso passado.

(a) As Fontes do Direito Romano

O primeiro exemplo pode ser observado no modo como o sistema de classificação das fontes do direito romano foi recuperado para a organização do nosso próprio sistema de fontes jurídicas. Buscando substituir o regime medieval de produção tradicional e sapiencial do direito por um regime moderno que permitisse a qualquer momento a ruptura revolucionária com o direito do passado, viabilizando a manifestação contemporânea da vontade geral como regra de governo e prescrição de conduta (o que para o pensamento liberal consubstancia a condição *sine qua non* da liberdade democrática), os juristas modernos foram buscar no direito romano os “instrumentos úteis” para a organização genética desse novo sistema normativo.

Para isso, partem da classificação idealizada por Gaio (2010:77), que considera fontes do direito as leis, plebiscitos, senatusconsultos, constituições imperiais, editos dos magistrados e respostas dos jurisconsultos. Descartadas as alternativas representadas pela periodização histórica de Pompônio (D.1.2.2) e pelas definições de Juliano (D.1.3.32), Ulpiano (D.1.3.33) e Hermogeniano (D.1.3.35) sobre os costumes, o direito consuetudinário pode ser solenemente ignorado e remetido a modelos arcaicos de organização da vida jurídica (como em “todos os povos primitivos”, afirma MOREIRA ALVES, 2012:11), e as normas abstratas sancionadas por um poder centralizado passam a ser identificadas como o arquétipo da organização de prescrições jurídicas em qualquer sociedade complexa e civilizada – e também entre nós formalizadas em plebiscitos, leis, constituições.

Ocorre que essa é uma utilidade inventada, pois o significado atribuído pelos romanos à

metáfora das “fontes do direito” é radicalmente distinto do modo como a nossa própria sociedade a emprega e compreende. Afinal, a concepção contemporânea funda as suas raízes dogmáticas na pressuposição de uma estrutura centralizada de poder político, dotada de autoridade exclusiva para inovar a ordem jurídica vigente; tal pressuposição encontra o seu campo semântico no contexto de formação da estrutura estatal e do absolutismo jurídico que lhe sucede, reconhecível no Ocidente a partir dos séculos XVII e XVIII, mas inexistente na sociedade romana antiga.

Como demonstram Cerami e Purpura (2007:203), na antiguidade a metáfora da fonte se relaciona com o tema do bom pastor, fundando-se nas concepções de soberania construídas orientais que atribuem ao legislador a função de mediador entre o homem e a divindade. A relação pastoral que marca o modelo antigo de soberania se estabelece essencialmente como relação entre Deus e os homens, somente intermediada pelo governante. O soberano legislador não se apresenta como governante laico, mas sempre como intermediário, responsável por transmitir a lei recebida diretamente da divindade ao seu rebanho. Entre os romanos a conhecida relação mitológica entre o Rei Numa (responsável por dar leis aos romanos) e a ninfa Egéria demonstra como o direito dado pelo governante não decorre de sua vontade soberana, mas de uma revelação quase religiosa das regras imutáveis que vivificam a comunidade política.

Mesmo mais tarde, no século III, quando o pensamento jurídico romano passa a considerar possível a identificação dos locais de onde surge a prescrição jurídica, a metáfora da fonte continua mantendo o seu significado antigo de espaço de passagem, abertura percorrida pela água originada alhures, para ser distribuída à cidade de modo a vivificar a ordem social. Se na transição do Principado para o Dominato um dos últimos grandes juristas de Roma pode afirmar que “o que agrada ao príncipe tem força de lei” (Ulpiano, em D.1.4.1), é importante compreender que isso não significa que o príncipe possa criar direito com base em sua vontade arbitrária, mas apenas que a comunidade política reconhece a sua capacidade superior de identificar as normas decorrentes da ordem natural, impondo-as para o bem da comunidade.

Como se vê, uma noção radicalmente alheia às modernas concepções que reconhecem a possibilidade de “criação” do direito por um ato de autoridade dotado de legitimidade, e que jamais poderia, a não ser pela criação artificial de uma identidade pressuposta, ser empregado para a resolução dos problemas relacionados à criação do direito no presente.

(b) O Conceito Romano de Direito

Poucos elementos são tão importantes para a construção de nossa identidade jurídica quanto o conceito romano de direito, extraído de Ulpiano através do livro primeiro do Digesto, aqui citado na tradução de Hécio Madeira (2012:19):

D.1.1.1pr. [Ulpiano] É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome “direito” (*ius*). Vem, pois de “justiça” (*iustitia*) chamado. De fato, como Celso elegantemente define, direito é a arte do bom e do justo.

D.1.1.1.1. Com base neste direito Celso nos denomina sacerdotes: pois cultuamos a justiça e professamos o conhecimento do bom e do justo, separando o justo do iníquo, distinguindo o lícito do ilícito, desejando que os homens bons se façam não só pelo medo das penas mas também pela motivação dos prêmios, aspirando não à simulada filosofia, se não me engano, mas à verdadeira.

A noção de que o direito é “a arte do bom e do justo” é uma constante nos manuais de teoria

do direito, e está sempre presente no inconsciente do jurista, secretamente orgulhoso do título de “sacerdote da justiça”. Com base nela se afirma não só o vínculo imperativo e insuperável entre direito e justiça, mas também o caráter artesanal do labor jurídico, intimamente vinculado à destreza, ao trabalho e à dedicação pessoal dos seus cultores. De uma forma ou de outra são noções que sempre aparecem nas reflexões sobre o que constitui a nossa essência enquanto juristas, e o exemplo romano é usualmente recuperado em ligação direta para a construção de uma identidade trans-histórica da profissão jurídica. Recordemos, apenas a título de exemplo, os quatro primeiros “Mandamentos do Advogado” de Eduardo Couture, citados à exaustão pelos bacharéis humanistas das nossas faculdades de direito:

- 1) ESTUDA - O Direito se transforma constantemente. Se não seguires seus passos, serás a cada dia um pouco menos advogado.
- 2) PENSA - O Direito se aprende estudando, mas se exerce pensando.
- 3) TRABALHA - A advocacia é uma árdua fadiga posta a serviço da justiça.
- 4) LUTA - Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.

No entanto, os romanos possuíam uma visão muito peculiar do fenômeno jurídico. Mesmo que deixemos de lado as concepções do direito arcaico como ritual vinculante semirreligioso para nos concentrarmos somente na definição clássica recuperada pelo Digesto, iremos perceber que vários estratos históricos contribuíram com significados distintos para a construção final deste conceito, que sequer para os romanos pode ser considerado um elemento de identidade imutável.

Como demonstra Schiavone (2005:285), a definição do Digesto é construída originalmente por Celso em II d.C., período de cristalização do pensamento jurídico romano graças à sistematização do *ius civile* e do *ius honorarium* pela tradição jurisprudencial, em aliança com o príncipe. Nesse contexto, a recuperação do *bonum et aequum* da antiga tradição pretoriana (século II a.C.) funciona como convite ao redescobrimento de uma atitude: aquela de buscar regras flexíveis, medidas sobre o caso concreto, mutáveis no curso do tempo, adaptadas a restabelecer os equilíbrios rompidos pelas circunstâncias: uma capacidade romana formatada longe de qualquer concepção jusnaturalista, o que já demonstra o falseamento ressignificador realizado pela tradução que optou pela palavra “justo” como equivalente a “équo”.

A mesma definição, ao ser citada por Ulpiano em III d.C., já tem outra função discursiva: transmitir a mensagem de que não pode existir direito (*ius*) sem justiça (*iustitia*). A ligação impedia que o *ius* se justificasse somente no interior do isolamento formal de seus próprios procedimentos constitutivos (jurisprudenciais ou legislativos), exigindo uma valorização ética externa ao próprio poder do príncipe.

Por fim, ao ser retomada no Digesto (VI d.C.) a frase se afirma como teoria de fundo teológico: a referência à *iustitia* e ao *aequum* confere uma moldura mística e transcendental ao saber jurídico, compatível com a sensibilidade do tempo e com a justificação teológica do poder imperial, atribuindo à legislação do imperador um fundamento metafísico de legitimidade.

Em qualquer dos momentos que contribuíram para a sua construção, portanto, trata-se de uma definição muito distante da “luta pela justiça” mencionada por Couture e que se encontra na base da identidade jurídica moderna; e muito frágil para poder ser considerada um dos alicerces do modo como se concebem, modernamente, o direito e a profissão jurídica. Mas somente um “olhar treinado para a alteridade” será capaz de enxergar essa diferença.

Conclusão

Uma vez mais se vê na água e com voz extrema,
diz: “Ai, rapaz amado em vão” e o sítio em torno
tudo repete; e diz “Adeus”, “Adeus” diz Eco.
Cansado, a cabeça tombou na verde relva,
fechou-lhe a morte os olhos loucos pelo dono.
Mesmo depois de entrar na morada infernal,
ele se olha no Estige. As suas irmãs Náíades
choraram, ofertando-lhe os cachos cortados;
as Dríades choraram; Eco ressoou,
e preparavam já a pira e as tochas fúnebres;
corpo nenhum havia. No lugar acharam
uma flor, cróceo broto entre pétalas brancas.
Ovídio, *Metamorfoses*, Livro III (2010:105)

Percebe-se, então, como a construção de nossa “identidade romana” é resultado de uma postura intelectual peculiar, que ao se debruçar sobre o passado com os olhos do presente acaba projetando sobre ele uma identidade falsa, conducente à falsa percepção do presente como herdeiro passivo da tradição jurídica dos romanos. Para evitar este resultado é preciso superar a ingenuidade metodológica que acredita na possibilidade de se compreender culturas jurídicas alheias com os instrumentos teóricos e metodológicos construídos pela nossa própria cultura (essencialmente aqueles da dogmática jurídica contemporânea), e dispor-se a ouvir com abertura e honestidade tudo aquilo que o passado tem a dizer acerca de si mesmo.

Um olhar ingenuamente embevecido pela beleza de sua própria identidade jamais será capaz de enxergar, na profundidade das fontes históricas do nosso direito, a alteridade de uma ordem jurídica radicalmente heterogênea, com a qual seria capaz de estabelecer um diálogo rico e profícuo, complexificador da sua própria identidade. Estará sempre limitado a ver, refletida na superfície dessas mesmas fontes, a imagem de sua própria identidade. Poderá se apaixonar por ela; poderá até morrer por ela; mas jamais será capaz de extrair dela nada além do eco reconfortante, e justamente por isso, também empobrecedor, de sua própria voz clamando, como Narciso: “Ai, rapaz amado em vão” (OVÍDIO, 2010:105).



Eco e Narciso, John William Waterhouse (1903). Óleo sobre tela, 109,2 x 189,2 cm. Walker Art Gallery, Liverpool

Referências Bibliográficas

- ALVES, José Carlos Moreira (2012). *Direito Romano*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- BOURDIEU, Pierre (2004). *O Poder Simbólico* (trad.: Fernando Tomaz). 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRETONE, Mario (1998). *História do Direito Romano* (trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja). Lisboa: Editorial Estampa.
- CERAMI, Pietro; PURPURA, Gianfranco (2007). *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- COSTA, Pietro (2010). Para que serve a História do Direito? Um Humilde Elogio da Inutilidade, in: *Soberania, Representação, Democracia – ensaios de história do pensamento jurídico* (trad.: Ricardo Marcelo Fonseca). Curitiba: Juruá, p. 63-80.
- CICERO, Marco Túlio (1853). On the Laws, in: *The Treatises of M. T. Cicero* (trad. C. D. Yonge). London: R. Clay, Printer.
- CRETELLA JÚNIOR, José (2009). *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- FOUCAULT, Michel (2004). *Sécurité, Territoire, Population*. Paris: Gallimard-Seuil.
- GAIO (2010). *Instituições – direito privado romano* (trad.: J. A. Segurado Campos). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- GUANDALINI JUNIOR, Walter (2015). Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do direito romano. *Sequência (Florianópolis)*, n. 70, p. 163-187, jun. 2015.
- GUANDALINI JUNIOR, Walter (2021). *História do Direito Romano*. Curitiba: Intersaberes.
- GUARINO, Antonio (1948). *Storia del Diritto Romano*. Milano: Dott. A. Giuffrè.
- HESPANHA, António Manuel (2005). *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- LÍVIO, Tito (2013). *La Historia de Roma* (trad. Antonio Diego Duarte Sanchez). Murcia. Disponível em 06 de outubro de 2015 no sítio eletrônico <<https://sites.google.com/site/adduartes/tito-livio>>.
- MADEIRA, Hécio Maciel França (org.) (2012). *Digesto de Justiniano, liber primus – introdução ao direito romano* (trad.: Hécio Maciel França Madeira). 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MOUSORAKIS, George (2007). *A Legal History of Rome*. New York: Routledge.

- OVÍDIO (2010). *Metamorfoses* (trad.: Raimundo Nonato Barbosa de Carvalho). Trabalho de conclusão de pós-doutoramento. São Paulo: USP.
- PLUTARCO, Mestrio (1821). *Vida de Numa Pompilio* (trad. Antonio Ranz Romanillos). Disponível no sítio eletrônico <https://es.wikisource.org/wiki/Vidas_paralelas> em 06 de outubro de 2015.
- ROBINSON, Olivia F. (1997). *The Sources of Roman Law: problems and methods for ancient historians*. New York: Routledge.
- SAVIGNY, Friederich Carl (1878). *Sistema del Derecho Romano Actual* (trad.: Jacinto Mesía y Manuel Poley). Madrid: F. Góngora y Compañía Editores.
- SCHIAVONE, Aldo (2005). *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi Editore.
- STOLLEIS, Michael (2009). *La Historia del Derecho como obra de arte* (trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Granada: Comares.
- VACCA, Letizia (1989). *La Giurisprudenza nel Sistema delle Fonti di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli.

Recebimento: 18/09/2023

provação: 04/11/2024