FELIPE EPPRECHT DOUVERNY

AGERE, CAVERE, RESPONDERE: A ATIVIDADE
CONSULTIVA DOS JURISTAS ROMANOS COMO FONTE
DO DIREITO.

Dissertação de Mestrado
apresentada ao Departamento de
Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de São
Paulo, como requisito parcial para a
obtenção de grau de Mestre, sob a
orientação do Prof. Dr. Hécio
Maciel França Madeira.

Faculdade de Direito da USP
São Paulo, 2013

Soli Deo Gloria

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, fonte de toda Graça, Benção e Sabedoria. Sem o seu sopro de vida este trabalho não faria o menor sentido.

A meus pais, Cristina e Fernando, pelo dom da vida insuflado e o amor sempre dedicado.

A minha amada Ivana, esposa maravilhosa e companheira de todas as horas, que soube me acalmar nos momentos de ansiedade e me incentivar para que esta Dissertação chegasse ao fim. Sua presença torna tudo mais leve.

A minha família, por me inculcir desde cedo o gosto pela cultura.

A todos que nestes últimos três anos tiveram a paciência de me ouvir falar sobre o trabalho a todo momento.

Ao Helmut Steinwascher, pela amizade e ajuda com artigos, indicações e puxões de orelha.

Ao meu caro orientador, Prof. Dr. Hércio Madeira, pela oportunidade de realizar um sonho cultivado desde os bancos acadêmicos.

A sua esposa, Prof^a Eliane Madeira, minha orientadora dos tempos de graduação, lembrada sempre com carinho pelas preciosas lições.

Dedico, por fim, ao pequeno Dudu, que está por vir.

ABREVIATURAS*

BIDR = *Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"* (Roma)
DS = *Daremberg. Ch., Saglio E. (org.), Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* (Paris)
JRS = *The Journal of Roman Studies* (London)
Labeo = *Labeo. Rassegna di diritto romano* (Napoli)
NNDI = *Novissimo Digesto Italiano* (Torino)
RHD = *Revue Historique de Droit Français et Étranger* (Paris)
RIDA = *Revue Internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles)
SDHI – *Studia et documenta historiae et iuris* (Roma)
TR = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit. The legal history review* (Leiden)
SZ = *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* (Weimar)

* Para o Livro I do Digesto, utilizou-se a tradução de H.M.F. MADEIRA, *Digesto de Justiniano – Liber Primus: Introdução ao Direito Romano*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2009; para as Institutas de Gaio e Justiniano, a tradução de A.CORRÊA - G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano: Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, vol.2, São Paulo, Saraiva, 1951. Para Tito Lívio, a tradução de P. MATOS PEIXOTO, *História de Roma: ab urbe condita libri*, 5 vols., São Paulo, Paumape, 1995. Com relação ao *De oratore* de Cícero, adotamos, na maior parte dos casos, a tradução de A. SCATOLIN, *A invenção no Do orador de Cícero: Um estudo à luz de Ad familiares I,9,23*, Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, na qual o autor trouxe como contribuição, além do tema de seu trabalho, a tradução completa para o Português da referida obra de Cícero. Quando não for utilizada tal tradução, haverá indicação expressa. As demais traduções são de nossa lavra e, nos casos específicos em que não o forem, haverá também menção expressa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1. O NASCIMENTO DO <i>RESPONDERE</i> ENTRE PONTÍFICES E PATRONOS	7
1.1. <i>A concentração do saber jurídico no colégio pontifical</i>	7
1.2. <i>Consultas em matéria religiosa</i>	20
1.3. <i>Atuação no direito privado</i>	34
1.4. <i>Monopólio pontifical ou patrício? Patronato e consultoria jurídica</i>	40
2. A ABERTURA RELATIVA DO SABER JURÍDICO	52
3. A ATIVIDADE CONSULTIVA DOS JURISTAS REPUBLICANOS	72
3.1. <i>Uma ocupação aristocrática</i>	72
3.2. <i>Jurisprudência e sucesso eleitoral</i>	86
3.3. <i>A dinâmica das consultas</i>	104
3.3.1. <i>As três atividades</i>	104
3.3.1.1. <i>Respondere</i>	105
3.3.1.2. <i>Cavere</i>	110
3.3.1.3. <i>Agere</i>	115
3.3.2. <i>O fórum, a casa e o ensino em meio às consultas.</i>	119
3.3.3. <i>A consultatio e o responsum</i>	122
3.3.4. <i>Atividade consultiva e literatura jurídica</i>	128
3.4. <i>A ética do responder</i>	129
3.4.1. <i>Publicidade e gratuidade</i>	131
3.4.2. <i>Inércia</i>	131
3.4.3. <i>Disponibilidade</i>	132
3.4.4. <i>Praticidade</i>	136
3.4.5. <i>Imparcialidade</i>	140
4. A ATIVIDADE CONSULTIVA DURANTE O PRINCIPADO	148
4.1. <i>Uma ciência de especialistas e sua relação com o governo imperial</i>	148
4.2. <i>A dinâmica das consultas</i>	155
4.2.1. <i>O declínio do cavere e agere</i>	156
4.2.2. <i>Respondere</i>	160
4.3. <i>Ius publice respondendi</i>	165
4.3.1. <i>As fontes e sua crítica</i>	165
4.3.2. <i>O conteúdo da medida e seus beneficiários</i>	172
4.3.3. <i>O propósito de Augusto</i>	194
4.3.4. <i>O destino do instituto</i>	199
4.4. <i>Os rescritos e a assunção da atividade consultiva pelo princeps</i>	207
5. A CRIAÇÃO DO DIREITO NA ATIVIDADE CONSULTIVA DOS JURISTAS	210
5.1. <i>Exemplos</i>	210

5.2.	<i>A eficácia do parecer no caso concreto</i>	217
5.2.1.	Jurisprudência pontifical	218
5.2.2.	Jurisprudência “leiga”	219
5.2.3.	Jurisprudência clássica	231
5.3.	<i>A transformação em ius receptum</i>	239
CONCLUSÃO		249
RESUMO		254
RÉSUMÉ		255
BIBLIOGRAFIA		256
ÍNDICE DE AUTORES		265
ÍNDICE DE FONTES		268

INTRODUÇÃO

Pompônio, ao justificar o porquê de sua exposição da *successio auctorum*, diz que o direito não pode existir se não houver juristas pelos quais possa ser cotidianamente melhorado.¹ Assim fala um jurista do século II d.C., quase ao cabo de uma experiência na qual os juristas desempenharam um papel de protagonistas na formação do direito.

Ao longo da história romana, esse protagonismo foi exercido de diversas maneiras. Numa primeira fase, era em sua atividade consultiva que os juristas, primeiro pontífices e depois leigos, expunham, declaravam o *ius*. Durante a república, prestam também seu auxílio às partes e aos pretores na construção do processo formular e, conseqüentemente, do *ius honorarium*. Já no final de república, e ainda mais no principado, pode-se ver os juristas se engajando com mais frequência em atividades diferentes, como o ensino e a redação de obras, nas quais sua *interpretatio* se explicitará e pelas quais ela continuará sendo elemento importante na formação do direito. Durante o império também, trarão sua contribuição como partícipes do conselho imperial e, posteriormente, como altos funcionários da burocracia que se estabelece, além de continuarem escrevendo e ensinando.

Nesta Dissertação de Mestrado, potou-se por analisar a contribuição dos juristas a partir do fio condutor fornecido por uma das atividades mencionadas no parágrafo acima: a *atividade consultiva*, termo que engloba as três tarefas dos juristas referidas por Cícero numa passagem do *De oratore*:

Sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset.

Mas se me fosse perguntado quem pode ser verdadeiramente chamado de jurisconsulto, diria sê-lo aquele que fosse versado nas leis e costumes de que os particulares se valessem na cidade, e também na prática de responder às consultas e auxiliar nos processos e na

¹ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,13: *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

celebração de negócios jurídicos.²

O jurisconsulto, segundo a enunciação de Cícero, era em primeiro lugar um conhecedor das leis e costumes dos romanos, objetos de sua reflexão e interpretação e a partir dos quais exerceria as três funções indicadas: responder a questões postas por particulares ou magistrados acerca de um problema prático suscetível de solução jurídica, normalmente a ser resolvido em juízo (*respondere*); auxiliar na prática de um ato jurídico para que este tenha os efeitos desejados pelas partes (*cavere*); indicar os meios processuais adequados a cada caso (*agere*).

Ainda que o termo *atividade consultiva* indique normalmente apenas os pareceres sobre atos ainda por praticar ou problemas já surgidos (*cavere* e *respondere*), não há problema em estender seu significado para abranger também o *agere* dos juristas romanos, tendo em vista que a indicação do meio processual adequado e a correspondente fórmula também são a resposta a uma *consulta* feita ao jurista.

Também não há problemas em utilizar as três tarefas (mencionadas por Cícero para se referir aos juristas de seu tempo) como fio condutor na análise no que se refere aos outros períodos históricos da jurisprudência. Embora haja autores que entendam ser o *agere* propriamente dito um tipo de atuação específico dos juristas leigos,³ é certo que uma das prerrogativas dos pontífices era a guarda e revelação das fórmulas das ações da lei, atividade que pode ser genericamente referida com tal expressão.⁴ E quanto à jurisprudência clássica, época em que *agere* e *cavere* entram em declínio, a utilização dos termos é adequada justamente para indicar a mudança ocorrida.

Assim, o objetivo do trabalho é analisar como os juristas desempenharam essas três funções ao longo da história romana e como, ao fazê-lo, contribuíram, direta ou indiretamente, para a produção do direito.

No capítulo 1, mostra-se como o saber jurídico e a consultoria relativa ficou a cargo dos pontífices e são trazidos diversos exemplos dessa atuação, tanto em matéria religiosa, como em sede de direito privado. Após um questionamento sobre a existência de um

² Cic. de orat. 1,48,212. Tradução livre do autor.

³ C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 40.

⁴ A. GUARINO, *L'Esegesi delle fonti del Diritto Romano, Tomo Primo*, Napoli, Jovene, 1982, p. 108. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1968, p. 42, por sua vez, chama de “*cavere* processual” o *agere* dos pontífices.

efetivo monopólio pontifical no item 1.4, segue-se o percurso históricos que desemboca na ampliação do círculo de juristas para fora do pontificado e do patriciado.

No capítulo 3, trata-se dos aspectos mais gerais da atuação dos juristas, como sua integração na concepção unitária do saber citadino e a relação com o sucesso eleitoral, passando-se então a uma análise mais específica da forma com que atuavam. Nesse capítulo, com base principalmente nos textos ciceronianos, tentou-se traçar uma espécie de ética profissional da atividade consultiva.

O Capítulo 4 segue basicamente a mesma linha do anterior, mas traz também a exposição do *ius publice respondendi*, instituto com o qual o poder imperial buscou interferir na prática dos juristas e que, por ser testemunhado, com clareza, apenas em uma fonte romana, suscita as mais diversas conjecturas e teorias, todas discutidas no item 4.3.

Após mostrar, no item 4.4., como o imperador assume para si a tarefa de responder às consultas jurídicas e o *respondere* independente chega a seu termo histórico, passa-se, no capítulo 5, à exposição de como a atividade consultiva dos juristas contribuiu para a criação do direito em Roma, trazendo alguns exemplos mais significativos.

Por fim, é analisado o processo pelo qual as opiniões jurisprudenciais se tornam direito posto: depois de acolhidas num caso concreto, devem também ser aceitas pela comunidade para que se tornem *ius receptum* e, nessa qualidade, guiem o comportamento dos particulares e dos responsáveis pela aplicação do direito. Daí a subdivisão nos itens 5.2 e 5.3.

Um dos objetivos que animou este trabalho desde sua concepção foi contribuir de alguma forma para a reflexão teórica sobre o problema da interpretação, mais especificamente sobre a fixação de critérios mínimos de objetividade e racionalidade que possam limitar a discricionariedade das decisões judiciais e realizar, na medida do possível, segurança jurídica.

A pergunta que se pode fazer, e que se tentará responder de alguma forma na conclusão do trabalho, é: Qual o papel dos juristas na realização desse objetivo? Podem eles, efetivamente, influenciar a prática jurídica? No caso de Roma, a resposta para a segunda pergunta parece afirmativa. Cabe então investigar os modos pelos quais os juristas foram capazes de fazê-lo e, a partir disso, refletir sobre as condições para que os juristas de hoje o façam.

1. O NASCIMENTO DO *RESPONDERE* ENTRE PONTÍFICES E PATRONOS

“Conserva, pois, a república, o fato do povo sempre necessitar do conselho e da autoridade da aristocracia.” Assim se expressa Cícero ao falar da religião romana no *De legibus*,⁵ mas esse princípio, segundo o qual se deve sempre recorrer ao conselho dos homens mais elevados, não se limita a ela, sendo praticado e vivido nos mais diversos âmbitos da sociedade romana. Essa necessidade de conselhos está na base de várias instituições romanas, como o *consilium* dos magistrados, ou mesmo aquele familiar sem o qual o *paterfamilias* não pode tomar decisões drásticas como a condenação de um filho à morte; está na base da atuação do Senado, formado pelos homens mais ilustres da comunidade, que nessa qualidade respondem às consultas de magistrados sobre os assuntos de interesse da república.

Uma constante atividade consultiva era também exercida pelos sacerdotes e pelos patronos, homens que faziam parte do estrato mais elevado da sociedade romana arcaica e em cuja atuação nasce e se desenvolve o mais antigo saber jurídico romano. E, de fato, a prática de dar consultas, conselhos, será, desde o início, uma marca registrada da jurisprudência romana, que nasce não como atividade teórica, mas sim como atuação prática na busca por soluções para os casos concretos e auxílio aos particulares na realização de negócios jurídicos ou na tutela de seus direitos.

1.1. A concentração do saber jurídico no colégio pontifical

Esse tipo de atividade encontra sua origem, no caso da jurisprudência, na atuação dos primeiros juristas romanos, que, segundo Pompônio, foram os pontífices, sacerdotes mais importantes da comunidade desde os tempos da realeza.⁶ O domínio da jurisprudência

⁵ Cic. leg. 2,12,30: *Continet enim rem publicam, consilio et auctoritate optimatum semper populum indigere.*

⁶ Conforme a descrição de Dion. Hal. ant. 2,73,1: Τελευταῖος δ' ἦν τῆς Νόμα διατάξεως μερισμὸς ὑπὲρ τῶν ἱερῶν, ὧν ἔλαχον οἱ τὴν μεγίστην παρὰ Ῥωμαίοις ἱερατείαν καὶ ἐξουσίαν ἔχοντες. “A última divisão nos decretos de Numa diz respeito às tarefas sagradas atribuídas aos sacerdotes que consideramos como os mais importantes e poderosos de Roma.” Baseado na tradução francesa de Philippe Remacle, disponível em <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/denys/livre2-8.htm>.

pelos pontífices é mencionado pelo jurista do século II d.C. em sua narrativa sobre a origem do direito. Após discorrer sobre como a cidade vivia sem lei certa e como as XII Tábuas foram promulgadas para fazer frente a esse problema, o autor afirma que tanto a *interpretandi scientia* e quanto as *legis actiones* estavam nas mãos dos pontífices, situação que teria perdurado por cerca de cem anos após a publicação da lei decenviral:

His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.

Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.

Uma vez proferidas estas leis, começou a disputa do foro ser necessária (como naturalmente costuma ocorrer, de modo que a interpretação exigisse a autoridade dos prudentes). Esta disputa e este direito que veio composto não por escrito pelos prudentes não é designado como alguma parte especial como as outras partes do direito são designadas por nomes próprios, dadas às outras partes seus devidos nomes, mas é chamado pelo nome comum de *ius civile*.

Depois, aproximadamente no mesmo tempo, foram criadas ações destas leis, por meio das quais os homens litigassem entre si. Para que o povo não instituísse estas ações conforme quisesse, determinou-se que elas fossem fixas e solenes. E esta parte do direito se chama “ações da lei”, isto é, ações legítimas. E assim quase ao mesmo tempo nasceram estes três direitos: o direito da Lei das Doze Tábuas, das quais o *ius civile* começou a fluir e, destas mesmas, foram compostas as ações da lei. De todas estas, porém, tanto a ciência da interpretação como as ações pertenciam ao colégio dos

pontífices, por meio dos quais se constituía aquele que a cada ano dirigiria os quefazeres privados. E o povo aproximadamente por cem anos usou deste costume.⁷

Além de Pompônio, encontramos referências a um controle dos pontífices sobre o direito civil em duas narrativas sobre Gneu Flávio. Segundo Tito Lívio, até a divulgação levada a cabo por tal personagem o *ius civile* permanecia guardado secretamente pelos pontífices (*repositum in penetralibus pontificum*)⁸ e, conforme Valério Máximo, esteve por muito tempo escondido em meio aos rituais sagrados e conhecido apenas pelos pontífices (*per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum*).⁹

Embora Pompônio situe o início da jurisprudência apenas em época posterior às XII Tábuas, não há dúvida de que já antes ela existia, pois o próprio texto decenviral denota uma técnica, uma linguagem e terminologia avançadas. Eventual influência grega não basta para explicar esse fenômeno e se pode vislumbrar um trabalho jurisprudencial de grande alcance e tecnicismo, que remonta à época monárquica.¹⁰

A explicação para os pontífices terem assumido o papel de primeiros juristas romanos deve ser buscada em alguns fatores, dentre os quais o tipo de mentalidade mágico-religiosa vigente nos primórdios da cidade de Roma, a ligação entre essa mentalidade e o campo jurídico, além das funções atribuídas ao colégio dos pontífices, que o aproximavam da esfera do direito privado (ao longo da história do direito romano, o âmbito de atuação por excelência dos juristas).

Segundo M. HUMBERT,¹¹ a religião romana não implica numa adesão de coração nem exprime emoções pessoais. O ato de devoção não é prova de amor ou submissão aos deuses. Estranhamente desprovida de conotações morais, a prática religiosa não busca delimitar o bem e o mal, mas apenas ajuda a definir o lícito e o ilícito, as condições de

⁷ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,5-6.

⁸ Liv. 9,46,5.

⁹ Val. Max. 2,5,2.

¹⁰ Cf. C. A. CANNATA, *Historia* cit. (nota 3 supra), p. 28. Além disso, como se verá mais adiante, as XII Tábuas representam mesmo um golpe contra a hegemonia dos pontífices em matéria de direito, daí porque não faria muito sentido que esse domínio começasse justamente com uma lei criada para coibi-lo.

¹¹ *Droit et religion dans la Rome antique*, in *Archives de Philosophie du Droit* 39 (1993), p. 38.

validade de um ato, a eficácia de um sacrifício (cuja finalidade é reforçar a atividade humana). Os deuses, por sua vez, não são juízes da bondade ou maldade humana. Eles mesmos não são seres personificados, dotados de vontade ou capazes de amar e punir. Ainda quando apresentados sob vestes emprestadas aos gregos, os deuses romanos são forças, poderes (*numina*) que é preciso dominar e apaziguar, e cujo apoio se deve obter.

O mundo é visto como um conjunto de relações de força em equilíbrio. Toda ação humana tende a afetar tal equilíbrio, que é determinado por essas forças. Daí porque antes (e às vezes depois) de cada ação humana é preciso obter a autorização, a chancela, a concordância dos deuses, para que a *pax* seja mantida. A religião consiste então em manter um bom relacionamento com os deuses, para que eles estejam do lado dos homens (romanos), garantindo a sobrevivência da cidade e o sucesso de suas empreitadas. Trata-se de uma relação quase comercial, utilitarista, baseada na lógica da contraprestação (*do ut des*), e cuja efetividade depende do formalismo (eficácia do rito e da palavra).¹²

Os contatos com os deuses, ou seja, o culto pelo qual os homens oferecem aos deuses o que lhes é devido, a fim de manter a *pax deorum*, são feitos numa linguagem codificada, ritual, formalista, que prevalece sobre a intenção. Prova dessa prevalência é que, quando os deuses manifestam sua insatisfação (deixando de ajudar o poder romano, permitindo uma catástrofe ou dando causa a calamidades) o problema é sempre ritual e não moral. Para resolvê-lo, basta seguir corretamente o rito, única linguagem entendida pelos deuses.¹³

E essa linguagem, essas palavras e gestos determinados, conforme a mentalidade de tipo mágico que então pervade a sociedade romana, são dotados de poder intrínseco, de eficácia, são aptos a constranger os *numina*, as potências divinas, a agir em favor do homem.

¹² Cf. M. HUMBERT, *Droit et religion* cit. (nota 11 supra), pp. 38-39, e pp. 44 e ss., nas quais o autor afirma que a religião romana tinha em mira principalmente o bem e a utilidade comuns, os quais seriam ameaçados pelo mau relacionamento com os deuses. Esses mesmos aspectos são ressaltados por D. PORTE, *Les donneurs de sacré, Le prêtre à Rome*, Paris, Les Belles Lettres, 1989, pp. 10 ss - caráter cívico da religião – e pp. 14-15 – relação “comercial” com os deuses, para quem “*la religion romaine est une affaire d’État. Loin d’être un ensemble de valeurs spirituelles gratuites ou facultatives, loin de répondre à une libre exigence individuelle, sa pratique est d’abord un devoir civique, et, pour le gouvernement, le plus essentiel des devoirs politiques: l’accord des dieux est nécessaire avant tout acte humain de portée collective, la mauvaise humeur des dieux, causée, souvent, par une vétille dans l’accomplissement du rituel, miette tombée ou moto mis, peut suffire à rendre vaines la science militaire du plus valeureux stratège comme la volonté la plus expresse du Dictateur le plus résolu.*” (p. 7)

¹³ Cf. M. HUMBERT, *Droit et religion* cit. (nota 11 supra), p. 39.

A essa crença no poder mágico da palavra A. SCHIAVONE se refere falando de uma mentalidade, ou “síndrome prescritiva”, cujo núcleo mais sugestivo e remoto encontra-se no impulso constante em direção a uma imaginação reguladora, que abarca todos os aspectos da realidade e se expressa como uma contínua “supradeterminação ritualística” das relações dos homens para consigo mesmos, com a natureza e com os deuses, na busca por estabilidade e segurança individual e coletiva.

Ao invés da uma imaginação mitológica e metafísica, como ocorre na Grécia, em Roma existe uma percepção “realístico-normativa” da natureza e do mundo, sobre os quais a religião trata de estabelecer uma série de certezas rituais e, assim, pelo pensamento, exercer controle, disciplina e apropriação para fins pragmáticos. Sem negar que a religião grega tinha também seus ritos que a sua imaginação mitológica tenha tido alguma influência no Lácio, o autor afirma que, em Roma, a balança pendia para o lado do rito, da estereotipagem e do vínculo, que adquirem uma “autonomia coercitiva totalizante”.¹⁴

Assim se explica o formalismo da religião romana e a consequente necessidade de *experts* que conheçam a linguagem codificada e possam determinar qual a forma correta de se comunicar com os deuses, antes ou depois da prática do rito. Os sacerdotes romanos são esses especialistas nos ritos e fórmulas e atuam para garantir o bom relacionamento da cidade com seus deuses.

E tendo em vista que essa crença na eficácia da palavra e do gesto ritual não se restringe ao campo religioso, embora tenha nele sua origem, mas é compartilhada pela comunidade em vários âmbitos da vida social, a “síndrome prescritiva” influencia a determinação tanto das regras especificamente religiosas quando daquelas tendentes a reger comportamentos sociais entre os próprios homens. Dessa forma, a pronúncia do *ius*, nesse período, está intimamente ligada ao tipo de raciocínio proveniente do conhecimento mágico-religioso.

De fato, o formalismo permeia o direito e os atos jurídicos arcaicos que conhecemos, como a *mancipatio*, o *nexum*, a *confarreatio* e o testamento, realizados mediante formas fixas e com o emprego de gestos rituais. Tendo em vista que tais atos deveriam criar vínculos eficazes, assim como os atos religiosos, seria fundamental atribuir-lhes fórmulas fixas sem as quais não havia eficácia, e nada mais natural do que confiar aos

¹⁴ *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 6.

sacerdotes, *experts* em fórmulas rituais, a tarefa de indicar as palavras corretas, capazes de criar o *ius*, no sentido de situação ritualmente inatacável.¹⁵

Mas isso fornece uma explicação apenas parcial para a concentração da jurisprudência nas mãos dos pontífices, já que o raciocínio da proximidade entre religião e direito poderia se aplicar a todos os sacerdotes romanos.¹⁶ A questão, portanto, permanece: por que os pontífices são mencionados pela tradição como os primeiros juristas de Roma?

As causas para atuação dos pontífices em matéria de direito privado devem ser buscadas nas atribuições que tais sacerdotes acumularam ao longo do tempo, dentro da divisão de tarefas presentes na constituição religiosa de Roma, surgida não da mente de um único monarca ou de reis específicos, mas forjada com o tempo, num processo aluvional que remonta à organização pré-cívica e gentilícia.

Segundo as fontes romanas, aos pontífices coube, em primeiro lugar, a supervisão dos *sacra*, dos rituais pelos quais os homens, na vida privada ou pública, entram em relação com os deuses e garantem seu apoio. Cícero, por exemplo, ao tratar da religião romana, propunha uma divisão de tarefas entre os áugures (*auspicia*) e pontífices (*sacra*), acrescentando ainda o papel divinatório dos harúspices (observação das entranhas dos animais) e dos intérpretes dos livros sibilinos:¹⁷

<i>Cumque omnis populi Romani religio in sacra et in auspicia divisa sit, tertium adiunctum sit, si quid praedictionis causa ex portentis et monstris Sibyllae</i>	E como toda a religião romana se dividiu inicialmente entre os ritos e os auspícios, aos quais se acresceu um terceiro gênero quando os intérpretes dos oráculos
--	---

¹⁵ Cf. M. HUMBERT, *Droit et religion* cit. (nota 11 supra), p. 41. Segundo G. MACCORMACK, *Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman law*, in *TR* 37 (1969), pp. 445-446, a conexão entre formalismo e pensamento mágico-religioso se baseia em concepções herdadas das obras de Frazer (*The Golden Bough*) e Levy-Bruhl (*La mentalité primitive*), nas quais o homem primitivo é descrito como tendo preocupações desse tipo em todos os atos da vida. Segundo o autor, pesquisas antropológicas mais recentes contrariam essa visão. O homem primitivo não atribuía todo e qualquer evento a sua volta a poderes sobrenaturais. Alguns estudos mostraram povos primitivos que, apesar de usarem certas fórmulas, não conferem a elas um poder cogente. Outros verificaram a existência de povos primitivos cujo sistema jurídico não apresenta o formalismo típico do direito romano. Para o autor, o estabelecimento do formalismo no direito romano teria relação com a necessidade de maior clareza e certeza nas relações jurídicas: num primeiro momento não eram necessárias grandes formalidades, mas depois se sentiu a necessidade de formas mais claras e precisas para os atos jurídicos. Além disso, não é difícil pensar que o formalismo combina em maior grau com um sistema mais avançado do que com um sistema primitivo. Sobre as teses de MacCormack, veja-se K. TUORI, *The Magic of Mancipatio*, in *RIDA* 55 (2008), pp. 499-521.

¹⁶ De fato, outros colégios sacerdotais desempenharam funções em matéria jurídica. É o caso dos áugures em relação ao direito público e dos feciais em matéria de direito internacional.

¹⁷ Divisão que, obviamente, não exaure todo o fenômeno religioso em Roma, integrado por um conjunto de sacerdócios das mais diferentes origens e funções.

*interpretes haruspicesve monuerunt, harum ego religionum nullam umquam contemnendam putavi mihi que ita persuasi, Romulum auspiciis, Numam sacris constitutis fundamenta iecisse nostrae civitatis, quae numquam profecto sine summa placatione deorum immortalium tanta esse potuisset.*¹⁸

sibilinos ou os harúspices aconselharam em razão de algum portentoso ou prodígio, sempre considere que nenhuma dessas práticas religiosas deve ser desprezada e assim me convenci de que Rômulo, com a instituição dos auspícios, e Numa com a dos ritos sagrados, estabeleceram os fundamentos de nossa cidade, que jamais poderia ser o que é hoje sem obter o favor dos deuses imortais.

A competência dos pontífices é descrita com mais detalhes por Tito Lívio ao narrar a criação desse sacerdócio por Numa Pompílio:

Pontificem deinde Numam Marcium Marci filium ex patribus legit eique sacra omnia exscripta exsignataque attribuit, quibus hostiis, quibus diebus, ad quae templa sacra fierent, atque unde in eos sumptus pecunia erogaretur. Cetera quoque omnia publica priuataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebes veniret, ne quid divini iuris negligendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur; nec caelestes modo caerimonias, sed iusta

Nomeou sumo pontífice a Numa Márcio, filho do senador Márcio, e entregou-lhe uma descrição detalhada de todas as cerimônias religiosas: escolha de vítimas, datas, templos que deveriam ser consagrados e local onde deveria adquirir dinheiro para suprir essas despesas. As demais cerimônias do culto público ou privado, ele as submeteu também à decisão do pontífice, a fim de que o povo soubesse para quem apelar e nenhuma particularidade do direito divino fosse

¹⁸ Cic. nat. 3,5. Essa tripartição aparece também em Cic. leg. 2,8,20-21: *Eorum autem genera sunt tria: unum quod praesit caerimoniis et sacris, alterum quod interpretetur fatidicorum et vatium ecclata incognita, quae eorum senatus populusque asciverit. Interpretes autem Iovis optimi maximi, publici augures, signis et auspiciis operam dant.* “Destes, contudo haja três gêneros: um que presida às cerimônias e ritos sagrados, outro para que sejam interpretados os oráculos e as incógnitas predições dos vates que o senado e o povo lhes referirem. Também os intérpretes de Júpiter Ótimo Máximo, os áugures públicos, que atentarão para os sinais e auspícios.” Em Cic. har. resp. 9,18, os harúspices de tradição etrusca e os intérpetes dos livros sibilinos aparecem como grupos distintos: *qui statas sollemnisque caerimonias pontificatu, rerum bene gerundarum auctoritates augurio, fatorum veteres praedictiones Apollinis vatum libris, portentorum expiationes Etruscorum disciplina contineri putaverunt.* “Consideraram que as cerimônias solenes e estabelecidas pertencem ao pontificado, à observação dos presságios pelos áugures a garantia de sucesso no agir, aos livros dos adivinhos de Apolo as predições antigas dos oráculos, e aos harúspices a expiação dos portentos.”

*quoque funebria placandosque manes ut idem pontifex edoceret, quaeque prodigia fulminibus a Iove quo visu missa susciperentur atque curarentur. Ad ea elicienda ex mentibus divinis Iovi Elicio aram in Aventino dicavit deumque consuluit auguriis, quae suscipienda essent.*¹⁹

perturbada pela negligência dos ritos nacionais ou pela introdução de ritos estrangeiros. Além do culto dos deuses celestes, o pontífice deveria também orientar os ritos funerários, ensinar os meios de aplacar os manes e decidir quais os presságios anunciados pelo raio, ou por qualquer outro fenômeno, que fosse preciso observar e conjurar. Para arrebatrar esses segredos aos espíritos celestes, Numa consagrou a Júpiter Elício um altar no Aventino e, através dos áugures, consultou o deus sobre os prodígios que deveriam ser aceitos.

Na passagem citada se apresenta a supervisão sobre os *sacra* e *caerimoniae*, (termos sinônimos, sendo *sacra* o termo oficial para designar os atos de culto)²⁰ sobre os ritos funerários e o culto aos *manes*, deuses domésticos, além da interpretação dos prodígios, função que partilham com os harúspices e *quindecemviri sacris faciundis* e com base na qual identificam uma insatisfação divina com os homens (sempre de caráter ritual, como já se viu), e apontam o caminho correto para se refazer o ato e aplacar os deuses.

Tito Lívio atribui uma dupla finalidade à criação dos pontífices: garantir que o povo tivesse a quem consultar em matéria de religião e, com isso, evitar que os ritos fossem desrespeitados. Ao mesmo tempo em que informam, os pontífices garantem a preservação da tradição religiosa romana, sempre resistente às inovações. E essa atividade consultiva será, ao longo da história romana, a principal forma de manifestação dos pontífices, característica herdada posteriormente pela jurisprudência.

Do texto de Tito Lívio parece decorrer que apenas um sacerdote foi instituído, mas várias outras fontes mencionam um conjunto de sacerdotes. É o caso de Dionísio de Halicarnasso e Plutarco, que também enfatizam a função conferida aos pontífices de

¹⁹ Liv. 1,20,5-7.

²⁰ Cf. M. J. JOHNSON, *The Pontifical Law of the Roman Republic*, Tese de doutorado, State University of New Jersey, New Brunswick, New Jersey, 2007, disponível em <http://hdl.rutgers.edu/1782.2/rucore10001600001.ETD.16099>, p. 76.

supervisionar os *sacra publica et privata*, as cerimônias religiosas dirigidas aos deuses da cidade ou aos domésticos, e explicar aos ignaros a forma correta de cultuá-los.

Dionísio, ao tratar das leis religiosas de Numa, assim se refere aos sacerdotes que considera os mais importantes e poderosos de Roma:

Καὶ γὰρ δικάζουσιν οὗτοι τὰς ἱερὰς δίκας ἀπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν καὶ νομοθετοῦσιν ὅσα τῶν ἱερῶν ἄγραφα ὄντα καὶ ἀνέθιστα κρίνοντες ἃ ἂν ἐπιτήδεια τυγχάνειν αὐτοῖς φανείη νόμων τε καὶ ἐθισμῶν· τὰς τε ἀρχὰς ἀπάσας, ὅσαις θυσία τις ἢ θεραπεία θεῶν ἀνάκειται, καὶ τοὺς ἱερεῖς ἅπαντας ἐξετάζουσιν, ὑπηρέτας τε αὐτῶν καὶ λειτουργούς, οἷς χρῶνται πρὸς τὰ ἱερά, οὗτοι φυλάττουσι μηδὲν ἐξαμαρτάνειν περὶ τοὺς ἱεροὺς νόμους· τοῖς τε ἰδιώταις ὅποσοι μὴ ἴσασι τοὺς περὶ τὰ θεῖα ἢ δαιμόνια σεβασμούς, ἐξηγηταὶ γίνονται καὶ προφηταὶ· καὶ εἴ τινας αἰσθοῖντο μὴ πειθομένους ταῖς ἐπιταγαῖς αὐτῶν, ζημιοῦσι πρὸς ἕκαστον χρῆμα ὀρῶντες, εἰσὶ τε ἀνυπεύθυνοι πάσης δίκης τε καὶ ζημίας οὔτε βουλῇ λόγον ἀποδιδόντες οὔτε δήμῳ, περὶ γοῦν τῶν ἱερῶν·

Eles são os juizes em todas as causas religiosas que concernem os particulares, magistrados ou ministros dos deuses; estabelecem leis para a observância de todos os ritos religiosos, que não sendo fixados pela lei ou pelo costume escrito, parecem-lhes dignos de receber a sanção da lei ou do costume; eles velam pela conduta de todos os magistrados investidos da execução de um sacrifício e de outros deveres religiosos; e também pela conduta de todos os sacerdotes; eles cuidam para que os servidores e ministros que eles empregam nas cerimônias religiosas não cometam nenhum erro em matéria de leis sacras; para os profanos, que nada conhecem nesse domínio, eles atuam como intérpretes e explicam tudo o que concerne ao culto dos deuses e gênios; e se constatam que se desobedeceu às suas ordens, impõem uma punição proporcional a cada crime; além disso, não estão expostos a nenhum processo judicial ou punição e não são responsáveis perante o senado ou o povo, ao menos no que diz respeito à matéria religiosa.²¹

²¹ Dion. Hal. ant. 2,73,2. Baseado na tradução francesa de Philippe Remacle, citada na nota 6 supra.

Plutarco, embora mais sucinto, acrescenta à descrição das tarefas pontifícias, assim como Tito Lívio, a conservação da tradição, o cuidado para que as cerimônias não se afastassem das prescrições religiosas:

ὁ δὲ μέγιστος τῶν Ποντιφίκων οἶον ἐξηγητοῦ καὶ προφήτου, μᾶλλον δὲ ἱεροφάντου τάξιν εἵληχεν, οὐ μόνον τῶν δημοσία δρωμένων ἐπιμελούμενος, ἀλλὰ καὶ τοὺς ἰδίᾳ θύοντας ἐπισκοπῶν καὶ κωλύων παρεκβαίνειν τὰ νενομισμένα, καὶ διδάσκων ὅτου τις δέοιτο πρὸς θεῶν τιμὴν ἢ παραίτησιν.	O chefe dos pontífices, o Pontífice Máximo, tinha o dever de expor e interpretar a vontade divina, ou dirigir os ritos sagrados, estando encarregado não apenas das cerimônias públicas, mas também supervisonando os sacrifícios privados e evitando qualquer distanciamento do costume estabelecido, além de ensinar o que era necessário para a adoração ou propiciação dos deuses. ²²
---	--

Das fontes citadas pode-se depreender que os pontífices, na qualidade de responsáveis pelos *sacra publica et privata*, exerciam uma supervisão sobre os outros sacerdotes. Eram eles os *experts* por excelência na linguagem codificada, nas fórmulas e gestos rituais, elementos daquela mentalidade mágico-religiosa, daquela “síndrome prescritiva” que extrapolava o âmbito da religião e invadia também o direito. Assim, não é difícil imaginar que aos pontífices, mais que aos outros sacerdotes, fosse confiada a tarefa de elaborar as fórmulas eficazes dos negócios jurídicos.

Mas para compreender a atuação pontifical em matéria de direito privado deve-se ter em mente também a ligação muito próxima entre esse ramo do direito e os *sacra privata*, o culto doméstico, cuja conservação influencia a criação ou o regramento de uma série de institutos, como a adoção, o casamento e os testamentos.

Para C. A. CANNATA, explica-se facilmente o fato da jurisprudência ter permanecido por muito tempo nas mãos dos sacerdotes, já que muitas das questões jurídicas mais importantes da comunidade primitiva vinham da religião. A individualização dos membros de uma família e do herdeiro, por exemplo, dizia respeito tanto ao regime de bens quanto ao culto familiar. Assim, ao tratar desses problemas os pontífices acabavam invadindo uma esfera não necessariamente ligada ao sagrado, como a

²² Plut. Num. 9,4. Baseado na tradução inglesa de Bernadotte Perrin, disponível eletronicamente em <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:2008.01.0052>.

propriedade. Era natural que a eles se confiassem as questões jurídicas, ainda que progressivamente a conexão entre direito e religião se enfraqueça.²³

Outra função dos pontífices que os aproximava do mundo do direito era a elaboração do calendário, tendo em vista que nessa condição determinavam quais os dias em que se poderia desenvolver a atividade dos tribunais e comícios, tendo assim o controle do tempo para fins sociais.

Para se ter ideia do poder que isso conferia aos pontífices é preciso levar em conta que a indicação dos dias fastos (em que a atividade judiciária era permitida) e nefastos (totalmente consagrados à religião), *endotercisi* (parcialmente sagrados) e *comitiales* (próprios para as assembleias) não era feita de uma vez por todas, mas tinha caráter variável.

No primeiro dia de cada mês (*Kalendae*) o povo se reunia na *Curia Calabra*, onde o *rex sacrorum* e um *pontifex minor* anunciavam dali a quantos dias cairiam as Nonas e os Idos, informação obtida a partir da observação da lua pelos pontífices e da qual dependia toda a configuração do mês e, portanto, a indicação dos dias fastos e nefastos. Anunciavam também as festas religiosas a serem realizadas no mês, de cujas datas também dependia o calendário judicial.²⁴

Por fim, como elemento explicativo da atuação dos pontífices no direito privado romano, pode-se citar seu papel como guardiães da memória coletiva. Cabia a eles registrar a história da cidade,²⁵ com a indicação das listas de magistrados anuais e dos eventos de

²³ *Historia* cit. (nota 3 supra), p. 30. No mesmo sentido, F. SCHULZ, *Storia* cit. (nota 4 supra), p. 23, para quem, ademais, a interferência dos pontífices no direito privado não tem qualquer relação com a ideia de que o direito seja dom de Deus e o sacerdote seu intérprete autorizado.

²⁴ Conforme a narrativa de Macr. Sat. 1,15,9-13: *Priscis ergo temporibus, antequam fasti a Cn. Flavio scriba invitatis Patribus in omnium notitiam proderentur, pontifici minori haec provincia delegabatur, ut novae lunae primum observaret aspectum visamque regi sacrificulo nuntiaret. Itaque sacrificio a rege et minore pontifice celebrato idem pontifex calata, id est vocata, in Capitolium plebe iuxta curiam Calabram, quae casae Romuli proxima est, quot numero dies a Kalendis ad Nonas superessent pronuntiabat (...) Ideo autem minor pontifex numerum dierum qui ad Nonas superessent calando prodebat, quod post novam lunam oportebat Nonarum die populares qui in agris essent confluere in urbem accepturos causas feriarum a rege sacrorum sciturosque, quid esset eo mense faciendum. (...)*” Nos tempos antigos, antes que Gneu Flávio, contra a vontade dos patrícios, levasse os fastos ao conhecimento de todos, aos pontífices menores era delegada a tarefa de primeiramente observar o aspecto da lua nova e, em seguida, anunciá-lo ao rei dos sacrifícios. E assim, depois de celebrado um sacrifício pelo rei e pelo pontífice menor, este convocava o povo (*comitia calata*) no Capitólio, perto da Cúria Calabra, próxima da morada de Rômulo, e ali pronunciava o número de dias entre as Kalendas e Nonas (...) E assim o pontífice menor anunciava o número de dias até as Nonas convocando o povo, pois depois da lua nova os habitantes dos campos deveriam comparecer à cidade no dias das Nonas, para serem informados, pelo rei dos sacrifícios sobre o motivo dos dias feriados e saber o que se deveria fazer durante o mês.” Veja-se, ainda, Varro ling. 6,27, e Serv. Aen. 8,654.

²⁵ Sobre essa função, confirmam-se Liv. 6,1,2, que falando dos fatos da história de Roma, afirma se tratar de

maior relevo, podendo-se presumir que em tais registros também fossem anotadas as normas costumeiras criadas pela comunidade. Não é de se estranhar, portanto, que a eles fosse reservada também a função de guardiões do direito, uma vez que, nessa época, a elaboração do *ius* era principalmente a “memória dos *mores*”, antigas tradições de comportamento formadas antes mesmo da fase cidadina de Roma.²⁶

Assim, em resumo, a concentração da jurisprudência de direito privado no colégio dos pontífices pode ser explicada em virtude dos seguintes fatores: a) a mentalidade mágico-religiosa predominante nos primórdios de Roma, segundo a qual palavras e gestos tinham eficácia vinculante, e que invade o âmbito do direito; b) serem os pontífices os *experts* em fórmulas e gestos; c) sua competência em matéria de *sacra privata*, com a consequente intervenção no direito de família e sucessões, ramos que constituíam o cerne do direito privado; d) a elaboração do calendário e a indicação dos dias judiciários; e) a memória dos *mores*.²⁷

É preciso ressaltar que a atribuição aos pontífices dessa multiplicidade de saberes e tarefas não se deu por obra de um único rei, como parecem dizer Tito Lívio, Dionísio de Halicarnasso e Plutarco, mas advém de uma acumulação progressiva, iniciada antes mesmo da formação da cidade e que se assenta não apenas em bases ideais ou na vontade específica de algum soberano, mas nos processos de estratificação e diferenciação social ocorrentes em Roma desde o período pré-cívico.²⁸

res cum vetustate nimia obscuras velut quae magno ex intervallo loci vix cernuntur, tum quid rarae per eadem tempora litterae fuere, una custodia fidelis memoriae rerum gestarum, et quod, etiam si quae in commentariis pontificum aliisque publicis privatisque erant monumentis, incensa urbe pleraeque interiere. “uma história demasiado obscura, em parte por sua antiguidade, que a torna semelhante aos objetos difíceis de perceber a grande distância, em parte pela insuficiência e raridade dos documentos escritos na época, única testemunha fiel dos feitos passados, uma vez que até os documentos registrados nos comentários dos pontífices e outros monumentos públicos e privados foram na maior parte destruídos no incêndio da cidade.” Cic. de orat. 2,12,52: *Erat enim historia nihil aliud nisi annalium confectio, cuius rei memoriaeque publicae retinendae causa ab initio rerum Romanarum usque ad P. Mucium pontificem maximum res omnis singulorum annorum mandabat litteris pontifex maximus referebatque in album et proponebat tabulam domi, potestas ut esset populo cognoscendi, eique etiam nunc annales maximi nominantur.* “Era, pois, a história, nada mais que a confecção dos anais, e por causa disso e para a preservação das memórias públicas, desde o início da história romana até o Pontífice Máximo Públio Múcio, o pontífice máximo determinava que se pusessem por escrito os acontecimentos de cada ano e consignava em tábuas brancas em sua casa, para que o povo tivesse a oportunidade de se informar sobre eles, e esses registros são chamados até hoje de Anais Máximos.”

²⁶ Cf. A. SCHIAVONE, *Linee cit.* (nota 14 supra), p. 4, e J. PARICIO, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, 2ª ed., Granada, Comares, p. 27.

²⁷ Assim como circunstâncias particulares ligadas às competências especificamente religiosas aproximaram os feciais do direito internacional e os áugures do direito público.

²⁸ Conforme A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, Paris, Librairie A. Franck, 1871, pp. 4-5, a constituição religiosa romana não foi obra que saiu da cabeça de um legislador todo-poderoso, mas sim

De fato, segundo L. CAPOGROSSI COLOGNESI,²⁹ a partir da metade do século VIII a.C. o incremento das forças produtivas e da riqueza gera um processo de diferenciação social, atestado pela presença de tumbas ricamente ornamentadas, expressões já de uma mentalidade aristocrática na qual os grupos dominantes codificam sua hegemonia. Para esse processo teriam contribuído a especialização do trabalho, uma distribuição desigual dos campos e também a guerra, em que o valor individual e os armamentos sinalizam diferenças de posição e prestígio sempre maiores. Os grupos e guerreiros mais fortes acumulam seguidores, o que acentua as diferenças e facilita a acumulação de bens por parte de algumas *gentes*.

A diferenciação social acaba por se projetar no plano ideal e deposita nas mãos das novas aristocracias as funções mágico-religiosas. Por essa razão a mentalidade prescritiva, embora seja compartilhada pelo todo da população, não aparece como produto “espontâneo” da comunidade inteira e sim como atribuição de um restrito grupo, capaz de dar forma a essa condição psicológica coletiva latente.³⁰

Nesse contexto é que ocorre a concentração do saber mágico-religioso e do saber jurídico. Uma primeira diferenciação social estabelece uma aristocracia que domina as funções militares e religiosas; após a fusão dos vilarejos do Lácio e a constituição de uma comunidade política, há a separação de funções entre rei e sacerdotes;³¹ por fim, dentro dos próprios colégios sacerdotais os pontífices se distinguem como os intelectualmente mais capacitados e, portanto, como os sábios da comunidade,³² condição na qual se tornam os primeiros juristas romanos.

um compromisso entre diversos costumes particulares às famílias ou tribos que foram progressivamente aceitos pela sociedade como um todo. Cada *gens*, *curia* e tribo tinha seus costumes e cultos particulares, os quais, quando da formação da cidade, são incorporados pela comunidade como um todo. É o caso dos *lupercalia*, culto que se origina nas *gentes* Fábria e Quinctia, bem como o culto a Hércules que, ainda no final do século IV, apesar de ser público, restava ao encargo da *gens Potitia*.

²⁹ *Lezioni di Storia del Diritto Romano – Monarchia e Repubblica*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 9-11.

³⁰ Cf. A. SCHIAVONE, *Linee cit.* (nota 14 supra), p. 9.

³¹ A. SCHIAVONE, *Linee cit.*, p. 10, nota, contudo, que a existência de uma divisão de tarefas não implica uma rigorosa separação de funções, pois se assim fosse não se teria como explicar a figura do rei arcaico, em que se fundiam atribuições e atitudes militares e religiosas.

³² Cf. J. PARICIO, *Los juristas cit.*, p. 26

1.2. Consultas em matéria religiosa

Os muitos saberes acumulados pelos pontífices eram por eles guardados com zelo, mantidos quase em segredo, o que garantia maior autoridade a suas determinações, tendo em vista que, quanto mais restrito o conhecimento, mais poder têm aqueles que o dominam.³³

No entanto, o conhecimento pontifical, religioso ou jurídico, tinha uma função social e, desse modo, deveria vir à tona e ser posto à disposição dos cidadãos quando estes precisassem cultuar os deuses ou realizar os negócios jurídicos da vida cotidiana. Isso poderia ocorrer pela enunciação de regras gerais semelhantes à lei, por iniciativa do próprio colégio pontifical (*decreta pontificum*), pela redação do estatuto dos templos, ou pela divulgação mensal do calendário de que se tratou acima, mas se dava principalmente através de *responsa*, pareceres dados após uma consulta que lhes era dirigida por um particular, magistrado ou pelo Senado.³⁴

Tais consultas podiam ocorrer antes da prática de um ato ou após a realização do mesmo, distinção que, no que se refere à jurisprudência posterior, corresponde ao *cavere* e ao *respondere*. Quando a consulta fosse prévia, não é difícil imaginar que a resposta não consistisse apenas em sim ou não, mas viesse também acompanhada da indicação da forma correta para praticar o ato (fórmula e gestos, etc...).

Em matéria de religião, os exemplos são vários para um e outro tipo de resposta e revelam aspectos importantes da função dos pontífices, bem como um certo tipo de raciocínio ligado à *prudentia*, à qualidade de prever os efeitos de uma ato e tentar se precaver contra consequências indesejadas do mesmo.

³³ A intenção de garantir poder com a reserva do conhecimento fica explícita numa passagem de Tito Lívio (Liv. 6,1,10), em que se narra como, após o incêndio da cidade pelos gauleses, buscou-se recuperar os tratados e leis para que fossem divulgados, e como os pontífices quiseram manter em segredo tudo o que dizia respeito aos *sacra*, a fim de garantir a submissão do povo com base na religião (*quae autem ad sacra pertinebant, a pontificibus maxime ut religione obstrictos haberent multitudinis animos suppressa*). Cícero (Cic. Mur. 11,25) afirma que poucos (como se verá mais adiante, não se trata necessariamente apenas dos pontífices) detinham o conhecimento das ações da lei, dos fastos e do calendário, eram consultados a respeito e gozavam de grande poder: *Posset agi lege necne pauci quondam sciebant; fastos enim volgo non habebant. Erant in magna potentia qui consulebantur*.

³⁴ A existência de uma consulta prévia, segundo M. JOHNSON, *The Pontifical Law* cit., p. 128, é o que distingue um *responsum* de um *decretum* (emanado por iniciativa própria do colégio), embora seja por vezes difícil distinguir nas fontes o que seja decreto ou *responsum*, quando o contexto não é mencionado.

Um primeiro exemplo de atuação pontifical prévia pode ser encontrado no próprio episódio que, segundo a etimologia mais aceita para o termo *pontifex*, rendeu a esses sacerdotes sua denominação. Segundo Varrão,

*Sacerdotes universi a sacris dicti. Pontufices, ut Scaevola Quintus pontufex maximus dicebat, a posse et facere, ut pontifices. Ego a ponte arbitror: nam ab his Sublícus est factus primum ut restitutus saepe, cum ideo sacra et uls et cis Tiberim non mediocri ritu fiant.*³⁵

Os sacerdotes, em geral, são assim chamados por causa dos ritos sagrados (*sacra*). O nome de pontífices, segundo dizia o pontífice máximo Quinto Múcio Cévola, deriva de “poder” e “fazer”, daí “os que podem fazer”. Considero que o nome deriva de “ponte”, pois por eles é que se fez, pela primeira vez, a ponte Sublícia (e muitas vezes se reconstruiu), e por isso são celebrados ritos solenes de um e outro lado do Tibre.

O nome dado a esses sacerdotes se assenta num fato histórico, a construção da Ponte Sublícia, da qual eles teriam participado (como dirigentes). Nesse episódio eles aparecem como sendo encarregados de construir, reparar e, sobretudo, consagrar em cerimônias religiosas a ponte de madeira que agora ligava as duas margens do Tibre, função construtora que, apesar de ter-lhes rendido o nome, não mais se vê os pontífices exercerem no período histórico.³⁶

Como se explica que os pontífices tenham sido encarregados da construção de uma ponte, atribuição sem nenhuma relação com as tarefas pontificais conhecidas? Três

³⁵ Varro ling. 5,15,83. A mesma etimologia encontra-se em Dion. Hal. ant. 2,73 e Zos. hist. 4,36.

³⁶ Cf. A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes* cit., p. 13. Segundo o autor, apesar de ter ganhado crédito no Baixo Império, não se sustenta a etimologia proposta por Quinto Múcio Cévola (Macr. Sat. 3,2,15), para quem *pontifex* derivava de *posse* e *facere* (no sentido de sacrificar) e *Poti-fex* seria aquele que tem o poder de sacrificar. Tal etimologia seria contrária às leis da derivação, além de inverossímil do ponto de vista histórico, já que os pontífices não exerciam de forma tão evidente o sacrifício e que outros sacerdotes exerceram essa função antes e não receberam o nome de pontífices. Sacrificadores por excelência são os flâmines e não os pontífices. Outra etimologia considerada incorreta pelo autor é aquela proposta por Plutarco (Plut. Num. 9), que faz derivar *pontifex* de *potens* ou *si potest fieri*. A. BOUCHÉ-LECLERCQ cita ainda algumas etimologias propostas por autores modernos, como *pompa+facere* (Goettling); *pomptis* (cinco) *facere*, calcular – pontífices seriam os calculadores (Pfund); origem no sânscrito *pû* (purificar) (Forstemann e Boederlein) e afirma que digna de crédito é realmente aquela proposta por Varrão, ressaltando apenas (p. 14) que *pons* significava primitivamente “caminho”, partindo do sânscrito *panthan*. Também dão crédito a Varrão A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire Etimologique de la Langue Latine, Histoire des Mots*, 3ª ed., Paris, C. Klincksieck, 1951, pp. 922-23, e A. WALDE - J. B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch, Zweiter Band*, Heidelberg, Carl Winter – Universität, 1954, p. 337.

hipóteses podem ser aventadas: a) o colégio foi criado a partir de um sacerdócio já existente e tomou dele o nome e a missão (teoria que não encontra provas nas fontes); b) o colégio foi instituído para a construção da ponte e as circunstâncias posteriores alteraram suas funções (o que também não se sustenta, pois a ponte, na verdade, foi construída depois da instituição do colégio, de modo que não poderiam tais sacerdotes, já ao tempo de Numa, ter um título derivado de uma função que ainda não haviam exercido);³⁷ c) o colégio foi instituído para conservar a tradição religiosa, mas uma circunstância estranha acabou encarregando os pontífices da construção da ponte, hipótese que A. BOUCHÉ-LECLERCQ³⁸ considera mais plausível e para a qual formula uma explicação bastante satisfatória.

Quando, no reinado de Anco Márcio, razões de defesa tornaram necessária a construção de uma ponte sobre o Tibre, os romanos devem ter temido a empreitada, pois estariam impondo limites ao deus do Tibre e, assim, provocando sua cólera. Era, além disso, um lugar sagrado, que conservava as lembranças de Jano e as cinzas de Numa. Foi preciso, então, consultar os *experts* no sagrado, aqueles que sabiam como se comunicar com os deuses e com eles parlamentar. Eles então se encarregaram da construção para evitar a ira do deus. Regraram todos os detalhes com uma ciência minuciosa que mais tarde será tida mesmo como um oráculo. Construiu-se a ponte toda em madeira, sem ferro ou bronze, o mais leve possível, como que pronta a ceder a qualquer momento à impaciência do rio. Ao fim, o colégio completou o ritual com cerimônias expiatórias para satisfazer a divindade e transformou a ponte em altar.³⁹

Esse episódio e essa atuação é que renderam ao colégio instituído por Numa para outra finalidade (e que talvez nem nome tivesse) o apelativo de *pontífices*, sem que suas competências fossem alteradas. Sua tarefa principal permanece sendo a guarda da tradição religiosa.⁴⁰

³⁷ Esse tipo de incongruência se apresenta na narrativa de criação de vários sacerdotes romanos. Segundo D. PORTE, *Les donneurs* cit., p. 53, Numa teria criado as vestais, mas seu antecessor, Rômulo, é filho de uma delas e sob seu reinado ocorre o episódio célebre da vestal Tarpéia. Diz-se que Numa criou os áugures, mas ele mesmo foi investido de poder segundo os ritos augurais. Anco Márcio, por sua vez, teria criado os feciais, que, no entanto, atuam já no reinado anterior de Tulo Hostílio.

³⁸ *Les Pontifes* cit., p. 15. O autor afirma que o título dado aos sacerdotes romanos jamais definiu completamente sua competência.

³⁹ Cf. A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes* cit., pp. 16-17. A respeito da construção da ponte, veja-se Dion. Hal. ant. 3,45 e Dion. Hal. ant. 5,31,11,68; Liv. 1,33; Plut. Num. 9.

⁴⁰ Cf. A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes*, cit., pp. 17-18.

O episódio que dá origem a sua denominação revela o papel dos pontífices não como engenheiros,⁴¹ mas sim como consultores. Detendo o conhecimento da linguagem codificada para se falar com os deuses, eles exercem um *cavere* na construção da ponte, assim como farão nos atos jurídicos e religiosos os mais diversos, função a ser herdada, relativamente ao direito privado, pela jurisprudência “leiga” da república.

Outro episódio em que se descreve a atuação dos pontífices é aquele ocorrido em 222 a.C., durante a batalha de Clastidium, quando o cônsul Cláudio Marcelo faz voto de dedicar um templo a *Honor* e *Virtus*, confirmando-o quando da tomada de Siracusa. Mas quando tenta cumprir seu voto é impedido pelos pontífices.

As fontes que se referem ao episódio⁴² não deixam claro se o colégio foi consultado previamente à *dedicatio*,⁴³ se emitiu uma manifestação sem qualquer provocação (caso em que não se trataria verdadeiramente de um *responsum*), ou se apenas se negou a auxiliar Marcelo na dedicação do templo,⁴⁴ mas pode-se presumir que a consulta tenha ocorrido.

O que consta expressamente, contudo, é a motivação do colégio para impedir a prática do ato: não se poderia dedicar um mesmo templo a dois deuses, pois, caso algum prodígio ali se manifestasse (como ser o templo atingido por um raio), não haveria como saber a qual das divindades oferecer sacrifício; além disso, não era permitido oferecer uma mesma vítima (*hostia*) a dois deuses, salvo raras exceções.⁴⁵

Diante da advertência dos pontífices sobre a forma correta de cumprir o voto, Marcelo acaba por construir um templo separado para a *Virtus*, com o que se garantia a

⁴¹ Como afirma T. MOMMSEN, *Histoire Romaine - Tome I*, Paris, Librairie Franck, 1863, pp. 230-231.

⁴² Liv. 27,25,6-10 e Val. Max. 1,1,8.

⁴³ Tito Lívio limita-se a dizer que a dedicação *a pontificibus impediatur*; Valério Máximo afirma que Marcelo *a collegio pontificum impeditus est*. F. SCHULZ (*Storia* cit., p. 38), contudo, narra o episódio como se Marcelo houvesse consultado os pontífices antes da dedicação do templo.

⁴⁴ Hipótese suscitada por M. JOHNSON, *The Pontifical Law* cit., p. 175.

⁴⁵ Cf. Liv. 27,25,8-9: *quod negabant unam cellam amplius quam uni deo recte dedicari, quia si de caelo tacta aut prodigii aliquid in ea factum esset difficilis procuratio foret, quod utri deo res diuina fieret sciri non posset; neque enim duobus nisi certis deis rite una hostia fieri*. “alegando que um único santuário não podia ser regularmente dedicado a duas divindades. Pois, acrescentavam, se fosse fendido pelo raio, se algum prodígio ali se produzisse, a expiação se tornaria difícil, já que não se saberia a que deus endereçar as cerimônias; ademais, salvo no caso de certas divindades particulares, era ritualmente vedado sacrificar uma vítima a dois deuses.” Val. Max. 1,1,8: *negante unam cellam duobus diis recte dicari: futurum enim, si quid prodigii in ea accidisset, ne dinosceretur utri rem diuinam fieri oporteret, nec duobus nisi certis diis una sacrificari solere*. “negando que se pudesse corretamente dedicar um mesmo santuário a dois deuses; se no futuro, se ali sobreviesse algum prodígio, não se poderia discernir nem qual o sacrifício a ser oferecido, nem a qual dos deuses se deveria fazê-lo.”

correta observância do escrúpulo religioso, tido como razão para a expansão e manutenção do poderio romano.⁴⁶ Somente então o cônsul retorna à frente de batalha.

Em 217 a.C., após a fragorosa derrota romana em Trasímeno, busca-se encontrar as causas religiosas para um tal desastre. O ditador Quinto Fábio Máximo, recém-nomeado, entende que a derrota se deu em virtude da negligência das cerimônias religiosas por Caio Flamínio, cônsul que liderava o exército derrotado. Diante disso, o Senado determina que os *decemviri sacris faciundis* consultem os livros sibilinos, medida excepcional, justificada apenas em caso de prodígios terríveis (*taetra prodigia*). Verifica-se então que, como *piacula*, deveriam ser realizadas várias cerimônias, dentre as quais o voto de um *ver sacrum* (voto daquilo que fosse gerado na próxima primavera). Consultado o colégio dos pontífices, este declara que tal voto somente pode ser feito após aprovação do povo romano.⁴⁷

Na interrogação dirigida ao povo, está contida a provável fórmula do voto, certamente preparada pelos pontífices naquele mesmo espírito de cautela, de *prudentia* no comércio com os deuses, sobre o qual já se falou acima:

Rogatus in haec uerba populus: "Velitis iubeatisne haec sic fieri? Si res publica populi Romani Quiritium ad quinquennium proximum, sicut uelim [uou]eamque, salua seruata erit hisce duellis, quod duellum populo Romano cum Carthaginensi est quaeque duella cum Gallis sunt qui cis Alpes sunt, tum donum duit populus Romanus Quiritium quod uer attulerit ex suillo ouillo caprino bouillo grege quaeque profana erunt Ioui

E o povo foi sondado nestes termos: "Caso a condição do povo romano dos quirites, daqui a cinco anos, esteja preservada (como desejo que esteja) nesta guerra contra o povo de Cartago e os gauleses de aquém-Alpes, ordenaríeis que se faça a seguinte oferenda?: o que a primavera propiciar de porcos, carneiros, cabras e bois, e já não esteja consagrado a uma divindade, será sacrificado a Júpiter no dia em que o Senado e o povo romano

⁴⁶ Na passagem já citada, Valério Máximo afirma: *Non mirum igitur, si pro eo imperio augendo custodiendoque pertinax deorum indulgentia semper excubuit, quo tam scrupulosa cura parvula quoque momenta religionis examinari videntur, quia numquam remotos ab exactissimo cultu caerimoniarum oculos habuisse nostra civitas existimanda est.* "Não surpreende, portanto, que a indulgência constante dos deuses tenha sempre velado pelo crescimento e conservação desse império, no qual se vê que os mínimos detalhes da religião são pesados com grande cuidado, pois nossa cidade jamais perdeu de vista a exata observância dos ritos religiosos." A mesma justificativa para o sucesso romano pode ser encontrada em Cic. nat. 2, 8 e Cic. har. resp. 9,19.

⁴⁷ Cf. Liv. 22,9,7-10,1.

fieri, ex qua die senatus populusque iusserit. Qui faciet, quando uolet quaque lege uolet facito; quo modo faxit probe factum esto. Si id moritur quod fieri oportebit, profanum esto, neque scelus esto. Si quis rumpet occidetue insciens, ne fraus esto. Si quis clepsit, ne populo scelus esto neque cui cleptum erit. Si atro die faxit insciens, probe factum esto. Si nocte siue luce, si seruus siue liber faxit, probe factum esto. Si antidea senatus populusque iusserit fieri ac faxitur, eo populus solutus liber esto".⁴⁸

o ordenarem. Quem o fizer, faça-o a seu talante e conforme a regra que lhe aprouver; e o que for feito, seja-o bem. Morrendo o animal do sacrifício, não seja considerado consagrado, nem o incidente infração religiosa; se alguém o matar não o sabendo consagrado, não padeça penalidades; roubando-o alguém, não passe isso por falta contra o povo ou o dono; se for sacrificado em dia infausto, tenha-se por bom, como por bom o sacrifício de noite ou de dia, feito por escravo ou homem livre; se for sacrificado antes que o Senado e o povo o tenham ordenado, fique o povo desobrigado.

Esse *ver sacrum*, contudo, será celebrado apenas em 195 a.C.⁴⁹ Mas no ano seguinte os pontífices declaram que não foi feito corretamente,⁵⁰ razão pela qual o Senado decide que é preciso realizar a cerimônia novamente, o que será feito sob supervisão dos pontífices (*arbitratu pontificum*), que, ao exercerem mais uma vez sua atividade consultiva prévia, não deixam de especificar o lapso temporal dentro do qual deveriam nascer os animais a serem sacrificados, limitando os termos do “contrato” celebrado com os deuses e, assim, precavendo-se mais uma vez contra a ineficácia do ato religioso.⁵¹

⁴⁸ Liv. 22,10,1-6.

⁴⁹ Liv. 33,44,1-2: *Provinciis ita distributis consules, priusquam ab urbe proficiscerentur, ver sacrum ex decreto pontificum iussi facere, quod A. Cornelius Mammula praetor voverat de senatus sententia populiue iussu Cn. Servilio C. Flamínio consulibus. Annis post uno et viginti factum est quam votum.* “Repartidas assim as províncias, os cônsules foram convidados, antes de deixar Roma e em consequência de uma decisão dos pontífices, a cumprir a primavera sagrada. Ela fora votada pelo pretor Aulo Cornélio Mamula, segundo parecer do Senado e a vontade do povo, sob o consulado de Cneu Servílio e Caio Flamínio, sendo realizada vinte e um anos depois de ter sido votada.” Tito Lívio contradiz a si mesmo na passagem citada, o que acarreta uma contagem errônea do tempo passado entre o voto e a celebração do *ver sacrum*. Conforme o historiador (Liv. 22,9,11), o voto foi realizado em 217 a.C. pelo pretor M. Emílio e não por A. Cornélio Mamula, pretor no ano seguinte. Assim, o rito foi celebrado, na verdade, vinte e dois anos depois do voto. Esse tipo de confusão, segundo E. T. SAGE (*Livy. Books XXXI-XXXIV with an English Translation*, Cambridge, Harvard University, 1935, p. 396, nt. 2), é muito comum em Tito Lívio.

⁵⁰ O relato de Tito Lívio não menciona se houve alguma consulta prévia ou se a decisão pontifical se deu por iniciativa do próprio colégio, de forma que não se pode afirmar com certeza (como faz F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 39) se trate de um *responsum*.

⁵¹ Liv. 34,44,1-3: *Ver sacrum factum erat priore anno, M. Porcio et L. Valerio consulibus. Id cum P. Licinius pontifex non esse recte factum collegio primum, deinde ex auctoritate collegii patribus renuntiasset, de*

Em 200 a.C., durante a preparação para a guerra contra Felipe da Macedônia, a *civitas* determina que se faça o voto de jogos e de uma oferta (*donum*) a Júpiter. A execução do voto, contudo, é suspensa pelo Pontífice Máximo (*moram voto publico Licinius pontifex maximus attulit*), para o qual não se pode votar uma soma incerta, já que a quantia deveria ser separada para não se misturar com outro tipo de *pecunia*. Segundo o pontífice, um voto incerto não poderia ser adimplido corretamente (*votum rite solvi non posse*).⁵²

Mesmo diante da autoridade do pontífice máximo, o cônsul refere a matéria ao colégio e este, contrariando seu chefe, responde ser possível e até mais certo (*rectius*) realizar um voto de quantia incerta. A assistência dos pontífices, entretanto, não se limita a essa consulta prévia, mas inclui também o auxílio na celebração do ato. O pontífice máximo, embora vencido, sopra as palavras (*verba praeunte maximo pontifice*) para que o cônsul realize o voto, e toma o cuidado de inserir na fórmula a “cláusula” segundo a qual a quantia seria determinada pelo Senado quando do adimplemento da obrigação para com o deus.⁵³

Tratava-se então, segundo Tito Lívio, da primeira vez em que se realizava um voto de quantia incerta, costume que parece ter sido adotado, já quem em 191 a.C. se vê o

integro faciendum arbitrato pontificum censuerunt, ludosque magnos, qui una voti essent, tanta pecunia, quanta adsoleret, faciendos; ver sacrum videri pecus, quod natum esset inter kal. Martias et pridie kal. Maías P. Cornelio et Ti. Sempronio consulibus. “A cerimônia da primavera sagrada acontecera no ano precedente, sob o consulado de Marco Pórcio e Lúcio Valério. O pontífice Públio Licínio declarara, primeiro no colégio dos pontífices, depois, a conselho destes, no Senado, que essa cerimônia não fora conduzida corretamente. E o Senado resolveu que ela deveria ser inteiramente recomeçada à discrição dos pontífices, celebrando-se também os Grandes Jogos, votados ao mesmo tempo, aprovadas já as despesas necessárias. A primavera sagrada contemplava o gado nascido entre as calendas de março e a véspera das calendas de maio, sob o consulado de Públio Cornélio Cipião e Tibério Semprônio Longo.”

⁵² Liv. 31,9,5-7.

⁵³ Liv. 31,9,8-10: *Quamquam et res et auctor movebat, tamen ad collegium pontificum referre consul iussus si posset recte uotum incertae pecuniae suscipi. Posse rectiusque etiam esse pontifices decreuerunt. Vovit in eadem verba consul praeunte maximo pontifice quibus antea quinquennialia vota suscipi solita erant, praeterquam quod tanta pecunia quantam tum cum solveretur senatus censuisset ludos donaque facturum vouit. Octiens ante ludi magni de certa pecunia voti erant, hi primi de incerta.* “Malgrado a impressão causada pelas razões invocadas e por seu autor, solicitou-se ao cônsul que submetesse o assunto ao colégio de pontífices e indagasse se era possível cumprir o voto sem antes fixar seus custos. Os pontífices foram de opinião que sim, declarando até que esse era o procedimento mais regular. O cônsul então pronunciou o voto nos mesmos termos, ditados pelo pontífice máximo, utilizados outrora nos votos quinquenais, com exceção da promessa de realizar jogos e oferendas, objeto daquele voto, com a soma fixada pelo Senado no momento da execução. No passado, foram dedicados oito grandes jogos com verba previamente fixada; aqueles foram os primeiros a contrariar a norma.” Na interpretação de M. JOHNSON, *The Pontifical Law* cit., p. 200, a vedação aos votos de quantia incerta se justificava no intuito de evitar que o dinheiro prometido (que se tornaria *sacrum*) se misturasse com *pecunia profana*. O colégio, no entanto, teria passado por cima da autoridade do pontífice máximo e, provavelmente, dos precedentes a respeito de votos, por considerar que o dinheiro se tornaria *sacrum* apenas quando a divindade cumprisse sua parte na barganha.

pontífice máximo soprar ao cônsul as palavras de um voto de jogos e oferendas (*dona*) a Júpiter, cuja fórmula contém a mesma previsão segundo a qual o Senado determinaria a quantia a ser consagrada.⁵⁴

No discurso que proferiu buscando invalidar a dedicação de sua casa por Clódio, Cícero menciona a disposição da *Lex Papiria de dedicationibus* (304 a.C.), segundo a qual não se poderia dedicar um templo, terra ou altar (*aedis, terra* ou *ara*) sem a prévia autorização do povo⁵⁵ e cita duas ocasiões em que o colégio dos pontífices se manifestou com base nessa lei.

Em 154 a.C., o censor Caio Cássio leva à Cúria, local de reunião do Senado, uma estátua da deusa *Concordia* e pergunta ao colégio pontifical se havia alguma razão impeditiva para a dedicação da estátua e da própria Cúria à *Concordia*.⁵⁶ O pontífice máximo responde, em nome do colégio (*pro conlegio respondit*), que a dedicação não poderia ser feita regularmente se o povo não a houvesse autorizado, reafirmando a disposição da *lex Papiria*.⁵⁷

⁵⁴ Liv. 36,2,3-5: *Id votum in haec verba praeunte P. Licinio pontifice maximo consul nuncupavit: 'si duellum, quod cum rege Antiocho sumi populus iussit, id ex sententia senatus populiue Romani confectum erit, tum tibi, Iuppiter, populus Romanus ludos magnos dies decem continuos faciet, donaque ad omnia pulvinaria dabuntur de pecunia, quantam senatus decreverit. Quisquis magistratus eos ludos quando ubique faxit, hi ludi recte facti donaque data recte sunt.'* “Repetindo as palavras do pontífice máximo Públio Licínio, o cônsul pronunciou o voto nestes termos: “Se a guerra que o povo romano ordenou contra o rei Antíoco terminar segundo o desejo do Senado e do povo romano, então em tua honra, Júpiter, o povo romano celebrará grandes jogos por dez dias consecutivos, e, nos leitões dos deuses, serão depositadas ofertas em prata, cuja importância o Senado fixará. Quaisquer que forem o magistrado a celebrá-los, a data e o local, esses jogos se farão conforme as regras, como igualmente as oferendas.”

⁵⁵ Cic. dom. 49,127: *Video enim esse legem veterem tribuniciam quae vetet iniussu plebis aedis, terram, aram consecrari.* “Vejo, pois, haver uma antiga lei tribúncia que proíbe a consagração de um templo, terreno ou altar, sem o comando do povo.” Tradução livre do autor.

⁵⁶ Cic. dom. 50,130: *At videte quanta sit vis huius Papiriae legis in re tali, non qualem tu adfers sceleris plenam et furoris. Q. Marcius censor signum Concordiae fecerat idque in publico conlocarat. Hoc signum C. Cassius censor cum in curiam transtulisset, conlegium vestrum consuluit num quid esse causae videretur quin id signum curiamque Concordiae dedicaret.* “E vide qual era a força dessa lei Papiria no seguinte caso, diferente deste cheio de crime e loucura que trazés adiante. O censor Q. Márcio fizera uma estátua da Concórdia e a colocara num lugar público. Quando o censor C. Cássio levou essa estátua para a Cúria, consultou o vosso colégio a fim de saber se parecia haver alguma causa para que não dedicasse a estátua e a Cúria à Concórdia.” Tradução livre do autor.

⁵⁷ Cic. dom. 53,136: *Sed ut revertar ad ius publicum dedicandi, quod ipsi pontifices semper non solum ad suas caerimonias sed etiam ad populi iussa adcommoederunt, habetis in commentariis vestris C. Cassium censorem de signo Concordiae dedicando ad pontificum conlegium rettulisse, eique M. Aemilium pontificem maximum pro conlegio respondisse, nisi eum populus Romanus nominatim praefecisset atque eius iussu faceret, non videri eam posse recte dedicari.* “Mas para retornar ao direito público sobre dedicações, que os próprios pontífices sempre adaptaram não apenas a seus ritos religiosos, mas também aos comandos do povo, está registrado em vossos comentários que o censor C. Cássio remeteu ao colégio dos pontífices a questão da dedicação da estátua da Concórdia e o pontífice máximo M. Emílio respondeu, em nome do colégio, que não parecia ser possível fazer a dedicação corretamente, a não ser que o povo romano o houvesse designado nominalmente para tanto e ordenado que a realizasse.” Tradução livre do autor.

Além de tais de consultas sobre temas de interesse público, os pontífices se manifestavam previamente acerca da transferência de um corpo de um sepulcro a outro, atribuição que, segundo F. SCHULZ⁵⁸ encontra comprovação na seguinte inscrição:

<p>[D(is)] M(anibus). [C]ollegi/[u]m pon[ti/f]icum d[e]/crevit, si e/a ita sunt / quae libelo / [c]ontene/ntura, pla/cere per [collegium parentibus lice]re puela/[m, d(e)] q(ua) agatu/[r, s]acelo // [eximere / et i]ter/[um ex] pra/[escr]ipto / [d]eponer/e et script/uram titu/li at prist/inam for/mam rest/ituere pia/culo prius / dato operi/s faciend/i ove atra.⁵⁹</p>	<p>Aos Deuses Manes. O Colégio dos pontífices decidiu que, se for verdade o que está contido no libelo, parece-lhe lícito que os pais retirem do pequeno santuário a menina de que se trata e, depois disso, a enterrem segundo o previsto e restitua a escrita do epitáfio a sua forma original, cuidando para que antes se faça a expiação com uma ovelha negra.</p>
---	--

Ainda no império os pontífices continuam a exercer sua tarefa de consultores prévios em matéria de religião. Otaviano consulta os pontífices antes de se casar com Lúvia, recentemente divorciada e que estava grávida. Pergunta-lhes se é certo que ela se case nessa condição. Os pontífices respondem que, se houvesse dúvida acerca da concepção, o casamento deveria ser adiado; se essa fosse comprovada, o casamento poderia se realizar imediatamente.⁶⁰

O colégio pontifical, entretanto, como já se disse acima, não se manifestava apenas previamente, mas podia ser consultado depois que um ato fosse praticado, opinando sobre sua validade ou sobre suas consequências.

É o que ocorre em 396 a.C., quando Camilo promete a Apolo um décimo dos despojos caso Roma consiga tomar a cidade de Veios.⁶¹ A questão do butim, entretanto, havia sido decidida pelo Senado anteriormente,⁶² após consulta do próprio Camilo, ocasião

⁵⁸ Para o qual (*Storia* cit., p. 38), tais respostas eram dadas por pontífices específicos e não pelo colégio como um todo.

⁵⁹ *CIL* X, 8529 (Tarracina) e *ILS* 8381.

⁶⁰ Tac. ann. 1,10, e Dio Cass. 48,44.

⁶¹ Liv. 5,21,2: *cum edixisset, ut arma milites caperent, 'tuo ductu' inquit, 'Pythice Apollo, tuoque numine instinctus pergo ad delendam urbem Veios tibi que hinc decimam partem praedae voveo*. “Após ter consultado os auspícios, o ditador saiu, ordenou aos soldados que tomassem as armas, e disse: ‘Sob teu comando, Apolo Pítico, e guiado por tua força divina, avançarei para capturar Véios, e te prometo o décimo de seus despojos.’”

⁶² Cf. Liv. 5,20.

em que os *patres* discutiram duas alternativas: dar à plebe livre acesso ao butim e permitir que ela se dirigisse ao campo do general vencedor para tomar a sua parte nos despojos, ou utilizar o butim para pagar o soldo do exército. Visando se fazer popular, o Senado opta pela primeira opção, que de fato é levada a cabo quando da vitória sobre a opulenta cidade de Veios.

Restava, no entanto, cumprir o voto da décima dos despojos a Apolo, obrigação confirmada pelos pontífices.⁶³ Mas uma vez que o povo já se apropriara do butim, como fazer para obrigá-lo a devolver a parte que cabia a Apolo? A solução dada pelos pontífices, segundo D. PORTE,⁶⁴ mostra ao mesmo tempo sua equidade e sua confiança: cada cidadão deveria ele mesmo estimar a quantia equivalente ao que tomara como butim e separar então um décimo para transferir ao tesouro público a fim de que tal quantia servisse ao cumprimento do voto.⁶⁵

Tal medida, segundo Tito Lívio, afastou ainda mais o povo de Camilo, mas parece que os pontífices realmente adotaram a solução que melhor conciliava os interesses religiosos e, portanto, o cumprimento do voto, com a necessidade de agradar ao povo, que fora a razão expressamente declarada para que o Senado escolhesse a forma de distribuição dos despojos, evitando-se sedições ou exigências de novas leis a favor da plebe.⁶⁶

⁶³ Liv. 5,23,7-8: *Agi deinde de Apollinis dono coeptum. Cui se decumam vovisse praedae partem cum diceret Camillus, pontifices solvendum religione populum censerent.* “Tratou-se, então, da oferta prometida a Apolo. Camilo declarava que prometera o dízimo dos despojos e os pontífices achavam que o povo deveria contribuir para esse compromisso religioso.” Tito Lívio não deixa claro se houve uma consulta prévia ou se o colégio de manifestou espontaneamente, mas, embora não se empregue o verbo *respondere*, pode-se supor que *pontifices censerent* se refere à resposta dada a uma consulta.

⁶⁴ *Les donneurs* cit., p. 123.

⁶⁵ Liv. 5,23,10-11: *tandem eo, quod lenissimum videbatur, decursum est, ut, qui se domumque religione exsolvere vellet, cum sibimet ipse praedam aestumasset suam, decumae pretium partis in publicum deferret, ut ex eo donum aureum, dignum amplitudine templi ac numine dei, ex dignitate populi Romani fieret. Ea quoque conlatio plebis animos a Camillo alienavit.* “Chegou-se finalmente a uma decisão que pareceu a mais amena: os cidadãos que desejassem libertar a si e a sua família daquela dívida religiosa fariam a avaliação dos despojos arrecadados e entregariam a décima parte ao tesouro. Com o produto da arrecadação seria feita uma oferta em ouro, digna da magnitude do templo, do poder do deus e da dignidade do povo romano. Essa contribuição, entretanto, afastou Camilo do coração da plebe.” Segundo M. JOHNSON, *The Pontifical Law* cit., p. 192, não fica claro da passagem de Tito Lívio que essa solução tenha realmente sido proposta pelos pontífices. Mas parece que seja sim um trabalho pontifical, pois eram justamente eles que sabiam como proceder da melhor forma em relação aos deuses, como já se disse no início deste capítulo.

⁶⁶ Cf. Liv. 5,20,6-8: *Licinius contra suspectam et invisam semper eam pecuniam fore aiebat causasque criminum ad plebem, seditionum inde ac legum novarum praebituram; satius igitur esse reconciliari eo dono plebis animos, exhaustis atque exinanitis tributo tot annorum succurri et sentire praedae fructum ex eo bello, in quo prope consenuerint.* “Licínio replicava que esse dinheiro seria sempre suspeito e odioso, e ofereceria constante motivo para acusações, sedições e novas leis. Seria preferível reconquistar por essa dádiva o coração da plebe, trazendo alívio a esses homens esgotados, exauridos pelo tributo pago há tantos anos, e fazê-los desfrutar dos despojos de uma guerra onde quase haviam envelhecido.”

Um fator não religioso fez com que os pontífices se arriscassem e adotassem uma solução que, em última instância, poderia levar (e certamente levou) à entrega de um valor inferior ao prometido.⁶⁷ Mas a saída, ao que parece, foi considerar que a obrigação religiosa, com a tomada dos despojos pelo povo, passara a cada cidadão individualmente e que a *ciuitas*, o *populus*, se encontrava livre de qualquer débito, mantendo-se com isso a *pax deorum*.⁶⁸

A respeito desse mesmo voto surgiu ainda uma questão sobre a qual há notícia expressa de uma consulta ao colégio dos pontífices: o voto feito a Apolo, segundo Camilo, incluía também os bens imóveis.⁶⁹ O Senado, sem conseguir decidir, remete o problema aos pontífices, que realizam uma espécie de “instrução” prévia à decisão, consultando Camilo provavelmente para se certificar dos termos do voto, após o que emitem seu parecer: era sagrada a décima parte de tudo aquilo que antes fora dos Veientes e agora estava *in potestatem Populi Romani*.⁷⁰

Embora a resposta dos pontífices, como indica a consulta do colégio ao responsável pelo voto, tenha se baseado na necessidade de dar exato cumprimento à obrigação, a forma de adimplir o voto não revela um literalismo por parte do colégio (que provavelmente a sugeriu), mas certa liberdade na interpretação, pois se propõe não a consagração do território conquistado, e sim sua estimação pecuniária, a conversão do valor em ouro e a confecção de um vaso com esse material, para que fosse levado ao templo de Apolo em Delfos.⁷¹

⁶⁷ Camilo (Liv. 5,25,5) criticaria o povo, chamando sua contribuição de esmola ao invés de décimo: *stipis verius quam decumae*.

⁶⁸ É o que se pode depreender de Liv. 5,25,5, sendo que nem mesmo o próprio Camilo se opõe a tal solução: *quando ea se quisque privatim obligaverit, liberatus sit populus*. “Pois desde que cada cidadão, em caráter particular, assumira esse compromisso, o Estado estava liberado.”

⁶⁹ Liv. 5,25,6: *enimvero illud se tacere suam conscientiam non pati, quod ex ea tantum praeda, quae rerum moventium sit, decuma designetur; urbis atque agri capti, quae et ipsa voto contineantur, mentionem nullam fieri*. “Mas na verdade, o que não podia omitir em sua consciência era que o dízimo incidisse apenas sobre os bens móveis dos despojos e não se fizesse qualquer menção à cidade e ao território conquistados que também haviam sido incluídos no voto.”

⁷⁰ Liv. 5,25,7: *Cum ea disceptatio, anceps senatui visa, delegata ad pontifices esset, adhibito Camillo visum collegio, quod eius ante conceptum votum Veientium fuisset et post votum in potestatem populi Romani venisset, eius partem decumam Apollini sacram esse*. “O problema parecia insolúvel ao Senado e foi transferido aos pontífices. Assistido por Camilo, o colégio decidiu que tudo o que pertencera aos veientes antes da formulação do voto e após o voto, o que passara ao povo romano, tudo estava sujeito ao dízimo consagrado a Apolo.”

⁷¹ Liv. 5,25,7-10.

Em matéria de calendário, pode-se citar uma resposta pontifical do ano de 389 a.C., acerca da determinação do caráter nefasto de certos dias. Segundo as fontes romanas,⁷² surgiu uma discussão no Senado acerca das razões para vários insucessos romanos em matéria de guerra. E ali se verificou que quando haviam sido oferecidos sacrifícios nos dias imediatamente posteriores às Kalendas, Idos e Nonas, o exército romano fora depois derrotado.⁷³ Remetida a questão ao colégio pontifical, este responde que tais dias eram *atri* e, portanto, inadequados para a prática de atos religiosos.⁷⁴

M. JOHNSON afirma que, na verdade, não foram os pontífices que decretaram o caráter dos dias mencionados, e sim a superstição popular.⁷⁵ Mas ainda que se aceite a opinião do autor, e os pontífices tenham apenas cancelado uma convicção já vivente na sociedade, parece que seu *responsum* é que conferiu validade a essa convicção e instituiu ou oficializou a proibição religiosa vinculada aos dias que se seguiam às Kalendas, Idos e Nonas.

E nesse *responsum* pode-se vislumbrar certo método de raciocínio no colégio: os pontífices (acompanhando a superstição popular) observam determinadas regularidades, atribuem relações de causa e efeito e, a partir delas, “criam” uma regra de ação. Trata-se da

⁷² Macr. Sat. 1,16,21-27; Gell. 5,17,1-2 (citando Vérrio Flaco); Paulus ex Festo 187 L; Liv. 6,1,11-12.

⁷³ Segundo Macróbio, é um harúspice, Lúcio Aquínio, que, convocado pelo Senado para explicar as razões por que *toties intra paucos anos male esset afflicta res publica* (Macr. Sat. 1,16,22), indica a relação entre a prática de sacrifícios nos dias posteriores e o insucesso na guerra (Macr. Sat. 1,16,23). Na narrativa de Vérrio Flaco (Gell. 5,17,2), foram os próprios senadores que lembraram tal relação de causa e efeito: *Compluresque alii senatores recordari sese dixerunt, quotiens belli gerendi gratia res divina postridie Kalendas, Nonas, Idus a magistratu populi Romani facta esset, eius belli proximo deinceps proelio rem publicam male gestam esse*. “E muitos outros senadores disseram recordar-se de várias vezes em que, para o bom sucesso na guerra, os magistrados do povo romano ofereceram sacrifícios nos dias seguintes às Kalendas, Nonas e Idos, e que na próxima batalha dessas guerras a república sofreu algum revés.”

⁷⁴ Macr. Sat. 1,16,24: *Tunc Patres iussisse ut ad collegium pontificum de his religionibus referretur, pontificesque statuisset postridie omnes Kalendas Nonas Idus atros dies habendos, ut hi dies neque praeliares neque puri neque comitiales essent*. “Então os senadores ordenaram que essa questão religiosa fosse referida ao colégio dos pontífices, e os pontífices decidiram que os dias seguintes a todas as Kalendas, Nonas e Idos deveriam ser tidos como agourentos, e neles não ocorreria nenhuma batalha ou comício.” Gell. 5,17,2: *Tum senatus eam rem ad pontifices reiecit, ut ipsi, quod videretur, statuerent. Pontifices decreverunt nullum his diebus sacrificium recte futurum*. “Então o senado remeteu a questão aos pontífices, para que decidissem coo lhes aprovasse. Os pontífices decidiram que em nenhum desses dias se deveria realizar sacrifícios.” Paulus ex Festo, 187 L: *hi dies decreto pontificum atri iudicati sunt*. “Estes dias foram tidos como funestos por um decreto dos pontífices.” Lívio, por sua vez, não menciona expressamente o *responsum* pontifical, limitando-se a dizer que *etiam postridie Idus rebus divinis supersederi iussum; inde ut postridie Kalendas quoque ac Nonas eadem religio esset, traditum putant*. “Segundo certos historiadores (...) foi decretada também uma pausa nos ofícios religiosos no dia seguinte aos idos, superstição que se estendeu ao dia seguinte às kalendas e às nonas.”

⁷⁵ *The Pontifical Law* cit., pp. 186-187.

descoberta (Rechtsfindung) do direito na observação da própria ordem natural, da natureza das coisas.⁷⁶

Em 187 a.C., os pontífices são instados a se manifestar após a prática de um voto e sobre as suas consequências ou forma de execução. O procônsul Marco Fúlvio, antes da celebração de seu triunfo, informa o Senado que, durante a guerra, havia prometido a realização de jogos a Júpiter Ótimo Máximo, e que para essa finalidade as cidades haviam contribuído com cem libras de ouro. Pede então ao Senado que tal quantia, após ser por ele exibida em seu triunfo, seja separada daquilo que iria para o tesouro público.

O Senado consulta os pontífices para saber se era necessário que toda aquela quantia fosse utilizada na celebração dos jogos, ao que o colégio responde ser irrelevante para a religião o valor gasto nessa empreitada. Com base nesse parecer, o Senado autoriza Fúlvio a gastar quanto quisesse, até o limite de oitenta mil sestércios.⁷⁷

Para M. JOHNSON, é provável que o colégio tenha consultado Fúlvio antes de emitir seu parecer. O autor levanta a hipótese de que o procônsul, ao fazer seu voto, não tenha estabelecido uma quantia para empregar nos jogos, mas apenas tenha dito que ofereceria *magni ludi*. O que importava, então, não era a finalidade para a qual as populações haviam dado o dinheiro a Fúlvio, mas sim o que ele havia prometido em seu voto.⁷⁸ Os pontífices, assim, teriam optado por uma interpretação literal e não teleológica. No conflito entre *verba* e *voluntas*, prevaleceu a primeira.⁷⁹

Em 123 a.C., tratando de uma *dedicatio* já realizada, o colégio pontifical, pela boca de seu chefe, o jurista Públio Múcio Cévola, reafirma a disposição da *lex Papiria de dedicationibus*, já mencionada neste capítulo. Lúcia, uma vestal de origem nobre (*summo loco nata*), dedicou um altar, uma edícula e um leito destinado aos deuses (*aram et aediculam et pulvinar*) no sopé do Aventino. O Senado determinou que se consultasse o

⁷⁶ Essa verificação de relações de causa e efeito, segundo D. PORTE, *Les donneurs* cit., p. 16, é uma das causas do conservadorismo romano em matéria de religião (e, por que não, de direito?): “*Le conservatisme se trouvait être lui, article de foi; non par nostalgie passéiste sentimentale, mais pour la conviction que les mêmes causes produisant les mêmes effets, le mot ou le geste qui avaient prouvé une fois leur efficacité devaient être identiquement reproduits dans la suite des âges.*”

⁷⁷ Liv. 39,5,7-10.

⁷⁸ *The Pontifical Law* cit., pp. 202-203.

⁷⁹ Não se pode excluir, neste *responsum*, a presença da mesma *prudentia*, da mesma cautela de que se valiam os pontífices naquelas consultas prévias citadas mais acima. O colégio certamente deve ter deliberado se o valor aplicado na celebração dos jogos poderia desagradar a divindade: se essa fosse uma circunstância relevante, talvez a resposta fosse outra.

colégio pontifical a respeito, o que se deu por intermédio do pretor. Públio Múcio respondeu *pro conlegio* afirmando que o que Lícina dedicara sem autorização do povo não devia ser considerado *sacrum*.⁸⁰

Quando se tratava de uma consulta prévia, bastava o parecer dos pontífices para impedir a realização do ato, mas quando este já se realizara, como no caso de Lícina, o simples parecer não era suficiente, pois os pontífices não *determinavam* a anulação, sendo necessárias outras medidas que não ficavam a seu cargo. No episódio de Lícina, o Senado acata o parecer do colégio e, *ex auctoritate pontificum*, determina a remoção do altar e a tomada de providências pelo pretor urbano a fim de que o objeto não seja tido como sacro e se removam quaisquer inscrições ali presentes.⁸¹

Situação semelhante ocorre no célebre caso da *consecratio* da casa de Cícero, feita por Clódio sem autorização do povo. Submetida a questão ao colégio dos pontífices em 57 a.C., este não determina a restituição da casa (objetivo último de Cícero) nem anula a *consecratio*, decidindo apenas que, se esta contrariou o disposto na *lex Papiria*, era religiosamente inválida e a casa poderia ser restituída sem qualquer sacrilégio (*sine religione*), pois não se tratava de um bem *sacrum*. Em uma carta a seu irmão Ático, Cícero refere expressamente o *responsum* emanado pelo colégio:

<i>Si neque populi iussu neque plebis scitu is qui se dedicasse diceret nominatim ei rei praefectus esset neque populi iussu aut plebis scitu id facere iussus esset videri, posse sine religione eam partem areae</i>	Se parece que aquele que disse ter dedicado o local não foi designado para fazê-lo nem por ordem do povo nem por plebiscito, e se não foi designado nominalmente nem por ordem do povo
--	--

⁸⁰ Cic. dom. 53,136: *Cum Licinia, virgo Vestalis summo loco nata, sanctissimo sacerdotio praedita, T. Flaminio Q. Metello consulibus aram et aediculam et pulvinar sub Saxo dedicasset, nonne eam rem ex auctoritate senatus ad hoc conlegium Sex. Iulius praetor rettulit? Cum P. Scaevola pontifex maximus pro conlegio respondit, Quod in loco publico Licinia, Gai filia, iniussu populi dedicasset, sacrum non viderier.* “Quando Lícina, virgem vestal nascida de família ilustre e revestida de um sacerdócio santíssimo, durante o consulado de Tito Flaminio e Quinto Metelo, dedicou, ao pé do Aventino, um altar, um pequeno santuário e um leito sagrado, o pretor Sexto Júlio, pela autoridade do Senado, não remeteu a questão a este colégio? E então o pontífice máximo, Públio Cévola, respondeu, em nome do colégio, que ‘não parece ter sido consagrado o que Lícina, filha de Gaio, dedicou, num lugar público, sem a ordem do povo’.” Tradução livre do autor.

⁸¹ Cic. dom. 53,137: *Videtisne praetori urbano negotium datum ut curaret ne id sacrum esset, et ut, si quae essent incisae aut inscriptae litterae, tollerentur?* “Não vedes que o pretor foi encarregado de cuidar para que tais coisas não fossem tidas por consagradas e para que se eliminassem as letras que ali tivessem sido gravadas ou inscritas?”

*mihi restitui.*⁸²

nem por plebiscito, a área pode ser restituída sem sacrilégio.

Os exemplos da atuação pontifical citados neste capítulo situam-se, em sua maioria, numa época em que o saber jurídico não estava mais concentrado no colégio. Mas ainda assim se justifica sua menção, pois apontam para o tipo de atividade que os pontífices sempre exerceram, a forma com que o faziam, além da mentalidade formalista que permeava sua atuação e que tanta influência teve no âmbito do direito privado.

1.3. Atuação no direito privado

Ao contrário do que ocorre com a matéria religiosa, não há nas fontes notícias tão expressas acerca de episódios em que os pontífices tenham exercido a consultoria jurídica de direito privado. Essa atuação privatística pode ser deduzida, além das razões que aproximam tais sacerdotes do direito privado, da passagem em que Pompônio, após afirmar que tanto a ciência da interpretação quanto as ações estavam *apud collegium pontificum*, informa que, a cada ano, se designava um pontífice para que *praeesset privatis*.⁸³

Segundo F. CANCELLI,⁸⁴ Cujácio interpretava essa expressão justamente no sentido de atividade consultiva, desenvolvendo-se no século XIX certa corrente de autores que nela enxergavam o exercício da jurisdição, interpretação que não parece correta, tendo em vista a existência da jurisdição real, poder depois exercido pelos cônsules e pelos pretores urbanos criados em 367 a.C.⁸⁵

No âmbito do direito de família e sucessório, a influência pontifical é relativamente bem atestada. Esses ramos, intimamente ligados aos *sacra*, área precípua de interesse dos pontífices, certamente seriam por eles influenciados e regidos.

⁸² Cic. Att. 4,2,3.

⁸³ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,6: *omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis*.

⁸⁴ *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio. Tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma, Aracne, 1996, pp. 23-24.

⁸⁵ Sobre a jurisdição real, veja-se Dion. Hal. ant. 2,14,2; Dion. Hal. ant. 4,25,2; Dion. Hal. ant. 4,36,22; Dion. Hal. ant. 10,1,2; Cic. rep. 5,3; Liv. 1,40,5; Liv. 1,41,5.

A começar pelo casamento, instituição pela qual uma estranha seria introduzida no culto doméstico da família do marido e na qual se geraria a prole eventualmente responsável pela perpetuação desse culto. Visando garantir esses interesses e evitar a turbacão dos *sacra privata* é que os pontífices intervinham na cerimônia da *confarreatio*,⁸⁶ mais antiga forma de casamento, cujo desenrolar é descrito por Gaio:⁸⁷

<i>Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est.</i>	Ficam as mulheres <i>in manu</i> pela confarreação, por uma espécie de sacrifício tributado a Júpiter Fárreo; neste sacrifício emprega-se um pão de trigo, donde a denominação <i>confarreatio</i> . Muitos outros atos são além disso praticados nesta cerimônia, por meio de palavras certas e solenes e na presença de dez testemunhas. Este direito existe ainda atualmente.
---	--

A. BOUCHÉ-LECLERCQ elenca duas razões para a presença dos pontífices na cerimônia: participavam, em primeiro lugar, para verificar sua validade, necessária para a regular transmissão dos *sacra*; além disso, o casamento gerava uma espécie de perturbação na esfera dos cultos domésticos e necessitava de aprovação pelas autoridades, a religiosa representada pelo Pontífice Máximo e a pública pelas dez testemunhas.⁸⁸

A presença do Pontífice Máximo se explica também pela necessidade de *verba praeire*, tarefa característica do colégio pontifical, embora não se deva excluir que a prática reiterada de *confarreationes* na sociedade e o caráter ritmado das fórmulas sacras romanas

⁸⁶ Cf. Serv. georg. 1,31: *tribus enim modis apud veteres nuptiae fiebant: (...)farre, cum per pontificem maximum et Dialem flaminem per fruges et molam salsam coniungebantur—unde confarreatio appellabatur.* “As núpcias se faziam de três modos no tempo de nossos antepassados: (...) com o bolo de farinha, quando se uniam pelo pontífice máximo e flâmine de Júpiter, cereais e a farinha sagrada, daí porque chamada de *confarreatio*.” Cf. A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes* cit., p. 202; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. II, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 273.

⁸⁷ Gai. 1,112.

⁸⁸ *Les Pontifes* cit., pp. 202-203. O autor ressalta que a turbacão não seria tão grande quando os nubentes pertencessem à mesma *gens*, pois os deuses venerados no seu interior eram aparentados e não se importariam com essa transferência de adoradores. Mais grave seria o casamento com alguém de outra *gens*, perturbação maior no culto que os sacerdotes (chamados às vezes de *théologiens* por A. BOUCHÉ-LECLERCQ) tentavam impedir, recomendando uma espécie de fechamento que garantisse a vinculação intragenticia das famílias por meio de alianças matrimoniais. Embora provavelmente não proibissem completamente a *gentis enuptio*, devem ter condicionado sua realização à aprovação prévia da própria *gens*.

possibilitassem aos cidadãos memorizar o ritual e, assim, realizá-lo sem precisar do auxílio do sacerdote.

Muito provavelmente não atuavam apenas na própria cerimônia, mas deviam aconselhar as famílias interessadas antes da realização do matrimônio, avaliando os aspectos religiosos envolvidos, bem como os requisitos de validade da união. É possível, inclusive, como faz G. NOCERA, perguntar-se se a *confarreatio* poderia ocorrer sem que a autoridade religiosa desse seu aval prévio, após resolver as dúvidas *de filia conlocanda*.⁸⁹

Macróbio traz ainda a notícia de regulamentações pontificais sobre os dias adequados à celebração do matrimônio. Pelo *ius pontificium*, as Kalendas, Nonas e Idos seriam dias inapropriados para tal cerimônia. A razão apontada pelo historiador, que contraria Vérrio Flaco e Varrão, é a seguinte: no dia seguinte ao casamento a esposa deveria oferecer um sacrifício, o que era vedado em virtude do caráter nefasto dos dias que se seguiam às Kalendas, Nonas e Idos.⁹⁰ A origem de tal regramento não é descrita por Macróbio, mas pode-se questionar se foi uma deliberação espontânea do colégio pontifical (*decretum*) ou um parecer (*responsum*) dado a alguém que, desejando casar-se num desses dias, consultou previamente os pontífices.

⁸⁹ *Iurisprudencia. Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni, 1973, p. 41. Na própria *difarreatio*, dissolução do casamento realizado por *confarreatio*, Plut. qu. R. 50, menciona, sob Domiciano, a participação de sacerdotes (ἱερείς), sem, no entanto, especificar quais deles, omissão diante da qual não se pode afirmar com certeza que fossem os pontífices a executar os ritos estranhos e agourentos (φρικώδη καὶ ἄλλόκοτα καὶ σκυθρωπὰ) dessa cerimônia.

⁹⁰ Macr. Sat. 1,15,21-22: *Nec hoc praetermiserim, quod nuptiis copulandis Kalendas Nonas et Idus religiosas, id est devitandas, censuerunt. Hi enim dies praeter Nonas feriati sunt: feriis autem vim cuiquam fieri piaculare est: ideo tunc vitantur nuptiae, in quibus vis fieri virgini videtur. Sed Verrium Flaccum iuris pontificii peritissimum dicere solitum refert Varro, quia feriis tergere veteres fossas liceret, novas facere ius non esset, ideo magis viduis quam virginibus idoneas esse ferias ad nubendum. Subiciet aliquis: Cur ergo Nonis, si feriatus dies non est, prohibetur celebritas nuptiarum? Huius quoque rei in aperto causa est. Nam quia primus nuptiarum dies verecundiae datur, postridie autem nuptam in domo viri dominium incipere oportet adipisci et rem facere divinam, omnes autem postridui dies seu post Kalendas sive post Nonas Idusve ex aequo atri sunt, ideo et Nonas inhabiles nuptiis esse dixerunt, ne nupta aut postero die libertatem auspicaretur uxorem aut atro immolaret quo nefas est sacra celebrari.* “E não devo deixar passar o fato de considerarem as Kalendas, Nonas e Idos como dias religiosos em relação à contração das núpcias, ou seja, dias em que ela deve ser evitada. Pois esses dias, com exceção das Nonas, são feriados, e neles é um sacrilégio fazer violência a alguém: por isso devem ser evitadas as núpcias nas quais parece que se fará violência às virgens. Mas segundo Varrão, Vérrio Flaco, muito versado no direito pontifical, costumava dizer que, assim como era lícito apenas limpar as fossas velhas nos dias feriados, e não construir novas fossas, assim também as viúvas, mais que as virgens, podiam se casar em dias feriados. Mas resta a pergunta: por que se proíbe a celebração das núpcias nas Nonas, que não são dias feriados? A causa da proibição é clara. Como o primeiro dia das núpcias é dedicado ao recato, no dia seguinte é que se deve introduzir a recém-casada na família de seu marido e oferecer um sacrifício, mas todos os dias seguintes às Kalendas, Nonas ou Idos são igualmente agourentos e, por isso, também as Nonas são tidas como dias inaptos para as núpcias, para que a noiva não inaugure sua liberdade de esposa ou realize uma imolação num dia funesto, no qual é nefasto celebrar qualquer rito sagrado.”

Caso a união matrimonial acabasse por não gerar filhos, a perpetuação do culto doméstico corria sério risco, e para obviá-lo os romanos se valeram do instituto da adoção, mediante o qual um estranho era admitido na família como filho e, nessa qualidade, poderia garantir a continuidade dos *sacra*.

E a forma mais antiga de adoção era a *adrogatio*, realizada perante os comícios por cúrias, sob presidência do Pontífice Máximo, o que se explica pelos os interesses envolvidos, tanto públicos como religiosos. Como aponta J. C. MOREIRA ALVES,⁹¹ a *adrogatio* fazia com que uma família fosse absorvida por outra. O *sui iuris* ad-rogado passava a integrar a família do ad-rogante, levando para ela todo seu patrimônio e as pessoas que estavam submetidas a sua *potestas*, o que interessava à cidade, já que diminuiria o número de famílias que a constituíam, e também à religião e seu representante principal, tendo em vista que o culto doméstico do ad-rogado se extinguiria.

Por tal razão, o pontífice avaliava previamente a conveniência e a validade da ad-rogação. Verificava a importância recíproca do culto familiar que iria ser extinto e daquele que sobreviveria, a possibilidade do ad-rogante ainda vir a ter filhos, assim como a verdadeira intenção do ad-rogante era continuar o culto de sua família ou colocar as mãos fraudulentamente sobre os bens do ad-rogado.⁹²

Caso entendesse válida e recomendável a realização de tal ato, o pontífice, na reunião dos comícios por cúrias, fazia uma série de perguntas (*rogationes*): ao ad-rogante, para saber se realmente desejava se tornar *pater familias* do ad-rogado; ao ad-rogado, para saber se ele desejava ingressar na família do ad-rogante; dirigia-se então ao povo reunido para obter sua aprovação ou desaprovação, com uma fórmula solene cujo teor foi conservado por Aulo Gélcio:⁹³

Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio | Desejei e ordeneis que Lúcio Valério seja,

⁹¹ *Direito romano*, vol. II cit., p. 260.

⁹² Cf. Gell. 5,19,5: *Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur; nam comitia arbitris pontificibus praebentur, quae "curiata" appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiosae adpetita sint, consideratur; iusque iurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur.* “Mas as ad-rogações não se realizam de forma temerária ou impensada; os comícios curiados se reúnem por decisão dos pontífices e verificam se a idade daquele que quer ad-rogar é idônea à geração de filhos e se não quer, na verdade, se apossar insidiosamente dos bens do ad-rogado; por fim, o ad-rogante faz o juramento na forma concebida pelo pontífice máximo Quinto Múcio.” Eis aí mais uma vez aquela *prudentia* característica dos pontífices, que buscavam em primeiro lugar garantir a continuidade do maior número possível de *sacra*, bem como evitar que um ato com finalidades religiosas degenerasse em busca por riquezas.

⁹³ Gell. 5,19,9.

tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo."

pela lei e pelo direito, filho de Lúcio Tício, como se nascido fosse desse pai e dessa mãe, e que ele esteja submetido ao poder de vida e morte que todo pai tem sobre o filho. Assim como o disse, é o que vos peço, ó Quirites.

Aprovada a *adrogatio* pelo povo,⁹⁴ os pontífices procediam à *sacrorum detestatio*, pela qual o ad-rogado renunciava aos *manes* de sua antiga família, a fim de poder passar a cultuar os daquela em que era agora inserido e, no futuro, se apresentar como *heres sacrorum*.

Vê-se que a assistência dos pontífices era completa, compreendendo o aconselhamento prévio aos interessados, a avaliação das possibilidades de celebração, a confecção da fórmula da *rogatio* e a submissão da mesma à aprovação do povo. Trata-se de um verdadeiro *cavere*, até mesmo mais amplo que aquele a ser exercido pelos juristas posteriores.

Esse mesmo tipo de atuação os pontífices desenvolviam em matéria de testamento, ato jurídico que perturbava a ordem natural de sucessão e, portanto, era permitido inicialmente apenas quando faltassem descendentes *in potestate* e na forma *calatis comitiis*,⁹⁵ realizada de modo semelhante à *adrogatio*. Tratava-se, assim como ela, de um meio jurídico encontrado para garantir a perpetuidade do culto doméstico, tendo em vista que a sucessão hereditária, em Roma, abrangia não só aspectos patrimoniais, mas obrigava também o *heres* à continuação dos *sacra*.⁹⁶

Assim é que o direito sucessório entra na esfera de influência dos pontífices. Eles se valem de sua expertise com as palavras e fórmulas para guiar a confecção do testamento antes de submetê-lo à aprovação dos comícios, assegurando aos protagonistas do direito testamentário (as famílias nobres) a consecução dos efeitos desejados (transmitir o nome,

⁹⁴ Aprovação que, segundo A. BOUCHÉ-LECLERQ, *Les Pontifes* cit., p. 206, dependeria da opinião do sacerdote. Segundo o autor, as cúrias somente aceitavam essa violação à lei natural de transmissão dos *sacra* com a aprovação prévia dos pontífices, que o autor chama de "diretores da consciência pública" e que, como se viu, examinavam todos os aspectos antes de propor a ad-rogação.

⁹⁵ Cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 700.

⁹⁶ Trata-se do princípio *sacra cum pecunia* que, segundo Cícero (Cic. leg. 2,19,48-49), foi introduzido pelos pontífices: *nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt*. "pois o culto familiar está ligado ao patrimônio não em virtude da lei, mas da autoridade dos pontífices."

os bens, tratar diferentemente os filhos e descendentes). Garantiam a correta formulação da *institutio heredis* e das cláusulas que a modificavam (*substitutio*) ou limitavam (*cretio*, nomeação de tutores e legatários). Não é preciso muita imaginação para pensar nas cautelas que deviam ser tomadas na assimilação de um estranho como parte da família e qual o papel dos pontífices e sua *prudentia* no desempenho dessa função.⁹⁷

Embora a atuação pontifical encontre comprovação maior nas fontes apenas no que se refere ao campo do direito de família e sucessões, os romanistas tendem a estender o âmbito dessa jurisprudência cautelar, para alcançar a criação de outros atos jurídicos do direito arcaico, como a *mancipatio* (com seus usos fiduciários, para testamento e matrimônio), a *in iure cessio*, a *manumissio vindicta*, as fórmulas mais antigas de contrato verbal (*sponsio*, *feidepromissio*), o *nexum*, a *solutio per aes et libram*, a *acceptilatio*, além das próprias *legis actiones*.⁹⁸

Os pontífices, portanto, seriam os responsáveis por aconselhar os particulares antes da celebração de um negócio jurídico, auxiliando-os ainda com a indicação da fórmula correta a ser utilizada e com a própria redação dos termos do negócio, a fim de que este atingisse as finalidades desejadas. O mesmo ocorreria quando se quisesse intentar uma ação judicial; era preciso recorrer aos pontífices em busca da fórmula correta, sem a qual a lide corria o risco de ser perdida.⁹⁹

Vê-se que, nessa descrição da atividade dos pontífices, ressalta a atuação prévia, o *cavere*, cuja prevalência levará até mesmo à qualificação da jurisprudência romana arcaica como jurisprudência cautelar. Mas não se deve excluir que em matéria de direito privado os pontífices também exercessem uma consultoria posterior aos atos ou durante os processos, embora não haja fontes atestando a prática do *respondere* em sentido estrito.

⁹⁷ Cf. G. NOCERA, *Iurisprudencia* cit., pp. 41-42.

⁹⁸ Assim, F. SCHULZ, *Storia* cit., pp. 42-43, para quem “todo esse vasto tesouro de *formulae* é obra dos pontífices: fórmulas que são obviamente o produto de um pensamento técnico racional e, de outra parte, tão intimamente análogas às *actiones* de direito sacro que não é possível outra paternidade.” Também G. NOCERA, *Iurisprudencia* cit., pp. 42-44, segundo o qual até mesmo o complexo mecanismo da *emancipatio*, elaborado com base em disposição da Lei das XII Tábuas, é obra dos pontífices, e M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 32. Diferentemente, C. A. CANNATA (*Historia* cit., p. 34) afirma que a *emancipatio* é uma criação da jurisprudência leiga, o que se verifica pelo malabarismo interpretativo e construtivo necessário para a efetivação do ato, em contraposição à aparente simplicidade com que os pontífices formulavam os negócios jurídicos. O mesmo se poderia dizer da *adoptio* frente à *adrogatio*.

⁹⁹ Cf. Gai. 4,11 e Gai 4,30.

1.4. Monopólio pontifical ou patrício? Patronato e consultoria jurídica

Era a jurisprudência um *monopólio* do colégio pontifical? Eram os pontífices os únicos responsáveis pela *interpretatio* (dos costumes e das leis) e pela prestação da consultoria jurídica que se vem descrevendo nas páginas acima? O conhecimento jurídico era um *segredo* por eles zelosamente guardado?

Pompônio não o afirma, ao menos expressamente, pois se limita a dizer que tanto a *interpretandi scientia* quanto as ações *apud collegium pontificum erant*. O caráter de exclusividade e segredo fica evidente, contudo, nas passagens de Tito Lívio (*ius civile ... repositum in penetralibus pontificum*)¹⁰⁰ e Valério Máximo (*per multa saecula ... solisque pontificibus notum*),¹⁰¹ situação a que Gneu Flávio teria posto fim com a divulgação dos fastos e das ações.

Para F. CANCELLI, entretanto, não se pode conceber um jurisprudência pontifical exclusiva e secreta, que tenha perdurado, a seguir a narrativa das fontes, até aproximadamente o ano de 304 a.C., quando ocorrem os episódios de divulgação ligados a Gneu Flávio e Ápio Cláudio.

Segundo o autor,¹⁰² no período da realeza não se poderia falar em monopólio, diante de notícias nas fontes acerca do exercício de atividade interpretativa por parte do rei, como a que se vê no *De re publica*:

<p><Nihil esse tam> regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus, ob easque causas agri arvi et arbusti et pascui lati atque uberes definiebantur, qui essent regii [qui] colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii cura a populorum rebus abduceret. Nec vero</p>	<p>Não havia nada tão real como a explanação da equidade, na qual se compreendia a interpretação do direito; porque costumavam os gregos submeter à decisão dos reis a interpretação do direito privado. Por isso, as terras, os campos, os pastos e os bosques se reservaram aos reis, como bens da coroa, para que o cuidado dos seus interesses pessoais não pudesse</p>
--	---

¹⁰⁰ Liv. 9,46,5.

¹⁰¹ Val. Max. 2,5,2.

¹⁰² *La giurisprudenza cit.*, p. 17.

quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis. Et mihi quidem videtur Numa noster maxime tenuisse hunc morem veterem Graeciae regum. Nam ceteri, etsi hoc quoque munere fungebantur, magnam tamen partem bella gesserunt et eorum iura coluerunt; illa autem diuturna pax Numae mater huic urbi iuris et religionis fuit, qui legum etiam scriptor fuit quas scitis extare, quod quidem huius civis proprium de quo agimus'.

distraí-los dos assuntos públicos. Nenhum particular podia constituir-se em juízo ou árbitro de um litígio; porque tudo isso era reservado e conferido ao poder real. Julgo que, entre nós, foi Numa quem conservou mais esses velhos costumes dos reis da Grécia, pois os outros, se bem que tivessem posto algum cuidado nisso, tomaram maior parte na guerra, cultivando principalmente esse direito. E, no entanto, aquela tranquila e longa paz de Numa gerou em Roma o direito e a religião. E, desse modo, escreveu ele aquelas leis que hoje subsistem, e, ao fazê-lo, fez algo próprio do cidadão modelo de que falamos.¹⁰³

Uma leitura completa do texto, no entanto, não exclui a atuação dos pontífices. Em primeiro lugar, porque o exercício da jurisdição pelo rei (e mesmo depois pelos cônsules) não impossibilita o domínio ou ascendência pontifical sobre o direito, por não ser improvável que esses sacerdotes fossem chamados a aconselhar os responsáveis pela jurisdição, via de regra, homens mais ligados às armas e à política, que não conheciam os entremeios da interpretação jurídica.

Além disso, o próprio Cícero afirma que essa atividade jurisdicional e interpretativa foi uma exceção entre os reis, preocupados mais com as guerras. Numa, em virtude da paz conseguida em seu reinado, teria privilegiado essa atuação. Sendo ele mesmo pontífice,¹⁰⁴ o vínculo com o colégio também não está excluído. E sob os outros reis os responsáveis por suprir essa omissão em matéria de *interpretatio* eram provavelmente os pontífices.

Para F. CANCELLI, tratando mais especificamente do período republicano, uma jurisprudência exclusiva e secreta dos pontífices seria incompatível, em primeiro lugar, com a própria publicidade do processo civil, já que, cotidianamente pronunciadas as

¹⁰³ Cic. re pub. 5,3. Tradução de A. CISNEIROS (*Da República*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, s/d).

¹⁰⁴ Plut. Num. 9,1.

fórmulas em juízo, as partes, magistrados e patronos acabariam por memorizá-las, não mais dependendo da consulta aos pontífices para um emprego futuro das mesmas.¹⁰⁵

Essa publicidade permitia também que os processos fossem observados pelos tribunos da plebe, magistratura existente desde 496 a.C. e responsável por evitar que a plebe sofresse algum dano por parte dos patrícios, o que poderia ocorrer com base no arbítrio interpretativo exercido frente ao direito não escrito. Para F. CANCELLI, esses magistrados certamente não permitiram, ao menos passivamente, que o conhecimento das fórmulas corretas permanecesse secreto e confiado a um sacerdócio exclusivamente patrício, e muito menos que isso começasse a ocorrer depois das XII Tábuas.¹⁰⁶

A própria existência da lei decenviral contrasta, segundo o mesmo autor, com o segredo e exclusividade. Obtida essa conquista, com a colocação por escrito e a publicação do direito a fim de reduzir o arbítrio patrício, a plebe não retrocederia deixando que os pontífices exercessem o domínio sobre as fórmulas jurídicas e uma interpretação jurídica não sujeita ao controle popular.¹⁰⁷

Não é impossível, contudo, que mesmo após a promulgação das XII Tábuas os pontífices tenham continuado a exercer um controle sobre o direito. Em primeiro lugar porque eram os homens mais capacitados no manejo de palavras e fórmulas, sendo que o formalismo era uma mentalidade compartilhada por patrícios e plebeus. Além disso, e em virtude de sua competência com os *verba*, devem ter tomado para si a tarefa de interpretar lei.¹⁰⁸

E nessa tarefa, embora não fosse possível um arbítrio tão grande quanto na “interpretação” de normas não escritas, é certo que restava ao colégio alguma margem de discricionariedade, tendo em vista a textura aberta da linguagem, que nenhuma codificação consegue eliminar. De qualquer forma, as XII Tábuas representam uma limitação ao poder

¹⁰⁵ *La giurisprudenza cit.*, p. 94. Essa mesma ideia é defendida por G. FORSYTHE, *Critical history of early Rome*, Los Angeles, University of California, 2005, p. 215, para quem tal segredo pontifical impediria o funcionamento da jurisdição numa sociedade tão grande e complexa como aquela romana do século IV a.C. Além disso, como os processos eram conduzidos em público, no *Forum* ou no *Comitium*, poderiam ser observados por comerciantes, artesãos e camponeses que estivessem de passagem pela cidade.

¹⁰⁶ *La giurisprudenza cit.*, p. 87.

¹⁰⁷ F. CANCELLI, *La giurisprudenza cit.*, pp. 91-94, para quem (p. 91) “*la plebe, dopo aver ottenuto il tribunato, riuscì a far fissare per legge la certezza dei procedimenti giudiziari, e tutto questo sarebbe rimasto frustrato, se ancora un corpo ristretto anzi un organismo ufficiale di pochi membri, e religioso e retivo, misterioso e arcano o meno, e esponente del patriziato già costretto alla resa per il vertice del potere politico, avesse, addirittura, gestito il formulario processuale.*”

¹⁰⁸ Tanto é que Pompônio situa o início da jurisprudência após as XII Tábuas.

dos pontífices, como representa (ou deveria representar) qualquer texto de lei em relação ao intérprete.

Por fim, F. CANCELLI entende que o segredo e a exclusividade pontifical são incompatíveis com a instituição do patronato, operante desde o período arcaico de Roma. Dentre os deveres dos patronos, membros expoentes do patriciado que funcionavam como defensores processuais de seus clientes, estava o de explicar-lhes o direito, o que não significa ensino propriamente dito, mas a prestação de conselhos e sugestões preventivas em diversas ocasiões.¹⁰⁹ E para dar essas consultas certamente deviam ter um conhecimento jurídico, que, portanto, não era exclusividade dos pontífices nem estava oculto em arquivos secretos disponíveis apenas aos membros do colégio.

O verdadeiro monopólio, segundo o autor, era do patriciado e não do colégio pontifical. O conhecimento do direito e das fórmulas era um privilégio de classe e não dos sacerdotes, ainda que exercido em grande parte por meio deles, representantes mais qualificados da classe dominante, mas não os únicos.¹¹⁰

Num texto de Dionísio de Halicarnasso sobre a administração da justiça após a queda dos reis, a menção a uma espécie de monopólio sobre o direito é feita, mas apenas com relação aos patrícios, ainda que em conexão com os livros sagrados dos pontífices:

<p>τὸ δικαιοθὲν ὑπ' ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν. ὥς δ' ἐπαύσαντο μοναρχούμενοι, τοῖς κατ' ἐνιαυτὸν ὑπατεύουσιν ἀνέκειτο τὰ τε ἄλλα τῶν βασιλέων ἔργα καὶ ἡ τοῦ δικαίου διάγνωσις, καὶ τοῖς ἀμφισβητοῦσι</p>	<p>Depois que deixaram de ser governados pelos reis, a função de administrar a justiça, juntamente com as outras funções do rei, foi conferida aos côsules anuais, e eles decidiam o que era justo entre os</p>
--	---

¹⁰⁹ *La giurisprudenza cit.*, p.96

¹¹⁰ *La giurisprudenza cit.*, p. 61: “*Resta, con tali variazioni o scantonamenti, che siamo fuori propriamente da un monopolio, lasciato e affidato a un organismo ufficiale chiuso, o comunque da esso detenuto, e si configura, come altri, qual privilegio di classe, o piuttosto una sua conseguenza: tanto, infatti, nella ipotesi, che i pontefici, giureconsulti di Stato, fossero concorrenti con i prudentes e patroni, e che fossero com i patrizi più qualificati o si “dissolvessero” senz’altro nel patriziato, si includono la conoscenza e il maneggio del diritto nelle prerogative e negli abusi della classe dominante, onde la lotta della plebe per riscattarsene.*” F. CANCELLI, na p. 56, nt. 150, menciona uma longa lista de romanistas mais antigos para quem os intérpretes do direito eram os patrícios como um todo e sobretudo os pontífices, com a citação por extenso dos trechos em que defendem essa ideia: é o caso de Cujácio, Thomasius, Heinécio, Pothier, Bach, Gibbon, Hugo, Mackeldey, Ortolan, Fustel de Coulanges, Mainz, May e Pais, autores que, mesmo diante da forte sugestão operada pelo texto de Pompônio, tinham em mente a existência do patronato e a exclusividade patrícia na administração da justiça. Ainda segundo F. CANCELLI (p. 51), a ideia de um monopólio propriamente pontifical se fixou apenas no final do século XIX, com a obra de Jörs, Krüger, Jhering e, na Itália, com Bonfante.

πρὸς ἀλλήλους ὑπὲρ ὅτουδήτινος ἐκεῖνοι τὰ δίκαια οἱ διαιροῦντες ἦσαν. τούτων δὲ τὰ μὲν πολλὰ τοῖς τρόποις τῶν ἀρχόντων ἀριστίνδην ἀποδεικνυμένων ἐπὶ τὰς ἀρχὰς ἀκόλουθα ἦν: κομιδῇ δ' ὀλίγα τινὰ ἐν ἱεραῖς ἦν βύβλοις ἀποκείμενα, ἃ νόμων εἶχε δύναμιν, ὧν οἱ πατρίκιοι τὴν γνῶσιν εἶχον μόνοι διὰ τὰς ἐν ἅστει διατριβάς, οἱ δὲ πολλοὶ ἐμπορευόμενοί τε καὶ γεωργοῦντες διὰ πολλῶν ἡμερῶν εἰς ἅστν καταβαίνοντες ἐπὶ τὰς ἀγορὰς ἄπειροι ἔτι ἦσαν.

litigantes. Essas decisões, via de regra, se conformavam ao caráter dos magistrados, designados para a função com base em seu bom nascimento.¹¹¹ Algumas delas, no entanto, eram mantidas em livros sagrados e tinham força de lei; mas apenas os patrícios tinham conhecimento delas, pois passavam seu tempo na capital, enquanto as massas, formadas por mercadores ou camponeses que vinham para a cidade apenas para as feiras, em intervalos de muitos dias, não estavam familiarizadas com elas.¹¹²

Embora a razão apontada por Dionísio para explicar o domínio patrício sobre o direito seja bastante interessante, pois demonstra que o exercício da jurisprudência se devia a condições sócio-econômicas (podem se dedicar a esse saber apenas aqueles que, sem ter de permanecer nos campos garantindo a própria subsistência, se estabelecem na cidade), não deve ser a única: é de se esperar que os patrícios fizessem de tudo para não divulgar o conhecimento jurídico fora do âmbito de sua classe, ainda que os plebeus também permanecessem na cidade.

Mas assim como ocorria com o direito sacro, o saber jurídico em matéria privada também tinha de vir à tona, o que ocorria por meio dos *responsa* pontificais. Promulgadas as XII Tábuas, os plebeus têm maiores condições de conhecer as regras que regem a cidade e assim se precaver contra o arbítrio patrício, mas necessidade de consultar experts não desaparece: a uma porque a norma escrita requer interpretação; a outra porque os negócios

¹¹¹ A confiar na informação de Dionísio, pode-se concluir que a administração da justiça não estava necessariamente baseada em raciocínio jurídico, havendo outros fatores determinantes para a decisão do caso que, por sua natureza, não são racionalmente controláveis. Isso mostra que a existência de atividade jurisdicional não é sinônimo de exercício de *interpretatio* por seus titulares. Assim sendo, a jurisdição não exclui a necessidade de consultar os juristas, únicos a dominarem a *interpretandi scientia*, e, portanto, não pode servir como argumento para negar o monopólio pontifical da jurisprudência.

¹¹² Dion. Hal. ant. 10,1,3-4. Baseado na tradução francesa de Philippe Remacle, disponível em <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/denys/livre10.htm>., e na tradução inglesa da Loeb Classical Library, disponível em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Dionysius_of_Halicarnassus/10A*.html.

jurídicos da vida cotidiana, assim como as ações judiciais, dependem de fórmulas nem sempre previstas em lei.

Uma questão que se põe é se um colégio composto por cinco sacerdotes, dos quais apenas um era designado para responder às consultas dos particulares, seria capaz de suprir a demanda por conselhos jurídicos na cidade. A resposta parece ser negativa e é de se supor que os pontífices se valessem de intermediários para comunicar os resultados de seu saber. E se há intermediários não há mesmo que se falar em monopólio ou segredo, pelo menos não de forma absoluta.

F. SCHULZ, tratando do *cavere*, negocial e processual, afirma que os pontífices provavelmente não assistiam à realização dos atos jurídicos ou às ações judiciais. Essa tarefa rotineira de assistência eles deviam confiar a seus secretários.¹¹³

A essa hipótese, sem apoio algum nas fontes, mas apenas na lógica e na legítima especulação do historiador, pode-se somar outra: em se tratando da demanda por consultas jurídicas, os patronos funcionavam como intermediários entre os pontífices e os cidadãos. A atividade consultiva nasce, assim, não apenas com os pontífices, mas também com os patronos, personagens de elevado grau social.¹¹⁴

E o exercício dessa atividade é mencionado nas fontes que descrevem os deveres recíprocos envolvidos na relação de patronato e neles incluem o dever ou costume de os patronos explicarem o direito a seus clientes. É o caso de Dionísio de Halicarnasso (ἐξηγεῖσθαι τὰ δίκαια):

ἦν δὲ τὰ ὑπ' ἐκείνου τότε ὁρισθέντα καὶ | As regras que ele então institui acerca do

¹¹³ *Storia* cit., p. 44. G. FORSYTHE (*Critical history* cit., p. 215), por sua vez, menciona a existência de uma cultura jurídica oral que era passada de pai para filho como uma forma de prepará-lo para a vida adulta. Ela envolvia os negócios da vida civil, como a *mancipatio* e a *stipulatio*, dotadas de fórmulas simples e empregadas pelos cidadãos romanos com frequência, sem a necessidade de recorrer ao saber dos pontífices, o mesmo ocorrendo com as ações da lei.

¹¹⁴ A presença dos patronos como consultores é uma sugestão importante de F. CANCELLI que, no entanto, não se encontra em outras obras sobre a jurisprudência romana consultadas para a feitura desta dissertação. Estranhamente, o livro de Cancelli, no qual o autor, como de costume, busca por abaixo opiniões bem estabelecidas na romanística, não recebeu desta, ao que parece, a mínima atenção. Na pesquisa feita, não se encontrou, por exemplo, na parte final das revistas *IVRA* posteriores a sua publicação, qualquer notícia de resenha. Quando se menciona a obra de Cancelli, não se busca refutar pontualmente suas teses. É o caso de M. TALAMANCA (*I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR* 103–104 (2000–2001, publicado em 2009), p. 504, nt. 90), de quem a obra recebeu severa crítica: “*Non fa progredire le nostre conoscenze la monografia a tesi*” “*fondamentalmente ispirata, qualsiasi ne siano state le cause, al solo evidente desiderio di andare contro le ricostruzioni fino ad ora correnti – si basa, oltre che su invenzioni, su letture delle fonti erronee e palesemente preordinate al risultato da raggiungere.*”

μέχρι πολλοῦ παραμείναντα χρόνου Ῥωμαίοις ἔθη περὶ τὰς πατρωνείας τοιαύδε: τοὺς μὲν πατρικίους ἔδει τοῖς ἑαυτῶν πελάταις ἐξηγεῖσθαι τὰ δίκαια, ὧν οὐκ εἶχον ἐκεῖνοι τὴν ἐπιστήμην, παρόντων τε αὐτῶν καὶ μὴ παρόντων τὸν αὐτὸν ἐπιμελεῖσθαι τρόπον ἅπαντα πράττοντας, ὅσα περὶ παίδων πράττουσι πατέρες, εἰς χρημάτων τε καὶ τῶν περὶ χρήματα συμβολαίων λόγον: δίκας τε ὑπὲρ τῶν πελατῶν ἀδικουμένων λαγχάνειν, εἴ τις βλάπτοιτο περὶ τὰ συμβόλαια, καὶ τοῖς ἐγκαλουσιν ὑπέχειν: ὥς δὲ ὀλίγα περὶ πολλῶν ἄν τις εἴποι πᾶσαν αὐτοῖς εἰρήνην τῶν τε ἰδίων καὶ τῶν κοινῶν πραγμάτων, ἥς μάλιστα ἐδέοντο, παρέχειν.

patronato e que continuaram em uso dentre os romanos eram as seguintes: Era dever dos patrícios explicar o direito a seus clientes, ignorantes a respeito dele; cuidar deles quando estivessem presents ou ausentes, fazendo tudo quanto um pai faz ao filho, em relação ao dinheiro e aos contratos que o envolvem; agir em juízo em favor de seus clients quando este fossem lesados em seu scontratos, e defendê-los contra qualquer um que os acusasse em juízo; em resumo, garantir-lhes, tanto nos negócios públicos como particulares, a segurança de que precisavam.¹¹⁵

e Plutarco (ἐξηγητάς τε τῶν νομίμων):

καὶ τοῦτο μὲν ἦν ὄνομα σεμνότερον αὐτῷ τῆς πρὸς τὸ δημοτικὸν τοῦ βουλευτικοῦ διαφορᾶς: ἐτέροις δὲ τοὺς δυνατοὺς ἀπὸ τῶν πολλῶν διήρει, πάτρωνας ὀνομάζων, ὅπερ ἐστὶ προστάτας, ἐκείνους δὲ κλίεντας, ὅπερ ἐστὶ πελάτας: ἅμα δὲ πρὸς ἀλλήλους θαυμαστὴν εὖνοιαν αὐτοῖς καὶ μεγάλων δικαίων ὑπάρξουσιν ἐνεποίησεν. οὗτοι μὲν γὰρ ἐξηγητάς τε τῶν νομίμων καὶ προστάτας δικαζομένοις συμβούλους τε πάντων καὶ κηδεμόνας ἑαυτοὺς παρεῖχον.

Na realidade, através desta designação especial [*patres*], Rómulo fixava melhor a diferença entre o povo e o senado. Estabeleceu ainda, por outras vias, distinção entre os poderosos e a multidão, ao designar aqueles por patronos (ou seja protectores) e estes por clientes (ou seja dependentes). Ao mesmo tempo, criou uma espantosa boa disposição de uns em relação aos outros, que constituiu a base de importantes direitos legais. De facto, os patronos eram os intérpretes dos costumes tradicionais, protectores dos clientes

¹¹⁵ Dion. Hal. ant. 2,10,1. Baseado na tradução inglesa da Loeb Classic Library, disponível em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Dionysius_of_Halicarnassus/2A*.html.

sujeitos a julgamento, garantindo-lhes conselho e assistência em todos os assuntos.¹¹⁶

Embora Dionísio de Halicarnasso e Plutarco tracem uma descrição do patronato como algo instituído pela vontade de um único rei, nos moldes dos grandes legisladores gregos, e assim obscureçam o fato de que o conjunto de deveres recíprocos entre patrono e cliente surgiu certamente de forma costumeira, não há razões para duvidar que os patronos realmente exercessem a função de conselheiros jurídicos dos clientes.¹¹⁷

É o que se vê no seguinte trecho de Horácio, que, embora de maneira certamente idealizada, se refere a uma antiga prática (real) da elite romana:

*Romae dulce diu fuit et sollemne reclusa
mane domo uigilare, clienti promere iura,
cautos nominibus rectis expendere
nummos,
maiores audire, minori dicere per quae
crescere res posset, minui damnosa libido.*

Longo tempo foi uso grato em Roma
Logo ao romper da aurora abrir-se a porta
Os clientes instruir, e aconselha-los;
Emprestar com fiança cautelosa,
Ouvir os velhos, ensinar aos moços
Como a fazenda acrescentar se possa,
Possa diminuir-se a ruim cobiça.¹¹⁸

Mas no que consistia essa explicação do direito? Como já se disse acima, não se tratava de um *docere ius*, mas de um aconselhamento jurídico, provavelmente um misto de *cavere* e *respondere*, complementados pela atuação na defesa processual do cliente.

¹¹⁶ Plut. Rom. 13,5. Tradução para o português de D. F. LEÃO E M. C. FIALHO, (*Plutarco. Vidas Paralelas. Teseu e Rômulo*), Coimbra, CEHC, 2008. Tal tradução, feita a partir da edição de Ziegler, emprega uma numeração diferente (13,7-8).

¹¹⁷ Cf. A. DRUMMOND, *Early Roman "clientes"*, in A. WALLACE-HADRILL (ed.), *Patronage in Ancient Societies*, London. Routledge, 1989, p. 104. Para o autor, numa sociedade em que poder e conhecimento estavam concentrados nas mãos de uma elite, os poderosos sempre podiam oferecer alguma proteção ao homem de condição mais baixa, incapaz de obtê-la por conta própria. Essa proteção poderia consistir em ajuda financeira, auxílio no tribunal e até mesmo influência nas decisões judiciais. Embora para o auxílio financeiro não haja evidências diretas, há certeza quanto à assistência jurídica e processual. De fato, na sociedade das XII Tábuas "*the individual had to secure redress for his own injuries and might encounter serious obstacles to such action, including the fact that knowledge, creation and administration of the law were an aristocratic preserve.*" A relação de patronato, contudo, não se limita apenas a essa esfera.

¹¹⁸ Hor. epist. 2,1,103-107. Tradução para o português de A. L. SEABRA (*Satyras e Epistolas de Quinto Horácio Flacco, volume 1*, Porto, Cruz Coutinho, 1846, pp. 82-83).

Cabe então a questão: os patronos, ao prestar sua assistência, atuavam com a mesma liberdade dos pontífices, podendo criar novas fórmulas de negócios jurídicos ou ações? As fontes são omissas a respeito, mas não parece ser esse o caso. Qual era então seu papel?

Os pontífices, tendo em vista serem dotados da técnica de composição de formas e ritos (advinda da religião) e serem os guardiões da memória coletiva, quase que naturalmente ficaram responsáveis pela *construção* das fórmulas negociais e processuais e pela *guarda e interpretação* dos *mores*, sendo realmente os primeiros juristas romanos. Mas esse conhecimento eles compartilhavam com os patrícios, alguns dos quais, na qualidade de patronos, explicavam o direito aos clientes e os auxiliavam nos processos judiciais. Funcionavam como intermediários, comunicando os *resultados* da ciência pontifical.¹¹⁹

Talvez, com o tempo e com a prática diuturna das consultas, os próprios patronos tenham começado a aprender o *método* pontifical de construção das fórmulas e interpretação, passando a desenvolver uma ciência jurídica não mais dependente do colégio pontifical, mas isso dependeria de outras circunstâncias.

Realmente, os patronos e magistrados tinham acesso ao conhecimento jurídico, recebendo-o dos pontífices. Trabalhando com esse conhecimento frequentemente, talvez começassem a desenvolver um raciocínio jurídico próprio. Mas como eram todos da mesma classe social, não havia incômodo em deixar a cargo dos pontífices a elaboração do saber jurídico, das fórmulas negociais e processuais, bem como a interpretação do costume e da lei, tanto mais enquanto estes vinham satisfazendo as necessidades jurídicas dos patrícios (não muitas, talvez, devido ao âmbito limitado de sua atividade econômica) e os interesses de classe (mantinha-se a dominação sobre plebeus e clientes). Na manutenção desse papel com os pontífices, deve-se levar em conta ainda a grande autoridade de que gozavam como sacerdotes e experts na técnica formular e ritual.

¹¹⁹ Além das fórmulas jurídicas, é provável que o conhecimento do calendário judiciário também fosse compartilhado com os patronos e estes auxiliassem seus clientes a respeito, evitando a consulta direta aos pontífices, embora esta não fosse vedada. A. K. MICHELS, *The Calendar of the Roman Republic*, Princeton, Princeton University, 1967, p. 115, afirma que, embora a autoridade para determinar o caráter dos dias fosse exclusivamente dos pontífices, a presença, nas fontes (como Cic. Mur. 11,25), dos *pauci* aos quais o povo se dirigia em busca de informação sobre os dias próprios para agir, leva a crer que os pontífices comunicassem suas decisões a alguns homens ilustres, talvez os magistrados. Para a autora, é bastante provável ainda que o pretor, depois de 367 a.C., também detivesse esse conhecimento, estreitamente ligado ao exercício de sua atividade jurisdicional.

Somente a plebe é que devia sentir a necessidade de tornar menos secreto esse conhecimento, para o fim de evitar os males da dominação jurídica patrícia e também para quem sabe formular novos institutos jurídicos mais adequados às necessidades plebeias (atuação econômica diversa e cada vez mais voltada para o comércio, a indústria, etc...). Como se verá no capítulo seguinte, a plebe é de fato um dos elementos de impulso na abertura do saber jurídico.

A construção apresentada (pontífices responsáveis pela elaboração do conhecimento jurídico e patronos pela sua comunicação) se amolda perfeitamente ao caráter da instituição do patronato como mecanismo pelo qual um indivíduo obtinha acesso aos recursos distribuídos pelo poder central: um julgamento, um privilégio, status, poder e até mesmo recursos financeiros. O patronato era também o meio de acesso ao conhecimento, aspecto com o qual se relacionam as consultas jurídicas e a necessidade de um patrono para que se soubesse a maneira correta de agir juridicamente.¹²⁰

De fato, na sociedade romana, hierarquicamente organizada, um indivíduo que não contasse com o auxílio de alguém posicionado mais acima na escala social certamente não conseguiria gozar de seus direitos de cidadão.¹²¹

E se não havia monopólio pontifical ou segredo com relação ao *ius civile*, o que dizer das afirmações de Tito Livio e Valério Máximo? Teriam eles cometido um exagero ou transposto indevidamente para o direito privado o monopólio realmente exercido pelos pontífices em matéria de *sacra*?¹²² Em parte, sim, mas por outro lado tais textos revelam a

¹²⁰ Cf. A. WALLACE-HADRILL, *Patronage in Roman Society: from republic to empire*, in A. WALLACE-HADRILL (ed.), *Patronage in Ancient Societies*, London. Routledge, 1989, p. 78 e 76, na qual o autor afirma: “The patron was an essential channel for access to knowledge within Roman society. Republican Rome operated largely through a body of orally transmitted custom, *mos maiorum*, covering most areas of life including private law. The individual cannot operate a system without knowledge of how it works, and until in the late republic Greek influence transformed Roman knowledge it was only through consultation of the patron that the newcomer could learn the Roman way.”

¹²¹ Cf. N. ROULAND, *Roma, democracia impossível? Os agentes do poder na urbe romana*, Brasília, UNB, 1997, pp. 49-51. A respeito, A. DRUMMOND, *Early cit.*, p. 109, afirma que o patronato é “a product of the distribution of power in Roman society and in practice involves the client in at least a partial surrender of independent direct access to particular public goods (such as the assertion of his rights at law) which citizenship theoretically implies but which his situation makes it impossible for him to exercise effectively.”

¹²² Conforme se vê em Cic. dom. 12,33: *Quid est enim aut tam adrogans quam de religione, de rebus divinis, caerimoniis, sacris pontificum conlegium docere conari, aut tam stultum quam, si quis quid in vestris libris invenerit, id narrare vobis, aut tam curiosum quam ea scire velle de quibus maiores nostri vos solos et consuli et scire voluerunt?* “Há algo tão pretensioso como tentar ensinar o colégio de pontífices acerca da religião, das coisas divinas, cerimônias e ritos, ou tão tolo como querer narrar a vós aquilo que descobriu em vossos livros, ou tão indiscreto como desejar conhecer as coisas que nossos antepassados quiseram que apenas vós conhecesseis e a respeito das quais somente vós fosseis consultados?” Tradução livre do autor.

importância da presença dos pontífices como primeiros juristas romanos, que reverbera ainda no século II d.C. na narrativa do *Enchiridion* de Pompônio.

Importância esta que reside, em primeiro lugar, justamente no formalismo que acompanha a *prudentia*, mentalidade compartilhada pela sociedade romana arcaica, objetivada no trabalho dos juristas-sacerdotes e que desempenha uma relevante função sociológica, como fazem notar G. NOCERA:

*“contratti e testamenti portano la palma in questa sorta dei gara di perspicácia per la migliore salvaguardia degli interessi, e nulla, meglio delle parole e delle formule, può incastrare la realtà: di qua la caccia al tesoro, la ricerca del linguaggio capace di fermare l’attimo e di legare dei e uomini.”*¹²³

e A. BOUCHÉ-LECLERQ:

*“Elle (jurisprudência pontifical) avait longtemps fait prévaloir la forme sur le fond, mais ce rigorisme étroit fut pour les esprits une forte discipline qui les obligea à attacher aux mots un sens précis et leur inspira ce respect de la lettre sans lequel il n’y a point de légalité.”*¹²⁴

Esse respeito à palavra reflete na construção de uma linguagem jurídica, outra importante contribuição da jurisprudência pontifical, pois é com base no vocabulário que os pontífices instituem que os juristas posteriores, na república e no principado, construirão a ciência jurídica romana.

¹²³ *Iurisprudentia* cit., p. 95. A respeito da *prudentia*, da busca por prever as consequências dos atos, como preocupação máxima da primeira jurisprudência romana, o autor afirma (p. 94): “*Le relazioni con gli uomini e com gli dei sono governate dal timore dell’ingano, dell’inappagamento, onde l’impegno di prevenirei i capi e il decipi com l’accortezza di una predisposizione di dispositivi di sicurezza, capaci di scongiurare timori, danni e frodi. Il diritto più arcaico è la migliore testimonianza di questa circospezione e di questo sospetto, quando non addirittura di ostilità palese e dichiarata, dei rapporti divini e umani, tanto che il limite tra magia, religione, consuetudine non è casualmente affidato alla misura di poteri sacrali.*”

¹²⁴ *Les Pontifes* cit., p. 223.

2. A ABERTURA RELATIVA DO SABER JURÍDICO

O período arcaico de Roma vê o saber jurídico concentrado nas mãos dos patrícios, pontífices em primeiro lugar, seguidos pelos patronos com quem o conhecimento é compartilhado. Esses *pauci* gozam de grande poder em virtude mesmo dessa restrição no número de detentores e exercem uma dominação jurídica sobre aqueles que deles dependem para celebrar um negócio, ajuizar ou responder a uma ação judicial. A atuação desses primeiros consultores jurídicos, além disso, é dominada por uma mentalidade que se caracteriza pela *prudentia* e pelo formalismo que a acompanha.

Haverá, com o tempo, uma progressiva abertura desse conhecimento, que não implicará, entretanto na sua popularização ou vulgarização, pois que, ao final do processo que se descreverá nas páginas seguintes, ele continuará a ser o privilégio de uma elite, embora formada por elementos diversos daqueles que a constituíam no início da história romana. Restringir-se-á ainda a alguns poucos nobres que tinham condições econômicas e de tempo para se dedicar a esse saber, além de serem aceitos nas casas de famílias ilustres para ali aprender com os juristas mais experientes.

As fontes atrelam essa abertura aos episódios ocorridos por volta de 304 a.C., quando o escriba Gneu Flávio divulga as fórmulas das ações e o calendário, permitindo assim que o povo não mais dependesse dos *pauci* para obter esse conhecimento.¹²⁵ A doutrina romanística costumeiramente atribui a esse momento, ou mais propriamente ao processo de que esse momento é um marco importante, a alcunha de “laicização da jurisprudência”, pois que esta teria então saído do controle exclusivo dos pontífices.

É preferível talvez falar em *abertura relativa do saber jurídico*, tendo em vista que o termo “laicização” pode passar uma impressão equivocada do fenômeno. Não se tratava de um golpe aplicado exclusivamente no colégio pontifical, o qual, como já se viu acima, não era nem mesmo o único detentor do saber jurídico, ainda que fosse seu principal formulador. Não houve uma espécie de movimento anticlerical, ao estilo iluminista, e sim mais propriamente de uma luta da plebe pelo acesso às posições de poder e saber antes ocupadas exclusivamente pelos patrícios, dentre as quais a tarefa de interpretar o direito. Laicização, em sentido mais próximo de sua etimologia (*laos* = povo), implicaria também

¹²⁵ Tais fontes serão analisadas de forma detida na sequência do capítulo.

a ideia de uma popularização ou vulgarização que, como já se afirmou, não é exatamente o que ocorreu ao termo do processo de abertura.

Um primeiro passo na luta da plebe contra essa dominação patrícia é a própria publicação da Lei das XII Tábuas, com a qual se buscava dar ao direito maior clareza e publicidade, fazendo frente ao arbítrio que provavelmente permeava a interpretação jurídica naquele momento.

Como ressalta L. AMIRANTE,¹²⁶ não sendo escritas as normas que regiam a comunidade, seu significado apenas se revelava apenas no momento da consulta feita aos pontífices. Assim sendo, era impossível distinguir a norma de sua interpretação, de modo que o momento interpretativo, dominado pelos patrícios e central na determinação do direito aplicável, devia ser para os plebeus mais uma ocasião de sofrer abusos por parte de seus antagonistas.

Publicadas as XII Tábuas, dá-se a conhecer várias das regras pelas quais a comunidade deveria se reger, diminuindo a possibilidade de arbítrio na interpretação e aplicação do direito. No entanto, como já se viu, isso não impede a continuidade do domínio dos *pauci*, pois a norma escrita precisa ser interpretada e os negócios jurídicos da vida cotidiana, assim como as ações judiciais, dependem de fórmulas nem sempre previstas em lei, bem como do conhecimento do calendário judiciário. Além disso, a legislação não continha todas as regras jurídicas romanas, permanecendo os *mores* como fonte do direito e, portanto, a possibilidade de arbítrio em sua interpretação.¹²⁷

Pode-se dizer que as XII Tábuas expõem, de certa forma, os *resultados* da interpretação que formulara regras costumeiras, mas não ensina a *técnica* interpretativa necessária para operá-las. Mas embora os pontífices tenham, ao que parece, sabotado a intenção da lei sequestrando-lhe a *interpretatio* (exercida agora sobre os *mores* e a *lex*),¹²⁸

¹²⁶ *Una storia giuridica di Roma. Dai re a Cesare. Sesto quaderno di lezioni*, Napoli, Jovene, 1987, p. 53.

¹²⁷ Sobre a continuidade do domínio patricio-pontifical, veja-se G. NOCERA, *Iurisprudentia* cit., p. 80, para quem “*dopo la pubblicazione del codice decemvirale la conoscenza giuridica rimase privilegio del patriziato e dei pontefici in particolare, un privilegio tanto più tenacemente difeso quanto più minacciato dalle determinazione legislative.*”

¹²⁸ Segundo A. SCHIAVONE, *Linee* cit., p. 22, essa situação se deveu à ausência, no momento da publicação da lei, de uma cultura leiga suficientemente desenvolvida para se encarregar do trabalho interpretativo em relação às XII Tábuas. Assim, “*il testo non ebbe mai una vita e una tradizione davvero autonoma, indipendente dal lavoro esegetico dei pontefici, che pur rispettandolo formalmente, se ne appropriarono del tutto, chuidendolo nella trama esplicativa dele loro pronunce, quando addirittura non ne modificavano e aggiornavano gli stessi valori linguistici.*” Mais adiante (pp. 32-33), sobre essa espécie de sabotagem, o autor afirma: “*la portata dela vittoria “antipontificale” del testo scritto fu breve ed effemera, ad onta del rispetto e*

a lei decenviral representa um avanço, pois a letra impõe algum limite ao arbítrio patrício na realização dessa tarefa.

A luta da plebe continua e, em 367 a.C., com as *leges Liciniae Sextiae*, ela ganha acesso ao consulado. Na mesma ocasião, entretanto, o patriciado se reserva o exercício da *iurisdictio*, com a instituição do pretor urbano.¹²⁹ Mas a criação dessa magistratura, de qualquer forma, deve ter contribuído para a ampliação do círculo de pessoas que detinham o saber jurídico.

Isto porque um magistrado que diuturnamente operasse o direito provavelmente começaria a “pensar por si mesmo” e desenvolver um raciocínio jurídico não necessariamente dependente dos pontífices. Tomava também contato com as fórmulas das ações e com o andamento do calendário judiciário. Uma vez terminado o exercício de seu cargo, ou após completar o *cursus honorum*, poderia se estabelecer como consultor jurídico, fazendo parte do grupo dos *pauci*.

O conhecimento do direito, assim, vai se espalhando pela sociedade, mas ainda se mantém restrito ao patriciado, situação que começa a mudar conforme a plebe consegue acesso às diversas magistraturas, como é o caso da pretura em 337 a.C. Agora o argumento aplicado aos pretores no parágrafo acima passa a se aplicar aos plebeus, que, já três ou quatro decênios antes de Gneu Flávio realizar sua obra divulgadora, eram cônsules, censores, ditadores, pretores, qualidade na qual certamente teriam acesso ao saber antes exclusivamente patrício.¹³⁰

Essa parificação das ordens, que engendra o surgimento da *nobilitas* patrício-plebéia, uma nobreza de cargo constituída por aqueles que exercem ou descendem de quem exerceu o consulado ou mesmo uma magistratura curul, se faz acompanhar ainda do

(più tardi) della retorica che ricoprì il dettato legislativo. La pressione interpretativa dei sacerdote annullò ben presto tutta la forza di contrapposizione che doveva aver caricato in origine la promulgazione delle norme, togliendo loro qualunque autonomia al di fuori della lettura che ne imponevano i sapienti, e che essi soltanto potevano dare.” A respeito dessa incorporação das XII Tábuas no trabalho pontifical, veja-se também L. AMIRANTE, *Una storia* cit., p. 122.

¹²⁹ De fato, a jurisdição era o principal campo de batalha jurídico na luta da plebe. Segundo G. NOCERA, *Iurisprudencia* cit., p. 81, a luta pela abolição do monopólio dos poucos não dizia respeito tanto às consultas em matéria negocial, mas em matéria de procedimento, pois o momento litigioso é aquele no qual a influência de um poder sobre a massa de cidadãos se manifesta com maior intensidade.

¹³⁰ Circunstância apontada por F. CANCELLI, *La giurisprudenza* cit., p. 250. Restava ainda a barreira dos sacerdócios, que os patrícios lutavam para preservar como exclusividade sua, mas em 300 a.C., com a *lex Ogulnia* abrem-se as portas dos colégios pontifical e augural. Os redutos de saber e poder patrícios encontravam-se agora à disposição dos plebeus, implicando no completo acesso ao conhecimento jurídico que os acompanhava.

desenvolvimento de novos interesses econômicos e de uma demanda por novos institutos jurídicos que não podem se submeter àquela racionalidade antiga dominada por pontífices e patrícios. Esses novos interesses e demandas são representados não apenas pela plebe, mas também por certos setores do patriciado, mais inclinados em direção à abertura de Roma para o exterior.

Segundo G. NOCERA, ocorre nesta época formação de um mercado econômico e de um ambiente ideológico de proporções sempre maiores, nos quais a multiplicação e o ritmo dos negócios exigem algo distinto da antiga *prudentia*. E nesse mundo mais amplo, culturalmente mais aberto e espaçoso, o recurso ao conselho do jurista não tem nada em comum com um convite à atenção ou à astúcia das palavras.¹³¹

E se a concentração do saber jurídico nos pontífices se explica, dentre outros fatores, pela ligação estreita entre o direito e os *sacra privata*, o raciocínio pode ser invertido e a abertura do saber jurídico pode se explicar pelo desenvolvimento de institutos cada vez menos vinculados à religião, como era exigido pelo aumento do tráfico comercial entre Roma e o mediterrâneo.

A. BOUCHÉ-LECLERQ aponta ainda para o surgimento de uma mentalidade secular entre os romanos, que se manifestaria, por exemplo, na progressiva diminuição do emprego dos atos jurídicos mais próximos da religião, como a *confarreatio* e a *adrogatio*, em prol do aumento da *coemptio* e da *adoptio*, às quais os próprios pontífices se vêem forçados a conceder o efeito de gerar a *communio sacrorum*. Outra manifestação seria o próprio princípio *sacra cum pecunia*,¹³² bem como os diversos meios concebidos posteriormente para elidi-lo e propiciar aos herdeiros apenas as vantagens do patrimônio, sem os ônus da perpetuação dos *sacra*.¹³³

Em resumo, a abertura do saber jurídico é efeito do horizonte cultural ampliado em virtude das conquistas territoriais e lutas sociais do século IV a.C. Nesse século se

¹³¹ *Iurisprudentia* cit., pp. 95-96.

¹³² Aspecto ressaltado igualmente por L. AMIRANTE, *Una storia* cit., p. 216.

¹³³ *Les pontifes* cit., pp. 214-216. O autor faz essa secularização se iniciar já mesmo com a assimilação dos plebeus à cidade. Segundo ele (p. 214), a admissão dos plebeus à cidadania implicava o surgimento de um direito independente da religião. Esses homens excluídos do culto nacional patrício, considerados profanos, deveriam agora poder se casar, adotar e testar seus bens, e o faziam sem qualquer cerimônia religiosa. E os pontífices tiveram de aceitar essa situação, pois fazia parte do compromisso reconhecer a validade desses atos. Não sem denotar certa influência do liberalismo de seu século (XIX), o autor (p. 218) afirma que “*cette conspiration universelle de la société contre des usages qui entravaient la liberté individuelle donna à la jurisprudence civile une prépondérance marquée sur la théologie.*”

desenvolve o novo Estado patrício-plebeu, o poder jurisdicional se especifica e se concentra no pretor, o *ius civile* aparece como obra de uma jurisprudência de mentalidade mais livre, menos vinculada aos precedentes e à tradição. Um primeiro passo foi se libertar da autoridade sacerdotal, mas não menos importante foi a liberação da mentalidade sacerdotal, ou seja, “*da una sorta di sacralizzazione indistinta di tutti i fatti della vita.*”¹³⁴

É esse o contexto em que se inserem os acontecimentos de 304 a.C., que não são apenas um ponto de partida, mas um ponto de chegada, pois é improvável que por trás da obra dos inovadores não estivessem os conflitos sociais, os reclamos da plebe e não somente dela frente a um poder jurídico fechado e exclusivo. A obra de Gneu Flávio se produz já num momento maduro e é, ao mesmo tempo, causa e efeito.¹³⁵

Segundo uma interpretação conjugada das diversas fontes a respeito, Gneu Flávio teria divulgado as *actiones* e os fastos (onde constavam os dias judiciários), conhecimento antes guardado com zelo por alguns *pauci* que davam consultas a respeito.

Na versão de Pompônio, referente apenas à divulgação das ações, narra-se uma subtração furtiva do trabalho de Ápio Cláudio por parte de seu escriba Gneu Flávio e os louros políticos que este colheu com sua atitude:

*Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro.*¹³⁶

Depois, quando Ápio Cláudio propôs e reduziu estas ações a uma forma definida, Gneu Flávio, escriba dele, filho de um liberto, trouxe ao povo o livro subtraído furtivamente, e de tal modo isto foi um grato serviço ao povo, que se fez tribuno da plebe, senador e edil curul. Este livro que contém as ações e chama *ius civile Flavianum*, do mesmo modo que aquele se chama *ius civile Papirianum*. Pois também Flávio não acrescentou ao livro algo de sua autoria.

¹³⁴ Cf. G. NOCERA, *Iurisprudentia* cit., pp. 88-89.

¹³⁵ Cf. G. NOCERA, *Iurisprudentia* cit., p. 86, e F. CANCELLI, *La giurisprudenza* cit., p. 159.

¹³⁶ Pomp. l. s. *ench.* D. 1,2,27.

Também Cícero, ao discutir as razões pelas quais o conhecimento do direito era ou parecia difícil, menciona a divulgação das ações por Gneu Flávio, contrapondo-a às tentativas dos antigos jurisconsultos de mantê-lo em segredo (uma das razões para a dificuldade) e assim manter seu poder. Mas nem mesmo com essa divulgação o conhecimento se tornou mais fácil, por ausência de uma exposição *in artem* do direito. De qualquer forma, Cícero deixa claras as relações de poder implicadas no exercício da consultoria jurídica, num raciocínio dirigido apenas aos dias judiciários, mas que pode ser extrapolado para as consultas em geral:

(...) *veteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa pervulgari artem suam noluerunt; deinde, postea quam est editum, expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent* (...).

Os antigos que estavam à frente desta ciência, a fim de obter seu poder, não quiseram tornar pública sua arte; depois, uma vez divulgado o direito por obra de Gneu Flávio, com a primeira exposição das ações, não houve ninguém que o organizasse de forma sistemática, numa divisão por gêneros.¹³⁷

Outras fontes mencionam apenas a publicação dos fastos, sem qualquer referência às ações. É o caso de Cícero em seu discurso em favor de L. Murena:

Primum dignitas in tam tenui scientia non potest esse; res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae. Deinde, etiam si quid apud maiores nostros fuit in isto studio admirationis, id enuntiatis vestris mysteriis totum est contemptum et abiectum. Posset agi lege necne pauci quondam sciebant; fastos enim volgo non habebant. Erant in magna potentia qui consulebantur; a quibus etiam dies

Primeiramente, não pode haver dignidade numa ciência tão limitada; pois suas questões são sem importância, a ponto de se ocupar de letras específicas e pontuação entre as palavras. Além disso, ainda que esse estudo gozasse de grande admiração entre nossos antepassados, uma vez revelados seus mistérios se tornou desprezível e banal. Outrora apenas poucos sabiam como ajuizar uma ação da lei e o calendário não era conhecido do

¹³⁷ Cic. de orat. 1,41,186.

*tamquam a Chaldaeis petebatur. Inventus est scribe quidam, Cn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit et singulis diebus ediscendis fastos populo proposuerit et ab ipsis <his> cautis iuris consultis eorum sapientiam compilarit. Itaque irati illi, quod sunt veriti ne dierum ratione pervolgata et cognita sine sua opera lege <agi> posset, verba quaedam composuerunt ut omnibus in rebus ipsi interessent.*¹³⁸

público. Os que eram consultados pelo povo gozavam de grande poder e a eles se perguntava sobre os dias certos para agir como se fossem astrólogos caldeus. Achou-se então certo escriba, Gneu Flávio, que agiu astuciosamente e expôs ao povo o calendário, para que os dias específicos pudessem ser conhecidos e memorizados, subtraindo a esses juristas precavidos a sua ciência. E assim, irados, por recearem que, divulgada e conhecida a sequência dos dias, se pudesse agir em juízo sem o seu auxílio, eles compuseram fórmulas para poder se imiscuir em todos os casos.

Aqui se vê, assim como em Pompônio, a iniciativa de Gneu Flávio relatada como um ato de astúcia em relação aos mais poderosos (*qui cornicum oculos confixerit*), embora Ápio Cláudio não seja mencionado e a obra seja apresentada como sendo do próprio escriba. Na narrativa de Pompônio, a ação de Gneu Flávio é descrita como um *tradere*, e o *propono* se refere à obra de Ápio Cláudio sobre as ações (*proposuisset et ad formam redegisset*).¹³⁹

Em Plínio, que trata apenas dos fastos, percebe-se um meio termo com relação à autoria. A iniciativa seria de Ápio Cláudio (não se tratando, portanto, de subtração), mas a atuação de seu escriba também carregaria algo de próprio, pois coube a Flávio observar o andamento dos dias e organizá-los (atitude que não se pode considerar necessariamente como astuciosa):

¹³⁸ Cic. Mur. 11,25. Também Macróbio (Macr. Sat. 1,15,9) menciona apenas a divulgação dos fastos, que põe fim à tradicional cerimônia de divulgação mensal do calendário: *antequam fasti a Cn. Flavio scribe invitis Patribus in omnium notitiam proderentur*.

¹³⁹ Em Cic. de orat. 1,41,186 o verbo empregado é o *expono* (assim também Val. Max. 2,5,2) e, em Cic. Att. 6,1,8, *compono*. O *propono* ocorre em Liv. 9,46,5.

Frequentior autem usus anulorum non ante Cn. Flavium Anni filiumprehenditur. Hic namque publicatis diebus fastis, quos populus a paucis principum cotidie petebat, tantam gratiam plebei adeptus est — libertino patre alioqui genitus et ipse scribe Appi Caeci, cuius hortatu exceperat eos dies consultando adsidue sagaci ingenio promulgaratque —, ut aedilis curulis crearetur cum Q. Anicio Praenestino, qui paucis ante annis hostis fuisset, praeteritis C. Poetilio et Domitio, quorum patres consules fuerant.

O uso mais frequente de anéis não se encontra antes de Gneu Flávio, filho de Ânio. E por ele foi publicado o calendário contendo os dias fastos, acerca dos quais o povo costumava consultar alguns poucos dentre os principais cidadãos. Filho de um liberto e sem nascimento ilustre, escriba de Ápio Claúdio Cego, por cujo conselho, ele observou a ordem dos dias nas consultas, publicando-os de forma sagaz, o que lhe rendeu tanto favor popular, a ponto de ser eleito edil curul, juntamente com Quinto Anício Prenestino, que poucos anos antes fora inimigo, preteridos na eleição Caio Petélio e Domício, cujos pais haviam sido cônsules.¹⁴⁰

Em outros textos, por sua vez, encontra-se a referência a ambas as divulgações, a do direito e do calendário, como em Cícero,¹⁴¹ Tito Lívio¹⁴² e Valério Máximo.¹⁴³ Os dois últimos mencionam a divulgação do *ius civile*, e não das *actiones*, não se podendo equiparar automaticamente um e outro termo, pois que o primeiro apresenta um sentido mais amplo nas fontes, designando o direito como um todo¹⁴⁴ ou o direito composto pela jurisprudência.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Plin. nat. 33,6,17.

¹⁴¹ Cic. Att. 6,1,8.

¹⁴² Liv. 9,46,5: *ciuile ius, repositum in penetralibus pontificum, euolgauit fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset sciretur*. “Divulgou o *ius civile*, antes guardado secretamente pelos pontífices, e expôs os fastos numa tábua branca nos arredores do fórum, para que se pudesse saber quando agir em juízo.” (Tradução livre do autor).

¹⁴³ Val. Max. 2,5,2: *Ius ciuile per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum Cn. Flavius libertino patre genitus et scribe, cum ingenti nobilitatis indignatione factus aedilis curulis, vulgavit ac fastos paene toto foro exposuit*. “Gneu Flávio, escriba, filho de um liberto e eleito edil curul com grande indignação da nobreza, divulgou o *ius civile*, escondido por muitos séculos nos ritos e cerimônias dos deuses imortais e conhecido apenas pelos pontífices, e expôs o calendário pelo fórum.”

¹⁴⁴ Como em Cic. top. 2,9.

¹⁴⁵ Conforme Cic. Caecin. 25,70 e Cic. off. 3,65, além de Pomp. l.s. ench. D. 1,2,2,5: *quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*.

Segundo F. SCHULZ,¹⁴⁶ a tradição relativa a Ápio Cláudio e Gneu Flávio deve ser rejeitada, tendo em vista que as notícias que se tem, vindas de analistas tardios, não são de todo coerentes e, em grande parte, mostram-se bastante improváveis. Em primeiro lugar, não se pode crer na existência do *De usurpationibus*: os escritos jurídicos mais antigos aparecem um século mais tarde e é inverossímil que a primeira obra jurídica tenha sido um trabalho assim tão especializado (versando sobre a interrupção do prazo para usucapião). Ou se trata de uma obra posterior, ou é uma mera invenção, feita com o intuito de atribuir o início da literatura jurídica ao mesmo personagem com quem começa a literatura romana em geral.

Além disso, para o autor, embora a publicação do calendário e das fórmulas por Gneu Flávio seja verossímil e praticamente incontestável, não se pode concluir a partir disso que ele fosse uma espécie de “Prometeu democrático”,¹⁴⁷ o que seria desconhecer as condições jurídicas do século IV a.C. O calendário não era secreto, nem os formulários processuais, já que, por várias gerações os pontífices os forneciam, por escrito ou ditado, a quem os pedisse, no tribunal ou fora dele. Além disso, se realmente fossem secretos, nem Ápio Cláudio nem Gneu Flávio teriam acesso a eles, uma vez que não eram membros do colégio dos pontífices.¹⁴⁸

Assim, a publicação dos formulários e do Calendário por Gneu Flávio não representaria nenhuma ruptura com o passado ou o surgimento de uma nova era. O *ius Flavianum*, se é que existiu, não passou de uma simples coleção de fórmulas, semelhante a outras da jurisprudência mais antiga, e, para F. SCHULZ, no máximo pode ser tido como leve indício do desenvolvimento gradual de uma jurisprudência laica, ou seja, não pontifical. Deve-se ter em conta também que a mera publicação das fórmulas não ensinaria a técnica jurídica que lhes era subjacente.¹⁴⁹

O autor tem razão ao negar a existência de um verdadeiro segredo com relação aos formulários e calendários, mas isto não implica que não fosse necessário algum tipo de divulgação, nem diminui a importância da iniciativa atribuída a Gneu Flávio e Ápio Cláudio. Deve-se ter em mente as condições sociais do século IV a.C., em que, como já se

¹⁴⁶ *Storia* cit., pp. 25-26.

¹⁴⁷ Expressão que, segundo informa F. CANCELLI, *La giurisprudenza* cit., p. 81, ocorre pela primeira vez na obra de Ettore Pais.

¹⁴⁸ *Storia* cit., p. 26.

¹⁴⁹ *Storia* cit., pp. 26-27. O ceticismo de F. SCHULZ é repetido, com base nos mesmos argumentos, por M. BRUTTI, *La laicizzazione del sapere giuridico fino a Sesto Elio Peto Cato*, in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 1989, p. 298.

viu ao tratar do patronato, o conhecimento (inclusive o jurídico) não podia ser acessado diretamente por qualquer cidadão, dependendo para tanto do auxílio dos patronos, mantendo-se assim restrito a alguns *pauci* o saber jurídico.

Ainda que o avanço da plebe tenha provavelmente ampliado o círculo dos *pauci*, fora do círculo dos plebeus ricos e poderosos permanecia a massa de plebeus deserdados, a *turba forensis*, que recorria aos conselhos e à ajuda de seus superiores nas *actiones* que enfrentavam (geralmente relativas a débitos). Essa demanda por auxílio judiciário necessitava de uma resposta e a turba poderia ser uma ótima fonte de manobra eleitoral no jogo da política oligárquica e do poder legislativo e executivo. As reformas de Ápio Cláudio tinham em mira justamente essa massa.¹⁵⁰

Sua política popular, voltada a reduzir os privilégios das classes altas, manifesta-se já durante a censura que ocupou em 310 a.C. Ao redigir as listas de cidadãos, determinou que o censo fosse realizado também com base em valores mobiliários. Assim, ao lado dos proprietários de terra, entravam no ordenamento político elementos que tiravam sua riqueza da atividade comercial ou industrial, sinal de que a sociedade romana se transformara no curso do século IV a.C. Com essa medida, entram no jogo político forças de origem diversa e, portanto, com orientações diferentes do patriciado tradicional. E embora na censura seguinte (Quinto Fábio Rutiliano e Públio Décio Mure, em 304) se tenha tentado diminuir o peso político desse novo elemento social, este não podia mais ser excluído.¹⁵¹

O objetivo de Ápio Cláudio era, portanto, em consonância com essa linha de atuação política, fazer com que os outros estratos da população se tornassem independentes da assistência judiciária dos *pauci*, fornecendo-lhes, com a divulgação das ações, os meios para que pudessem se defender e tutelar seus direitos.¹⁵²

Para fazê-lo, teria promovido a divulgação das *actiones* (termo que pode abarcar não apenas as fórmulas processuais, mas também negociais) por seu escriba Gneu Flávio (*ius civile Flavianum*)¹⁵³ e composto o *De usurpationibus*, obra de cuja existência F. SCHULZ duvida e que alguns identificam com o livro divulgado por Gneu Flávio.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Cf. G. NOCERA, *Iurisprudentia* cit., p. 83.

¹⁵¹ Cf. L. AMIRANTE, *Una Storia* cit., pp. 201-203.

¹⁵² Cf. G. NOCERA, *Iurisprudentia* cit., p. 82.

¹⁵³ Não se podendo dar crédito a Pompônio quando narra uma suposta subtração. Os autores são praticamente

Ao ceticismo de F. SCHULZ pode-se objetar, em primeiro lugar, que a especificidade do tema encontraria explicação por se tratar de uma literatura vinculada ao momento em que foi produzida. G. NOCERA afirma que a construção da via Ápia teria suscitado problemas quanto às ocupações arbitrárias e abusivas do *ager publicus*, daí a obra escrita pelo mesmo homem que encabeçou a construção.¹⁵⁵ Além disso, o termo *usurpatio* tinha também um sentido mais amplo, de “uso frequente”,¹⁵⁶ e o livro, assim, não pode não ter sido uma monografia específica, mas uma coleção das fórmulas de uso frequente no dia a dia, em coerência com a atribuição de uma obra sobre as *actiones* a esse mesmo autor e com o caráter de sua política.¹⁵⁷

E como Ápio Cláudio e Gneu Flávio tiveram acesso à informação que depois divulgaram (*actiones* e calendário)? Caso se considere que se tratava de um segredo *repositum in penetralibus pontificum*, era necessário integrar o colégio para obtê-la. Há quem negue que Ápio Cláudio tenha sido pontífice, devido à ausência de menção à ocupação desse cargo em seu elogio fúnebre,¹⁵⁸ e outros que o afirmam com base em duas passagens de Tito Lívio nas quais Públio Décio Mure, ao discurar em favor da aceitação dos plebeus no colégio pontifical, parece deixar subentendido que Cláudio o integrava.¹⁵⁹

Em Tito Lívio, lemos: “Havia perigo de que hoje os deuses ouvissem menos as preces de Públio Décio Mure que as de Ápio Cláudio? Executava este com menos religiosidade as cerimônias privadas do culto, adorava os deuses menos piedosamente do que ele?”.¹⁶⁰ Mas dessa passagem não se pode automaticamente depreender que Cláudio o fizesse na qualidade de pontífice. Talvez celebrasse os ritos como homem comum que, por ser patrício, *poderia* ocupar o pontificado, o que não é confirmado por seu elogio fúnebre.

concordes em afirmar que Gneu Flávio agiu sob as ordens ou ao menos com o apoio de Ápio Cláudio, o que não se coadunaria com o mencionado furto, a não ser que o próprio Cláudio, desejando como que agir nas sombras, sem ter seu nome vinculado à divulgação, tenha permitido a disseminação da versão que se encontra em Pompônio.

¹⁵⁴ Cf. J. PARICIO, *Los juristas* cit., p. 39.

¹⁵⁵ *Iurisprudentia* cit., p. 82.

¹⁵⁶ Cf. Paul. 54 *ad ed.* D. 41,3,2:

¹⁵⁷ Cf. J. PARICIO, *Los juristas* cit., p. 39; A. C. SAENZ, *Cicerón y la jurisprudência romana. Un estudio de historia jurídica*, Sevilla, Tirant lo Blanch, 2010, p. 132.

¹⁵⁸ É o caso de F. Cancelli, *La giurisprudenza* cit., p. , 67.

¹⁵⁹ W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen – Herkunft und soziale Stellung*, Köln, Bohlau, 2001, p.46, nt. 85; C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 31, nt. 34; J. PARICIO, *Los juristas* cit., p. 35, nt. 17.

¹⁶⁰ Liv. 10,7,5: *id esse periculum, ne suas preces minus audirent di quam Ap. Claudii? castius eum sacra privata facere et religiosius deos colere quam se?* “Havia perigo de que hoje os deuses ouvissem menos as preces de Públio Décio Mure do que as de Ápio Cláudio? Executava este com menos religiosidade as cerimônias privadas do culto, adorava os deuses menos piedosamente do que ele?”

Em outro trecho do discurso, Décio afirma a Ápio Cláudio que a lei então proposta não era feita para “expulsar-vos de vossos lugares, mas para que os plebeus vos ajudem nos assuntos dos deuses...”,¹⁶¹ mas ainda aí poderia estar se dirigindo aos patrícios como um todo na pessoa de Ápio Cláudio e não especificamente a este. Por fim, ao texto mais favorável à tese afirmativa (“Não te envergonhes, Ápio, de ter *ao teu lado* no sacerdócio um homem que na censura, no consulado, poderias ter por colega...”) ¹⁶² se pode objetar que, embora Décio esteja afirmando que Cláudio *já era* sacerdote, também poderia significar que ele apenas *poderia vir a sê-lo*, reconhecendo-se desde já certa precariedade nessa objeção a um texto tão claro, legitimada apenas pela ausência de menção ao cargo de pontífice no seu elogio fúnebre.

Ápio Cláudio ter sido pontífice realmente explicaria o acesso à informação que posteriormente divulgou. Mas como os *pauci* não eram necessariamente apenas os pontífices e a obtenção da informação pode ter ocorrido (como afirma Plínio) pela observação cotidiana e anotação, não era necessário que ele ocupasse tal sacerdócio e nem mesmo que Gneu Flávio, como aventado por L. AMIRANTE,¹⁶³ fosse escriba do próprio colégio.

Se nem os formulários processuais e negociais e nem o calendário eram propriamente secretos, qual a utilidade da divulgação feita por Gneu Flávio? E por que os romanos tiveram de esperar até que ele tomasse a atitude de observar o andamento dos dias judiciários (fazendo então uma lista dos dias fastos) e as fórmulas cotidianamente pronunciadas, o que parece estar ao alcance de qualquer um?

Trata-se, de certa forma, da mesma questão dirigida por Ático a Cícero (*quid ergo profecit quod protulit fastos?*), embora ele a formulasse por entender que o calendário já havia sido publicado pelos decênvirois juntamente com as XII Tábuas. É o que transparece da resposta dada por Cícero, para quem até Gneu Flávio a tábua contendo tal informação permanecera oculta.¹⁶⁴

¹⁶¹ Liv. 10,8,4: *non ut vos, Appi, vestro loco pellant, sed ut adiuvent vos homines plebei divinis quoque rebus procurandis*. “não, Ápio, para expulsar-vos de vossos lugares, mas para que plebeus vos ajudem nos assuntos dos deuses.”

¹⁶² Liv. 10,8,5: *noli erubescere, Appi, collegam in sacerdotio habere, quem in censura, quem in consulatu collegam habere potuisti*. “Não te envergonhes, Ápio, de ter ao teu lado no sacerdócio um homem que na censura, no consulado, poderias ter por colega.”

¹⁶³ *Una storia cit.*, p. 204-205.

¹⁶⁴ Cic. Att. 6,1,8: *E quibus unum ἱστορικὸν requiris de Cn. Flavio, Anni filio. Ille vero ante decemviros non fuit quippe qui aedilis curulis fuerit, qui magistratus multis annis post decemviros institutus est. Quid ergo*

Explicação diversa da de Cícero é proposta por A. K. MICHELS, para quem se deve abandonar a ideia de que todos os dias do calendário houvessem sido fixados desde o início da república ou desde o período decenviral. Segundo a autora, no anúncio mensal, o *rex sacrorum* indicava quais os dias que, embora não fossem *feriae*, eram nefastos. Tais dias podiam mudar a cada ano e não eram postos por escrito nos *Fasti*, mas anunciados oralmente uma única vez, o que tornaria difícil memorizá-los. Pessoas que não comparecessem ao anúncio mensal teriam de obter a informação de outra forma e os pontífices sempre poderiam, caso necessário, alterar sua memória a respeito do que o *rex* dissera.¹⁶⁵

O que Gneu Flávio fez foi organizar tais informações, dando um caráter fixo aos dias do ano, tanto assim que, segundo Macróbio, passou a ser desnecessária a divulgação mensal do calendário por parte dos pontífices.

Mais difícil é explicar por que razão a espera teve de ocorrer também com relação às *actiones*. Não é possível aplicar o mesmo raciocínio desenvolvido para o calendário, já que as fórmulas negociais e processuais eram as mesmas a ser proferidas cotidianamente e nada, em tese, impedia sua recolha e compilação.

Uma possível explicação é que para a divulgação do fruto de um saber restrito a *pauci* faltasse o apoio de uma grande figura da aristocracia, como Ápio Cláudio, condição política que somente se produz nesse exato momento da história. Além disso, se a obra de Gneu Flávio for considerada não a divulgação de um segredo religioso e sim uma obra de ciência, em que a matéria foi exposta de forma organizada e explicativa,¹⁶⁶ é possível

profecit quod protulit fastos? Occultatam putant quodam tempore istam tabulam, ut dies agendi peterentur a paucis. “Buscas um esclarecimento histórico sobre Gneu Flávio, filho de Ânio. Ele, na verdade, não viveu antes dos decenviros, visto que foi edil curul, magistratura instituída muitos anos depois dos decenviros. Qual o proveito, então, da divulgação dos fastos. Alguns consideram que até certo tempo permaneceu oculta a tábua que continha a enumeração dos dias, de modo que se perguntava a uns poucos quais os dias próprios para agir.”

¹⁶⁵ *The Calendar* cit., pp. 110-112. Uma interessante explicação citada pela autora é aquela proposta por Hartmann: o povo não tinha como saber os dias exatos porque os pontífices tinham o costume de “embaralhar” o calendário, intercalando dias para que as *nundinae* não coincidissem com as Calendas de Janeiro ou com qualquer das nonas, situação considerada agourenta. Essa prática atrapalharia a sequência dos dias, o que Flávio buscou remediar com a publicação, à qual os pontífices não resistiram por não poderem confessar sua prática anterior.

¹⁶⁶ Como afirma F. CANCELLI, *La giurisprudenza* cit., p. 249: “Sistemò quindi in un prontuario le formule usuali giuridiche, per definizione, solenni e formali, e le fermò e come “defini” com la scrittura, da tempo in uso!, non più quella ufficiale o d’alti personaggi, si esprime dalla parte del “volgo” e in diffondibile letteratura nuova.” Mas é certo que não se tratou de uma exposição sistemática perfeita, como fica claro no *De oratore* 1,186, quando Cícero afirma que, até o tempo em que escrevia, ninguém havia ainda feito uma tal exposição do direito (*postea quam est editum, expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent*). Em outro texto Cícero afirmará que Sêrvio Sulpício Rufo foi

entender que, até então, a própria cultura ainda não se encontrasse suficientemente disseminada para permitir uma obra desse tipo.

O paralelismo entre a divulgação do calendário e das *actiones* se mostra mais forte quando se tem em mira a finalidade da medida. A. K. MICHELS, tratando do calendário, afirma que a necessidade de dias fixos se devia provavelmente ao arbítrio que os pontífices eventualmente exerciam ao fixar os *dies*.¹⁶⁷ A autora menciona, ainda, como razões para a aceitação do calendário elaborado por Gneu Flávio, além do crescente poder da plebe, a necessidade de eficiência na administração da justiça - após a instituição do pretor como magistrado jurisdicional - e a expansão do território romano, já que populações distantes precisavam de certeza a respeito dos dias apropriados para seus negócios e litígios.¹⁶⁸

A busca por certeza, segurança e eficiência também devia estar na base da publicação dos formulários, em consonância com os interesses do tráfico comercial que começava a se intensificar e com as próprias iniciativas anteriores de Ápio Cláudio, como a construção da Via Ápia, que representa uma abertura de Roma para o exterior, e a realização do censo com base nos valores mobiliários.

A divulgação efetuada atinge o epicentro da atividade consultiva dos *pauci*, procurados cotidianamente pelo povo que necessitava saber quando (*dies*) e como (*formulae*) agir juridicamente. Essa espécie de atentado contra uma das suas fontes de poder fez com que os *pauci*, segundo Cícero,¹⁶⁹ buscassem compor novas fórmulas a fim de manter sua interferência nos assuntos jurídicos e, assim, os laços de dependência criados pela necessidade de consultoria jurídica.

Essa reação é tida como incoerente por F. CANCELLI, diante da incongruência lógica entre o que foi perdido e a forma escolhida para reconquistar poder. Para o autor, eles deveriam tomar medidas para ter novamente o controle dos fastos e não das ações, que, segundo o texto, não lhes foram subtraídas.¹⁷⁰

o primeiro a fazê-lo.

¹⁶⁷ Não se pode excluir que os *pauci* também o exercessem ao responder sobre as fórmulas das ações.

¹⁶⁸ *The calendar* cit., pp. 117-118. A autora afirma ainda que essas necessidades devem ter sido percebidas, em primeiro lugar, por ex-magistrados (pretor) que, discutindo sobre as dificuldades encontradas no exercício do cargo, acabariam por veicular a pretensão de um calendário mais prático. Até mesmo os pontífices devem tê-las sentido, pois não raro eram magistrados e cidadãos responsáveis, que talvez tenham cooperado naquilo que historiadores acabaram por mostrar como uma rebelião contra sua autoridade.

¹⁶⁹ Cic. Mur. 11,25, citado na p. 57.

¹⁷⁰ *La giurisprudenza* cit., p. 135.

No entanto, pode-se objetar que o próprio texto afirma que sem os juristas não se podia *legi agi*, com isso não se referindo necessariamente apenas ao conhecimento dos *fastos*, mas também às fórmulas, mencionadas em outras fontes. A alegada incoerência pode ser de caráter lógico, mas não histórico: como não detinham mais o domínio dos *fastos*, restavam-lhes as *ações* novas que compuseram. Ademais, num texto retórico como o *Pro Murena*, especialmente na parte em que Cícero faz uma imagem caricata da jurisprudência, não era mesmo de se esperar muita coerência, ainda que isso não invalide a verdade de fundo por trás da ironia aí expressada, qual seja, que os juristas perdiam uma parte de seu poder.

Mas é de se questionar qual o alcance efetivo da divulgação dos formulários jurídicos, já que se tratava de apenas uma parte dos resultados produzidos pela jurisprudência. Ainda que os particulares necessitassem menos do auxílio de um jurista para celebrar um negócio ou ajuizar uma ação, continuavam a recorrer a ele para obtenção de um *responsum* referente à interpretação da lei, de um contrato ou testamento, ou sobre algum litígio já em andamento.

Além disso, a evolução social não parara e as fórmulas divulgadas por volta de 304 a.C. poderiam se tornar obsoletas com o tempo; para adaptá-las era requerida uma técnica que o vulgo certamente não dominava e que muito provavelmente não fora transmitida na obra de Ápio Cláudio e Gneu Flávio.

A importância maior dessa iniciativa seria, portanto, a introdução de obras escritas e publicadas, uma literatura jurídica que pudesse circular pela sociedade, com o que se começava a alterar a forma de transmissão do conhecimento jurídico, antes efetuada de forma majoritariamente oral e no interior das grandes casas nobres, o que certamente desagradava os plebeus recém-chegados aos mais altos postos do poder romano.¹⁷¹

Segundo L. VACCA, o monopólio pontifical da jurisprudência foi, em certo sentido, garantido por muito tempo, mesmo depois de instaurada a república, pela transmissão oral das regras em que se condensava o saber jurídico. Para a autora, a inexistência de obras escritas permitia que a circulação dessas regras e da técnica interpretativa subjacente se mantivesse interna ao colégio dos pontífices, zeloso na manutenção desse segredo.¹⁷²

¹⁷¹ Cf. C. A. CANNATA, *Historia* cit., p.31; F. CANCELLI, *La giurisprudenza* cit., p. 251.

¹⁷² *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 26.

A colocação por escrito das regras formuladas ao longo do tempo pela jurisprudência pontifical permite a sua difusão para além do círculo restrito do colégio pontifical, mas, apesar de transmitir os resultados da *interpretatio*, não transmite a técnica empregada para chegar a eles e, portanto, não basta para por fim ao monopólio pontifical. A publicação de obras escritas podia representar um golpe político contra a exclusividade do poder exercido pelos pontífices, ao dar maior certeza ao direito por eles aplicado,¹⁷³ analogamente ao que ocorrera, em maior medida, com a própria redação das XII Tábuas. Mas o conhecimento pelo público de algumas regras lacônicas, ininteligíveis para os não iniciados no saber jurídico, em nada facilitaria o aprendizado da *interpretatio*.¹⁷⁴

Embora a autora se refira ao “monopólio pontifical” da jurisprudência e, na presente dissertação, se defenda que tal monopólio não era apenas pontifical, o raciocínio por ela desenvolvido não se torna inaplicável. Em primeiro lugar, porque, como já se afirmou acima, os pontífices eram os principais *construtores* e também *depositários* do saber jurídico (nos *libri pontificum*, que não circulavam), cabendo aos outros *pauci*, representados pelos patronos, via de regra apenas transmitir os frutos da *interpretatio* a seus clientes (ainda que tenham provavelmente desenvolvido um pensamento autônomo com o passar do tempo). Além disso, o desejo de não divulgar seu conhecimento e, assim, conservar seu poder, é atribuído pelas fontes a esses *pauci*, aos quais se aplicam perfeitamente as considerações de L. VACCA.

Mas ainda que o episódio de Gneu Flávio assinale uma etapa na passagem de uma cultura oral para uma cultura escrita em matéria de direito, o próximo passo no processo de abertura do saber jurídico será dado ainda num contexto de oralidade, por Tibério Coruncânio, primeiro pontífice máximo plebeu (em 250 a.C.?) e, segundo Pompônio,¹⁷⁵ o primeiro a *publice profiteri*, termo que não designa apenas a prática de dar suas consultas em público,¹⁷⁶ mas a de discutir, com uma audiência composta por discípulos, interessados em aprender a *interpretandi scientia*, a motivação e procedimento lógico que levava à formulação do *responsum*.¹⁷⁷

¹⁷³ Assim como a publicação do calendário garantia maior certeza e eficiência.

¹⁷⁴ L. VACCA, *La giurisprudenza* cit., pp. 27-28.

¹⁷⁵ D.1,2,2,35 e D.1,2,2,38.

¹⁷⁶ O que não constituiria nenhuma novidade, já que o próprio colégio pontifical, como afirma Pompônio, designava anualmente um de seus membros para responder às consultas dos particulares, o que certamente não faziam em segredo. Assim também os patronos que respondiam a seus clientes, embora a audiência se limitasse a estes e alguns amigos do patrono.

¹⁷⁷ Cf. L. VACCA, *La giurisprudenza* cit., p. 28, C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 38, J. PARICIO, *Los Juristas*

Aí residiria, segundo L. VACCA, a inovação mais relevante no processo de abertura do saber jurídico para além do círculo restrito do colégio pontifical (e dos *pauci*, poderíamos acrescentar).¹⁷⁸ De outro modo não se explicaria a dupla menção a Tibério Coruncânio feita por Pompônio: apenas dar consultas publicamente não seria digno de nota, mas explicar a *ratio* de um *responsum* é uma mudança que mereceu a referência no *Enchiridion* como momento relevante na história da jurisprudência.¹⁷⁹

F. CANCELLI oferece uma interpretação diferente do *publice profiteri*, afirmando que a novidade em Tibério Coruncânio reside no fato de que, ao contrário dos juristas anteriores, que se limitavam a exercer suas consultas na presença de clientes e amigos, ele teria alargado esse círculo de ouvintes, permitindo a qualquer um que prestasse atenção a suas respostas.¹⁸⁰ Tal interpretação não parece excluir a de L. VACCA e outros autores: esta mais centrada no *profiteri* e na explicação dos *responsa*, a de F. CANCELLI no *publice* e na ampliação do círculo de ouvintes.

O exercício do *publice profiteri* por Coruncânio tem lugar praticamente na mesma época em que o processo formular começa a prevalecer sobre as ações da lei, em que se cria o cargo de pretor peregrino em virtude do aumento das lides com ou entre estrangeiros devido ao incremento no comércio e à expansão romana, e ao mesmo tempo em que o *ius gentium* ou *ius civile novum* vai paulatinamente se formando, tudo a indicar um contexto de abertura e de superação da mentalidade jurídica anterior.

cit., p. 42, A. C. SAENZ, *Cicerón cit.*, p. 142, e B. BISCOTTI, *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica*, in B. BISCOTTI & A. CENDERELLI, *Produzione e Scienza del Diritto: Storia di un Metodo*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 177. Em sentido contrário, F. SCHULZ, *Storia cit.*, p. 27, nega que Tibério Coruncânio tenha sido o primeiro a ministrar essa espécie de ensino jurídico. Para o autor, a passagem de Pompônio é construída a partir de um texto de Cícero (Cic. de orat. 3,33,133-134) no qual consta uma lista de juristas que deram *responsa* em público. A lista é encabeçada por Coruncânio, mas daí não se poderia concluir que este tenha sido o primeiro a iniciar tal prática. Segundo o autor, antes mesmo de Coruncânio os pontífices ocasionalmente devem ter dado respostas em público. Além disso, o fato de não conhecermos nenhum aluno importante seu faz presumir que Coruncânio não tenha efetuado nenhuma ruptura revolucionária (a comparar-se com o aparecimento de Irnério em Bolonha).

¹⁷⁸ *La giurisprudenza cit.*, pp. 28-29, onde a autoria sintetiza a contribuição de Tibério Coruncânio, diferenciando-a da simples redação de obras escritas: “*Mentre la redazione delle prime opere scritte infatti non implicava di per se l'allargarsi della conoscenza giuridica oltre il ceto ristretto dei tecnici-pontefici, in quanto solo loro restavano in grado di comprendere e interpretare le regole che vi erano contenute, l'innovazione attribuita a Tiberio Coruncanio travolse effettivamente il monopolio di questa “casta”. La possibilità di apprendere direttamente dal giurista la tecnica dell'interpretatio, come scienza che permette di paddroneggiare l'insieme dei principi che costituiscono la tradizione giuridica, adattandoli di volta in volta alla struttura del caso concreto, rappresentò infatti la vera conquista del nuovo ceto politicamente emergente.*”

¹⁷⁹ Explicação esta que, segundo C. A. CANNATA, *Historia cit.*, p. 35, tomava a forma de *regulae iuris*, regras gerais e abstratas, com caráter normativo, que sintetizavam o princípio de *ius civile* do qual dependia solução do caso concreto, expressa no *responsum*. Para o autor, essas *regulae* constituíam a chave do método interpretativo da jurisprudência arcaica.

¹⁸⁰ *La giurisprudenza cit.*, p. 219.

Deve-se ressaltar ainda que Coruncânio age dentro do colégio pontifical, provavelmente em concordância com seus membros de mentalidade mais aberta (provavelmente em virtude da entrada dos plebeus no colégio a partir da *lex Ogulnia* de 300 a.C.). O *publice profiteri*, explicação das razões de um *responsum*, não é uma iniciativa antipontifical, não provoca nenhuma fratura no interior do colégio e nem mesmo diminui seu prestígio, muito menos em matéria de religião.¹⁸¹

A atuação de Tibério Coruncânio transmitindo o método da ciência jurídica deve ter preparado mais solidamente a cultura jurídica romana para a recepção da próxima grande obra escrita mencionada por Pompônio. Trata-se dos *Tripertita* de Sexto Élio, publicada por volta de 200 a.C. e na qual o jurista, que também compusera novas *actiones* (*ius Aelianum*), completando o trabalho de Ápio Cláudio, expunha o texto das XII Tábuas, seguido da sua *interpretatio* e da *legis actio* correspondente.

Sexto Élio que pode ser tido como uma figura emblemática em termos da desvinculação entre jurisprudência e sacerdócio. Apesar de percorrer o *cursus honorum*, não exerceu o cargo de pontífice, ao contrário de juristas anteriores como Tibério Coruncânio e mesmo juristas posteriores como Quinto Múcio Cévola.

Depois do processo de abertura do saber jurídico narrado nas páginas acima e de certa secularização da sociedade romana, ainda que os juristas ainda ocupassem o cargo de pontífice, a ordem de exercício desses dois misteres se invertera. Se antes os juristas se formavam no interior do colégio e levavam para o direito civil seu modo de pensar religioso, agora o colégio cooptava jurisconsultos que viam o estudo do direito pontifical como um complemento de seus estudos jurídicos. Eles agora chegam ao colégio pontifical como juristas formados e a corrente, assim, se inverte. É o caso de pontífices como Tibério Coruncânio, Gaio Cipião Nasica e os dois Cévolas (Públio e Quinto Múcio), que não tinham mais nada a aprender quando passaram a integrar o colégio.¹⁸²

Mesmo ao cabo desse processo, a atuação dos pontífices não perde sua relevância, como se viu no primeiro capítulo, com exemplos de *responsa* proferidos pelo colégio em matéria religiosa muito tempo depois de Ápio Cláudio ou mesmo Tibério Coruncânio. A

¹⁸¹ Cf. A. C. SAENZ, *Ciceron cit.*, p. 145.

¹⁸² Cf. A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les pontifes cit.*, p. 218. Tais juristas acabam inclusive por “contaminar” o direito pontifical com o direito civil, na visão crítica de Cícero, expressa em Cic. leg. 2,21,52-53, a respeito das intervenções por demais “civilistas” em matéria de *sacra*.

própria ligação entre direito e religião, apesar da progressiva secularização, não se desfaz completamente.

O processo de abertura do saber jurídico, portanto, não foi uma luta anticlerical ou antirreligiosa. O que ocorre é que o domínio sobre o direito, assim como sobre a política, deixa de ser exclusividade dos patrícios, passando a ser exercido por uma elite ampliada, a *nobilitas* patrício-plebéia e, perto do final da república, também por *homines novi* e elementos da classe equestre.

Essa ampliação no círculo dos juristas, por sua vez, foi acompanhada também pela progressiva instauração de um raciocínio jurídico menos formalista e mais atento às necessidades sócio-econômicas surgidas com a expansão de Roma pelo Mediterrâneo, ainda que isso tenha se dado de forma paulatina e sem grandes rompimentos com a tradição jurisprudencial iniciada com os pontífices.

Tratou-se, portanto, de uma abertura relativa, que não implica nenhuma espécie de vulgarização do saber jurídico. A jurisprudência era ainda privilégio de uma elite, e somente dela é que provinham os juristas. A transmissão desse conhecimento, que se dá ainda de forma prevalentemente oral e pelo contato próximo com um jurista mais experiente, exige uma preparação intelectual daquele que aprende, encontrada inevitavelmente apenas nos pertencentes à *nobilitas* (mesmo que plebéia). Além disso, o próprio mestre devia fazer uma seleção dentre aqueles que desejavam ser seus discípulos, mantendo assim uma espécie de fechamento no círculo de juristas e o caráter de elite no conhecimento do direito.¹⁸³

Deve-se ter em mente ainda que patronato continuava em funcionamento e os clientes permaneciam na dependência do conhecimento e auxílio de seus patronos em matéria jurídica. E esse “patronato jurisprudencial”¹⁸⁴ não se limita apenas aos clientes nos moldes antigos, mas abrange uma clientela potencial enorme. Mesmo com o acesso da plebe ao poder, permanecem diferenças de classe entre os poderosos e os outros. O cidadão comum, a arraia miúda, continua a precisar da assistência dos grandes, para os quais era

¹⁸³ Cf. B. BISCOTTI, *La giurisprudenza* cit., p. 178.

¹⁸⁴ Aqui se toma emprestado e altera a expressão que intitula o livro de J. M. DAVID, *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la république romaine*, Paris-Roma, École Française de Rome, 1992.

razão de orgulho ter muitos consultantes e clientes, não somente fixos, como no modelo antigo, mas ocasionais.¹⁸⁵

Fonte não só de orgulho para quem a exerce, mas também de prestígio e fama que eventualmente revertem em sucesso eleitoral, a atividade consultiva em matéria de direito, apesar da relativa ampliação do círculo de seus praticantes e da correspondente competitividade que a acompanha, continua a conferir-lhes, assim como antes, *magna potentia*.

¹⁸⁵ Cf. F. CANCELLI, *La giurisprudenza* cit., p. 260.

3. A ATIVIDADE CONSULTIVA DOS JURISTAS REPUBLICANOS

3.1. Uma ocupação aristocrática

No final do capítulo anterior, mencionou-se como a abertura do saber jurídico foi apenas relativa, pois que o exercício da jurisprudência permaneceu nas mãos da elite, da aristocracia romana, embora ela não mais se limitasse aos patrícios. Trata-se agora de uma aristocracia ampliada, a *nobilitas*, uma aristocracia derivada do exercício de cargos políticos.

De fato, tanto as fontes romanas quanto a análise prosopográfica dos juristas revelam que a jurisprudência, assim como no tempo dos pontífices, era uma ocupação a que se dedicavam apenas os homens mais ilustres da cidade.

Cícero, no livro I do seu diálogo *De oratore*, apresenta duas visões sobre a gama de conhecimentos que o orador deveria possuir. A primeira, representada no diálogo por Crasso, advoga que ele deve possuir conhecimentos amplíssimos e aprofundados, dentre os quais o do direito, imprescindível para o exercício de sua tarefa na defesa dos interesses dos clientes. Já Antônio defende que o conhecimento do direito não precisa ser aprofundado, pois o orador, além de não ter tempo para explorar com profundidade todas as matérias, sempre pode consultar um jurista ou um livro para conhecer o direito aplicável ao caso que defende.¹⁸⁶

Os gregos, segundo Antonio, buscavam satisfazer essa necessidade de consultoria jurídica no caso concreto recorrendo aos *pragmatikoi*, que Antonio chama de *iuris periti* em seu discurso. Mas os romanos foram mais sábios, confiando essa tarefa a homens ilustres (*clarissimi*) e fazendo com que *leges et iura* estivessem abrigados, defendidos pela autoridade desses homens.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Cic. de orat. 1,59,252: *iuris utilitas ad quamque causam quamvis repente vel a peritis vel de libris depromi potest*. “a informação jurídica necessária a cada causa pode ser obtida na mesma hora com um jurista, ou nos livros.” Tradução livre do autor.

¹⁸⁷ Cic. de orat. 1,59,253: *Itaque illi disertissimi homines ministros habent in causis iuris peritos, cum ipsi sint imperitissimi, ei qui, ut abs te paulo ante dictum est, pragmatici vocantur; in quo nostri omnino melius multo, quod clarissimorum hominum auctoritate leges et iura tecta esse voluerunt*. “E assim aqueles homens tão eloquentes (os gregos), mas não versados no direito, tinham como conselheiros alguns peritos no direito, que, como disseste há pouco, são chamados de pragmáticos. No que os romanos são muito melhores, pois quiseram que a lei e o direito estivessem ao abrigo da autoridade de homens ilustríssimos.” Tradução livre do autor.

Antes mesmo, Crasso, ao afirmar a superioridade do direito romano e sua ciência frente a outros povos, já havia trazido essa comparação com a Grécia, afirmando que se na Hélade homens de baixa condição social auxiliavam os oradores em matéria de direito, em Roma isso ficava a cargo de *amplissimi et clarissimi viri*, num texto fundamental para destacar a elevada consideração social em que se tinham os juristas e a jurisprudência:

Iam vero ipsa per sese quantum adferat eis, qui ei praesunt, honoris, gratiae, dignitatis, quis ignorat? Itaque, ut apud Graecos infimi homines mercedula adducti ministros se praebent in iudiciis oratoribus, ei, qui apud illos pragmatikoi vocantur, sic in nostra civitate contra amplissimus quisque et clarissimus vir, ut ille, qui propter hanc iuris civilis scientiam sic appellatus a summo poeta est: “egregie cordatus homo, catus Aelius Sextus,” multique praeterea, qui, cum ingenio sibi auctore dignitatem peperissent, perfecerunt ut in respondendo iure auctoritate plus etiam quam ipso ingenio valerent.

Na verdade, quem ignora o quanto o conhecimento do direito, por si só, traz de honra, favor e prestígio àqueles que estão à frente desse saber? De maneira que, enquanto na Grécia homens de baixa condição, chamados de “pragmáticos”, se ofereciam para ajudar os oradores nos processos em busca de uma pequena remuneração, em Roma essa função era exercida, por exemplo, por um homem de grande importância e ilustríssimo como aquele que, por causa de seu conhecimento do direito civil foi chamado pelo maior poeta de “homem distintamente sensato, o agudo Sexto Élio”, e por muitos outros que, angariando prestígio por suas qualidades, faziam valer, ao dar consultas jurídicas, mais a autoridade do que o próprio engenho.¹⁸⁸

No *De legibus* essa ideia também aparece, quando Cícero declara que grandes homens (*summos viros*) exerceram a jurisprudência, embora ele acabe de certa forma desqualificando sua atuação por se limitar a questões menores relativas ao *ius civile*, o que se explica pelo contexto do diálogo, em que Cícero compara o direito civil com o direito natural, por ele tido como mais elevado do que as questões que advém da necessidade

¹⁸⁸ Cic. de orat. 1,45,198. A elevada posição social dos juristas também aparece no discurso de Antonio (Cic. de orat. 1,55,235), quando afirma que a jurisprudência “*summo in honore semper fuit et clarissimi cives ei studio etiam hodie praesunt*.” “sempre gozou da maior honra e hoje tem à sua frente os mais ilustres cidadãos.”

prática, e do qual pretende tratar.¹⁸⁹ Ainda no mesmo diálogo, há a referência ao exercício da consultoria jurídica por homens ilustres (*clari viri*) e, na época de Cícero, por Sêrvio Sulpício Rufo, de suma autoridade.¹⁹⁰ Por fim, ao lamentar a decadência de seu tempo, Cícero, no *De Officiis*, afirma que o conhecimento e a interpretação do direito, altamente estimados (*summo in honore*), estavam outrora nas mãos dos mais elevados cidadãos, os *principes civitatis*.¹⁹¹

Escrevendo muito mais tarde, e referindo-se não apenas aos juristas da época republicana, Pompônio afirma no *Enchiridion* que *plurimi et maximi viri* professaram a ciência do direito, ainda que apenas alguns tenham obtido junto ao povo a *máxima dignatio*.¹⁹²

Durante os séculos III e II, a imagem do sacerdote-sapiente perdera suas cores até quase desaparecer completamente e seu lugar foi ocupado pela imagem do *nobre-sapiente*. Nesse contexto, responder às consultas dos particulares assume o caráter de um privilégio aristocrático, ligado à hegemonia da *nobilitas* surgida após o compromisso patrício-plebeu.

¹⁸⁹ Cic. leg. 1,4,14: *Summos fuisse in civitate nostra viros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint, sed eos magna professos in parvis esse uersatos. Quid enim est tantum quantum ius civitatis? Quid autem tam exiguum quam est munus hoc eorum qui consuluntur? Quam<quam> est [populo] necessarium, nec vero eos, qui ei muneri praefuerunt, universi iuris fuisse expertis existimo, sed hoc civile quod vocant eatenus exercuerunt, quoad populo praestare voluerunt.* “Houve em nossa cidade homens elevados, que costumavam interpretar o direito para o povo e atuar como consultores, mas embora prometessem grandes coisas, se dedicaram às pequenas. Pois o que vale tanto como o direito da cidade? Mas, ao mesmo tempo, o que é tão exíguo como a tarefa de dar consultas a respeito? Ainda que seja necessário para o povo, e que os que desempenharam essa tarefa não fossem ignorantes do direito universal, eles trataram do que chamam de direito civil apenas até aonde foi útil ao povo.” A fala de Ático em Cic. leg. 1,5,17 deixa claro o objetivo e a visão de Cícero: *Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?* “Consideras, então, que a ciência do direito não deve ser buscada no do edito do pretor, como hoje muitos dizem, nem nas XII Tábuas, como se dizia, mas sobretudo no íntimo da filosofia?”

¹⁹⁰ Cic. leg. 1,5,17: *Marcus: Non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quem ad modum caveamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus. Sit ista res magna, sicut est, quae quondam a multis claris viris, nunc ab uno summa auctoritate et scientia sustinetur.* “Pois nesta discussão, Pompônio, não indagaremos sobre como precaver os clientes em matéria de direito, ou sobre como responder a uma consulta ou outra. Ainda que se trata de uma grande ocupação, exercida até certo momento por muitos homens ilustres e agora por alguém da máxima autoridade e conhecimento.”

¹⁹¹ Cic. off. 2,19,65: *Itaque cum multa praeclara maiorum, tum quod optime constituti iuris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio; quam quidem ante hanc confusionem temporum in possessione sua principes retinuerunt.* “E assim, como muitas das coisas admiráveis de nossos antepassados, o que de melhor fizeram foi ter sempre na mais alta consideração o conhecimento e a interpretação do direito civil, que antes destes tempos conturbados os principais homens mantiveram em sua posse.” A expressão *principes civitatis* é empregada por W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen* cit., p. 42. F. SCHULZ, por sua vez (*Storia* cit., p. 47), empregando uma expressão weberiana, fala em *honoratiores*.

¹⁹² Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,35.

Atuar como jurisconsulto era a ocupação mais honrosa que a nobreza podia se dedicar e um dos ideais aos quais um nobre aspirava.¹⁹³

Essa aspiração pode ser identificada na obra de Cícero, que revela como, durante a velhice, melhor do que reclamar é exercer atividades honradas como a jurisprudência,¹⁹⁴ a que ele pretende se dedicar¹⁹⁵ e que, com a afluência dos clientes, evitam a solidão que pode acompanhar os últimos anos de um homem. É glorioso, segundo ele, após desempenhar os cargos e deveres (*honores et munera*) de cidadão, poder ser conselheiro dos seus concidadãos e se vangloriar disso como faz o deus Apolo num verso de Ênio. É o desejo que ele expressa pela boca de Crasso:

<p><i>Senectuti vero celebrandae et ornandae quod honestius potest esse perfugium quam iuris interpretatio? Equidem mihi hoc subsidium iam inde ab adulescentia comparavi, non solum ad causarum usum forensem, sed etiam ad decus atque ornamentum senectutis, ut, cum me vires, quod fere iam tempus adventat, deficere coepissent, ista ab solitudine domum meam vindicarem. Quid est enim praeclarius quam honoribus et rei publicae muneribus perfunctum senem posse suo iure dicere idem, quod apud Ennium dicat ille Pythius Apollo, se esse</i></p>	<p>Que ocupação pode ser mais honrada que a interpretação do direito para uma velhice acompanhada e adornada? Quanto a mim, já desde a adolescência busquei ajuntar para mim esse sustentáculo, não apenas para utilizá-lo nas causas forenses, mas também para glória e ornamento da velhice, a fim de que, quando as forças começarem a me abandonar, tempo este que se aproxima, eu livre minha casa da solidão. O que é, pois, mais cintilante que um velho poder dizer de si, após o exercício das magistraturas e deveres da república, o mesmo que Apolo Pítio em</p>
---	--

¹⁹³ Cf. A. SCHIAVONE, *Linee cit.*, p. 31, e G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus romano*, in *Obras Esparsas*, vol. 1. *Estudos de História do Direito Antigo*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1979, p. 156.

¹⁹⁴ Em Cic. Cato 9,27, Cícero critica Milon de Crotona por lamentar a velhice ao observar os atletas que se exercitavam. Jamais reclamaram juristas como Sexto Élio, Tibério Coruncânio ou Públio Crasso, “*a quibus iura civibus praescribebantur, quorum usque ad extremum spiritum est provecta prudentia.*” A jurisprudência é apresentada como saber da velhice também em Cic. Cato 14,50: *Quid de P. Licini Crassi et pontifici et civilis iuris studio loquar aut de huius P. Scipionis qui his paucis diebus pontifex maximus factus est? Atque eos omnis, quos commemoravi, his studiis flagrantis senes vidimus.* “O que dizer da dedicação de Públio Licínio Crasso ao direito pontifical e civil, ou de Públio Cipião, que recentemente se tornou pontífice máximo? E todos esses que citei, nós os vimos brilhar nessas disciplinas.”

¹⁹⁵ Cf. Cic. leg. 1,3,10: *Ego vero aetatis potius uacationi confidebam, cum praesertim non recusarem, quominus more patrio sedens in solio consulentibus responderem senectutisque non inertis grato atque honesto fungerer munere.* “Eu confiaria, na verdade, no descanso da idade, quando então, segundo o costume dos antepassados, não me recusaria a responder aos consulentes assentado na cadeira paterna e exercer o dever honroso e grato da velhice.”

eum, unde sibi, si non populi et reges, at omnes sui cives consilium expetant, “summarum rerum incerti: quos ego ope mea/ ex incertis certos compotesque consili/ dimitto, ut ne res temere tractent turbidas.”

Ênio, ou seja, que ele é aquele do qual, se não povos e reis, todos os cidadãos esperam o conselho, “incertos quanto às maiores questões: aos quais eu, com meu socorro/antes incertos, agora certos e na posse dos conselhos/despeço, para que não temam enfrentar as questões mais obscuras.”¹⁹⁶

Por ser uma atividade exercida pela aristocracia que domina o governo da civitas, a jurisprudência não é uma ocupação exclusiva, mas sim cumulada com o exercício das magistraturas e com o interesse pelas outras disciplinas que compõem o ideal romano e aristocrático de saber unitário e integral.¹⁹⁷

Mas ainda que o conhecimento do direito seja parte do saber aristocrático unitário, que continha vários saberes diversos, já nos encontramos diante de *experts*, para os quais a sapiência jurídica e a atividade respondente podem se tornar uma *urbana militia*, o centro de uma prestigiosa e intensa presença pública.¹⁹⁸ Embora interligado com os demais, é um saber específico, que não se confunde com eles, ainda que possam ser exercidos pela mesma pessoa.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Cic. de orat. 1,45,199. Tradução livre do autor. Mais adiante no diálogo (Cic. de orat. 1,50,225), Antonio contesta essa afirmação de Crasso, dizendo que a casa de um homem ilustre jamais fica vazia e que a jurisprudência não é a melhor atividade para o *senes*, pois que a multidão de clientes imede justamente o repouso, este sim o melhor da velhice.

¹⁹⁷ Cf. A. C. SAENZ, *Ciceron cit.* p. 106, que insiste na figura do romano integral, o *totus romanus*. Segundo M. BRETONNE, *Giurisprudenza e oratoria nella tarda Repubblica*, in J. PARICIO (org.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, p. 62, para a concepção tradicional romana de saber aristocrático, “l’oratore è anche giurista (e il giurista, oratore), e filosofo e uomo di governo, esperto custode delle tradizioni e istituzioni della città.”

¹⁹⁸ Cf. A. SCHIAVONE, *Linee cit.*, p. 32.

¹⁹⁹ Essa ideia está bem expressa em Cic. de orat. 1,49, 216, onde Antonio afirma que não é porque Crasso domina todo tipo de saber e é orador, que todos esses saberes fazem parte da oratória. Falando especificamente acerca do direito, ele diz “*nec, si P. Crassus idem fuit eloquens et iuris peritus, ob eam causam inest in facultate dicendi iuris civilis scientia.*” “e nem mesmo, se P. Crasso foi ao mesmo tempo orador e jurisperito, por tal razão a ciência do direito civil está inserida na oratória.” Dá também o exemplo de Quinto Múcio Cévola, que jogava muito bem a *pila* e o jogo das doze marcas, e nem por isso tal habilidade era necessária aos jurisconsultos no geral. Cic. de orat. 1,49,217: *Nam si ut quisque in aliqua arte et facultate excellens aliam quoque artem sibi adsumpserit, is perficiet ut, quod praeterea sciet, id eius, in quo excellet, pars quaedam esse videatur, licet ista ratione dicamus pila bene et duodecim scriptis ludere proprium esse iuris civilis, quoniam utrumque eorum P. Mucius optime fecerit* “De fato, se cada um que é excelente em alguma arte e faculdade e que também tenha arrogado para si outra arte conseguir que o que sabe a mais pareça ser uma parte daquilo em que é excelente, será possível, com esse raciocínio, dizer que jogar bem a péla e o jogo das doze linhas é próprio do direito civil, uma vez que P. Múcio se saiu muito bem

O ideal de integralidade foi plasmado por Cícero numa passagem do *De oratore* em que ele, pela boca de Crasso, ao lamentar a fragmentação dos saberes, faz o eleogio dos antepassados romanos, que souberam reunir em si uma vasta gama de conhecimentos, dentre eles o direito, que compartilhavam com os cidadãos aconselhando-os sobre diversas matérias:

Equidem saepe hoc audiui de patre et de socero meo, nostros quoque homines, qui excellere sapientiae gloria vellent, omnia, quae quidem tum haec civitas nosset, solitos esse complecti. Meminerant illi Sex. Aelium; M. vero Manilium nos etiam vidimus transverso ambulanti foro; quod erat insigne eum, qui id faceret, facere civibus suis omnibus consili sui copiam; ad quos olim et ita ambulantis et in solio sedentis domi sic adibatur, non solum ut de iure civili ad eos, verum etiam de filia conlocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur. 134. Haec fuit P. Crassi illius veteris, haec Ti. Coruncani, haec proavi generi mei Scipionis prudentissimi hominis sapientia, qui omnes pontifices maximi fuerunt, ut ad eos de omnibus divinis atque humanis rebus referretur; eidemque in senatu et apud populum et in causis amicorum et domi et militiae consilium suum fidemque

De minha parte, ouvi muitas vezes de meu pai e de meu sogro que também os nossos conterrâneos, por desejarem sobressair-se pela glória da sabedoria, costumavam abarcar tudo que esta cidade conhecia. Citavam Sexto Élio, mas também nós vimos Mânio Manílio andando pelo fórum, o que era sinal de que aquele que o fazia colocava à disposição de todos os seus concidadãos o seu discernimento. Outrora, estando eles passeando dessa forma ou sentados numa poltrona, em casa, as pessoas os procuravam não apenas para consultá-los a respeito do direito civil, mas também do acerto do casamento de uma filha, da compra de uma propriedade, do cultivo do campo, em suma, de qualquer dever ou atividade. 134. Tal era a sabedoria do antigo Públio Crasso,²⁰⁰ tal a de Tibério Coruncânio, tal a do bisavô de meu genro, Cipião, um homem extremamente sábio (todos eles foram pontífices máximos), que eram

em ambos os casos.” A respeito disso, M. BRETON, *Giurisprudenza* cit., p. 62, afirma que o jurista, enquanto especialista, é um personagem social distinto e tem uma fisionomia social inconfundível com a do orador, filósofo, gramático, poeta, músico ou general, embora esses diversos papéis sociais possam coexistir na mesma pessoa.

²⁰⁰ Públio Licínio Crasso, que não se confunde com o jurista posterior de mesmo nome (data), encarnava o modelo de homem romano integral e era dotado, segundo Liv. 30,1,4-6, de todas as qualidades desejáveis num cidadão.

praestabant. 135. Quid enim M. Catoni praeter hanc politissimam doctrinam transmarinam atque adventiciam defuit? Num, quia ius civile didicerat, causas non dicebat? Aut quia poterat dicere, iuris scientiam neglegebat? Utroque in genere et elaboravit et praestitit. Num propter hanc ex privatorum negotiis conlectam gratiam tardior in re publica capessenda fuit? Nemo apud populum fortior, nemo melior senator; et idem facile optimus imperator; denique nihil in hac civitate temporibus illis sciri discive potuit, quod ille non cum investigarit et scierit tum etiam conscripserit.

consultados a respeito de todos os assuntos divinos e humanos, colocando à disposição seu discernimento e lealdade tanto no senado quanto diante do povo, bem como nas causas dos amigos, na paz e na guerra. 135. Na verdade, o que faltou a Marco Catão além desta refinadíssima doutrina de além-mar e estrangeira? Acaso, pelo fato de ter estudado o direito civil, não defendia causas? Ou, por ser capaz de defendê-las, desprezava o conhecimento do direito? Aplicou-se a um e outro gênero, sobressaindo-se nos dois. Acaso, devido ao prestígio adquirido nas atividades de cidadãos privados, era mais indolente em seu envolvimento na política? Ninguém era mais corajoso diante do povo, ninguém era melhor senador e, ao mesmo tempo, sem dúvida o melhor comandante. Em suma: nada havia nesta cidade, naquela época, que pudesse ser conhecido ou aprendido, que ele não apenas não tivesse investigado e conhecido, mas também usado em seus escritos.²⁰¹

Com o tempo, ocorrerá uma série de mudanças nessa caracterização geral da jurisprudência. Em primeiro lugar, a origem social dos juristas, cada vez mais oriundos da ordem equestre, e não apenas dos *nobiles* e senatoriais. Além disso, a concepção de saber unitário progressivamente se desfaz, assim como a cumulação de atividades, de modo que os juristas acabarão por se concentrar no estudo do direito, deixando de lado outras disciplinas e até mesmo o exercício das magistraturas.

²⁰¹ Cic. de orat. 3,33,133-135. Tradução de A. SCATOLIN, com ligeiras modificações em relação aos nomes citados, que aparecem abreviados em sua tradução.

Esse percurso pode ser bem percebido atentando-se para a carreira de diversos juristas republicanos, em que se revelam paulatinamente as mudanças mencionadas no parágrafo acima, assim como os fluxos e refluxos no processo de especialização.

Tibério Coruncânio, cônsul em 304 a.C., e que, como pontífice *peritissimus*²⁰² (cargo assumido em 300 .C.), inicia a prática de *publice respondere*, foi chamado *sapiens*, *vir bonus*,²⁰³ e tinha a arte de se exprimir, embora menos douto que os gregos, mas parecido no *impetu mentis* e na vontade.²⁰⁴ Trata-se de uma *sapientia* que não implica em renúncia à participação no governo da coisa pública, ao contrário do que ocorria com os filósofos, e com base na qual, como se viu, dava conselhos sobre diversas matérias.

Sexto Élio, cônsul em 73 e censor em 194 a.C., referido por Cícero dentre os homens antigos que *omnia quae quidem tum haec civitas nosset, solitos esset complecti*,²⁰⁵ além de jurista, não carecia de talento como orador,²⁰⁶ e tinha interesses por pesquisas linguísticas relativas às XII Tábuas,²⁰⁷ o que certamente contribuiu para a redação dos *Tripertita*.

Marco Pórcio Catão, cônsul em 195 e censor em 184 a.C., cultivava tanto a *iuris scientia* quanto a oratória²⁰⁸ e é apresentado por Cícero como um modelo de romano integral,²⁰⁹ qualidade esta que também aparece em Tito Lívio, para quem a falta de origem

²⁰² Cic. dom. 54,139: *qui peritissimus pontifex fuisse dicitur*.

²⁰³ Cic. Lael. 5,18: (...) *Ti. Coruncanium, quos sapientes nostri maiores iudicabant, (...) concedant ut viri boni fuerint*.

²⁰⁴ Cic. de orat. 3,15,56: *Hanc, inquam, cogitandi pronuntiandique rationem vimque dicendi veteres Graeci sapientiam nominabant; hinc illi Lycurgi, hinc Pittaci, hinc Solones atque ab hac similitudine Coruncanii nostri, Fabricii, Catones, Scipiones fuerunt, non tam fortasse docti, sed impetu mentis simili et voluntate*. “A esse método, continuando, de refletir e falar, a esse poder do discurso, os gregos denominavam ‘sabedoria’. Daqui provieram os Licurgos, os Pitacos, os Sólon, bem como, por essa semelhança, os nossos Coruncânios, Fabrícios, Catões, Cipião, talvez não tão doutos, mas dotados de entusiasmo e vontade semelhante.”

²⁰⁵ Cic. de orat. 3,33,133.

²⁰⁶ Cic. Brut. 20,78: *iuris quidem civilis omnium peritissimus, sed etiam ad dicendum paratus*.

²⁰⁷ Cic. leg. 2,23,59. Segundo A. C., SAENZ (*Ciceron cit.*, pp. 149-150), no tempo de Sexto Élio, “*el arte jurídico aún no se há desgajado plenamente de otras ciencias adjacentes y sus indagaciones no son más propriamente jurídicas que gramaticales, en una dinámica intelectual y arqueológica que no tiene nada de accidental, sino que parece consubstancial a las épocas genéticas*.”

²⁰⁸ Cf. Cic. de orat. 1,37,171: *Quid vero ille M. Cato? Nonne et eloquentia tanta fuit, quantam illa tempora atque illa aetas in hac civitate ferre maximam potuit, et iuris civilis omnium peritissimus?* “E quanto ao célebre M. Catão? Acaso não tinha uma eloquência tão grande quanto aquela época pôde produzir, e não era o mais perito de todos em direito civil?” Sobre a obra jurídica de Catão, Cic. de orat. 1,53,227-228; Cic. de orat. 2,33,142.

²⁰⁹ Cic. de orat. 3,33,135. Em Lael. 2,6, Cícero afirma que Catão recebeu o título de *sapiens* “*quia multarum rerum usum habebat*”.

nobre não impedia que Catão exerça várias *artes* e o governo da república.²¹⁰ Some-se ainda seu conhecido trabalho como historiador, responsável pelas *Origines*, obra que ...²¹¹

Dentro do mesmo modelo se encaixam outros juristas como Públio Cornélio Cipião Násica Córculo, cônsul em 162 e 155 a.C., pontífice máximo em 150 a.C. e posto por Cícero ao lado de Públio Licínio Crasso e Tibério Coruncânio na descrição da ampla atividade consultiva sobre coisas humanas e divinas. É o caso também de Lúcio Acílio Gábrio, cujo título de *sapiens* advém de sua *iuris civilis prudentia*,²¹² Marco Júnio Bruto, pretor em 142 a.C, jurista e até certo ponto orador,²¹³ e Mânio Manílio, pretor em 155 ou 154 a.C., cônsul em 149 a.C. e comandante militar (embora sem muito sucesso, sendo substituído por Cipião Emiliano), e consultado pelos cidadãos, assim como era Sexto Élio, acerca dos mais diversos assuntos.²¹⁴ Bruto e Manílio que, juntamente com Públio Múcio Cévola,²¹⁵ são considerados por Pompônio aqueles *qui fundaverunt ius civile*.

A dinastia jurisprudencial dos Cévolas não difere de seus antecessores no que diz respeito à participação no governo da res publica e no interesse por outras disciplinas.

Públio Licínio Crasso Dives Muciano, irmão de sangue de Públio Múcio Cévola *pontifex* (um dos *fundatores*), cônsul em 131 a.C., aprende o direito dentro de casa²¹⁶ e, mais tarde, aproxima-se da retórica, tornando-se o mais eloquente dos jurisconsultos²¹⁷ e postando-se como um dos que encarna o ideal de integralidade do saber proposto por Cícero.²¹⁸

²¹⁰ Liv. 39,40,4: *In hoc viro tanta vis animi ingeniiue fuit, ut quocumque loco natus esset, fortunam sibi ipse facturus fuisse videretur. Nulla ars neque privatae neque publicae rei gerendae ei defuit; urbanas rusticasque res pariter callebat.* “Eram tão grandes a elevação de alma e a energia de caráter daquele varão insigne que, qualquer que fosse o seu nascimento, teria sozinho edificado sua fortuna. Conhecimento algum lhe faltava para os negócios públicos e privados, e de igual forma tratava as coisas urbanas e rurais.”

²¹¹ Sobre Catão como historiador, veja-se Cic. de orat. 2,63,256; Cic. de orat. 2,64,260; Cic. de orat. 2,67,271; Cic. de orat. 2,69,279.

²¹² Cic. Lael. 2,6: *quia prudens esse in iure civili putabatur.*

²¹³ Cic. off. 2,14,50 (*Iuris civilis in primis peritus*); Cic. Brut. 34,130 (*iurisprudenterissimus*); Cic. Brut. 47,175.

²¹⁴ Cic. de orat. 3,33,133.

²¹⁵ Tribuno da plebe em 141 a.C., pretor em 136 a.C.; cônsul em 133 a.C.; pontífice de 131 até sua morte em 115 a.C.

²¹⁶ Cic. Brut. 26,98: *domi ius civile cognoverat.*

²¹⁷ Cf. Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,40: *hunc Cicero ait iurisconsultorum disertissimum.*

²¹⁸ Cic. de orat. 1,37,170: *Equidem propinquum nostrum P. Crassum [illum Divitem] cum multis aliis rebus elegantem hominem et ornatum tum praecipue in hoc efferendum et laudandum puto, quod, cum P. Scaevolae frater esset, solitus est ei persaepe dicere neque illum in iure civili satis [illi arti] facere posse, nisi dicendi copiam adsumpsisset - quod quidem hic, qui mecum consul fuit, filius eius est consecutus - neque se ante causas amicorum tractare atque agere coepisse, quam ius civile didicisset.* “De minha parte, considero que

Quinto Múcio *augur*, pretor em 121 a.C. e cônsul em 117 a.C., vive num tempo de abertura para a cultura grega e pertence ao círculo de Cipião Emiliano. Segundo Cícero, foi *peritissimus* no direito civil e muito polido;²¹⁹ sabia discursar em defesa de seus interesses quando necessário, mas não foi um orador em sentido estrito, dominando vários gêneros de *prudencia*, sobretudo a do direito.²²⁰

Aproximava-se, assim, do modelo ciceroniano de *totus romanus*, mas já dava indícios de uma atitude que reconhecia a necessidade de circunscrever seu âmbito de atuação e o objeto de seu conhecimento ao estritamente técnico-jurídico, deixando a outros especialistas temas não pertencentes diretamente ao *ius civile*, como se vê no episódio em que, consultado sobre *ius praediorum*, remeteu seus consulentes aos conselhos especializados dos próprios *praedatores*, Fúrio e Cascélio.²²¹

Mas não era ainda o tempo de dedicar-se quase que exclusivamente ao direito. É o tempo de juristas como Públio Rutílio Rufo, *clarissimus vir*,²²² pretor por volta de 118 e cônsul em 105 a.C., autor de um discurso *de modo aedificorum*, homem público de tipo romano: jurista, orador (ainda que não muito eloquente), pensador e gestor da res publica, até mesmo historiador.²²³

meu parente, o ilustre Públio Crasso Dives, era um homem elegante e ornado em muitos outros aspectos, mas sobretudo pelo fato de que, sendo irmão de Públio Cévola, costumava inúmeras vezes dizer a ele que nem poderia estar à altura do direito civil se não obtivesse, antes, domínio da oratória – algo que o filho daquele que foi cônsul comigo conseguiu -, nem começaria a tratar e defender as causas de seus amigos antes de aprender o direito civil.”

²¹⁹ Cic. Brut. 58,212: *Q. Scaevola augure, qui peritissimus iuris idemque percomis est habitus.*

²²⁰ Cic. Brut. 26,102: *Mucius autem augur quod pro se opus erat dicebat, ut de pecuniis repetundis contra T. Albucium. Is oratorum in numero non fuit, iuris civilis intellegentia atque omni prudentiae genere praestitit.* “Múcio, o augur, por outro lado, quando era necessário discursava em seu próprio favor, como agiu contra T. Albúcio por peculato. Não foi contado entre os oradores, mas se destacou no entendimento do direito civil e em todo gênero de prudência.” Segundo C. A. SAENZ (*Cicerón* cit., p. 201), vê-se nos Múcios Cévolas uma desconfiança frente ao exercício da oratória e sua conversão em ciência central da civitas (como defendia Cícero), desempenhando o papel que deveria caber ao direito. De fato, no primeiro livro do *De oratore* Quinto Múcio augur está presente e é o personagem escolhido por Cícero para afirmar, em Cic. de orat. 1,9,38, que a oratória traz males à cidade, e defender a superioridade da jurisprudência (Cic. de orat. 1,10,39), um conhecimento que se desenvolve há muito tempo em sua família *sine ulla eloquentia et laude*.

²²¹ Cf. A. C. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 204, para quem o *augur* foi um “*totus romano mitigado*” (p. 210), em virtude de uma crescente concentração no âmbito jurídico. A referência ao citado episódio encontra-se em narrado em Cic. Balb. 20,45: *Etenim si Q. Scaevola ille augur, cum de iure praedatorio consuleretur, homo iuris peritissimus, consultores suos non numquam ad Furium et Cascellium praedatores reiciebat.* “Com efeito, Quinto Múcio Cévola, o augur, homem muito experimentado no direito, quando consultado sobre o direito das hastas públicas, remetia seus consulentes a Fúrio e Cascélio, especialistas no assunto.” Também Val. Max. 8,12,1.

²²² Cic. Balb. 11,28.

²²³ C. A. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 214. Cícero, no *Brutus*, elogia seu saber jurídico, cuja excelência contrasta com a simplicidade de suas orações: *Rutilius autem in quodam tristi et severo genere dicendi versatus est* (Cic. Brut. 30,113). Em Cic. Brut. 30,114, lemos: “*Sunt eius orationes ieiunae; multa praeclara de iure; doctus vir et Graecis litteris eruditus, Panaeti auditor, prope perfectus in Stoicis.*” A austeridade das orações

Gaio Visélio Aculeão, entretanto, é um especialista numa época em que tal figura não é comum, mas sua concentração nos estudos jurídicos não se mostra como um projeto definido, e sim como uma consequência de suas limitações culturais, já que, segundo Cícero, era pouco versado nas outras artes.²²⁴ Seu filho, Caio Visélio Varrão, retoma o caráter de um saber mais integral, atuando como jurista e orador,²²⁵ o que mostra que a especialização ou concentração dos juristas no direito não é um processo estritamente linear, tendo seus fluxos e refluxos.

Exemplo de romano integral é ainda Quinto Múcio Cévola *pontifex, sanctissimus atque ornatissimus vir* segundo Cícero,²²⁶ jurista que é também orador (no Senado e nos tribunais), senador, cônsul em 95 a.C., comandante militar e governador provincial, além de ocupar o pontificado...²²⁷

Era ainda um jurista do tipo antigo, que se ocupava de outros saberes. A mudança virá depois, quando os juristas abandonarão as outras atividades e se concentrarão no jurídico. Isso se realiza de certa forma em Aquílio Galo, mas Sérvio, seu aluno, ainda é um exemplo de jurista orador, ao modo antigo. São os fluxos e refluxos de um processo.

O signo da mudança, indicando o progressivo abandono de outras atividades e a concentração no jurídico por parte dos juristas, pode ser percebido com nitidez em Aquílio Galo, jurista que não vai além da pretura, exercida em 66 a.C., recusando-se a concorrer ao

parece ser um traço dos oradores estóicos (Cic. Brut. 30,116), dentre os quais se inclui também outro jurista, Quinto Élio Tuberão, tribuno da plebe em 130 d.C. aluno dos *fundatores* e também de Panécio, de vida austera e tido por Cícero como *mediocris in dicendo, doctissimus in disputando* (Cic. Brut. 30,117). Sobre Rutílio Rufo filósofo (*P. Rutilius Rufus, homo doctus et philosophiae deditus*), ver Cic. de orat. 1,53,227.

²²⁴ Cic. de orat. 1,43,191. Segundo A. C. SAENZ (*Cicerón cit.*, p. 233), “Aculeón ensayará su propio camino de reducción del ámbito de atención erudita a lo puramente técnico, despojando al saber jurídico de toda conexión con otros saberes, desnudando la pulpa, concentrando-se em lo irreductible: em lo puramente técnico-jurídico. De una limitación de su cultura hizo la fuerza única de sus trayectoria, ella misma única, pues ocultaba una propuesta.”

²²⁵ Cic. Brut. 76,264: *Erat etiam uir doctus in primis [disciplina descendis] C. Visellius Varro consobrinus meus (...) Praeterea perfectus in litteris iurisque civilis iam a patre Aculeone traditam tenuit disciplinam.*

²²⁶ Cic. S. Rosc. 12,33.

²²⁷ Sobre a atuação de Quinto Múcio como orador, veja-se Cic. Brut. 39,145-40,149, em que Cícero menciona a austeridade de seus discursos, assim como faz em Cic. de orat. 1,53,228 (*more suo nullo apparatu pure et dilucidare*). Tendo em conta essa afirmação e os exemplos de Rutílio Rufo e Élio Tuberão, parece que o jurista, mesmo quando atua como orador, conserva uma certa fisionomia própria, um estilo mais sério, certamente derivado da seriedade e assertividade características da profissão a que se dedicam com mais esmero. Segundo A. C. SAENZ (*Cicerón cit.*, p. 249), Quinto Múcio se interessa pela oratória pela oratória em virtude da crítica que se dirigia a seu pai por ser um jurista que não cuidava da fluidez de seus discursos (Cic. de orat. 1,37,170). Tratar-se-ia, para o autor, da “*superación de un problema dinástico: el escasso interés de los Escévolas por la elocuencia (perceptible también em su tío), que en verdade esconde, ante todo, una profunda desconfianza.*”

consulado sob alegação de que pretendia se dedicar a suas atividades jurídicas (*illud suum regnum iudiciale*).²²⁸

Se Visélio Aculeão se especializara por necessidade, já que sua cultura era parca em outras áreas, Aquílio Galo parece fazê-lo de forma mais consciente e intencional, concentrando sua atenção no direito por perceber a amplificação dessa área do conhecimento, com o crescimento do edito (para o qual ele mesmo contribui enquanto pretor), ao contrário de Quinto Múcio, que se dedicou a outros saberes e não se concentrou no direito talvez porque evitava encará-lo em sua totalidade, limitando-o ao âmbito tradicional.²²⁹

Sérvio Sulpício Rufo será, de certa forma, um continuador de seu mestre Aquílio Galo no processo de especialização.²³⁰ Embora fosse dotado de todas as qualidades que caracterizavam o modelo do *totus romanus*, por ser nobre (patrício inclusive), orador e interessado em outras áreas do saber, além de exercer o consulado em 51 a.C, mantendo assim a relação entre jurisprudência e *cursus honorum*, a partir de certo momento dedicou-se mais especificamente ao direito.

Para Cícero, Sérvio optou por se especializar no direito pela impossibilidade de ser o melhor orador, devido à concorrência com o próprio Cícero. Pompônio, no entanto, parece sugerir uma razão alternativa, já que Sérvio opta por dedicar-se ao direito após ser seriamente repreendido por Quinto Múcio Cévola ao não ser capaz de entender, repetidas

²²⁸ Cic. Att. 1,1,1: *Aquilium non arbitrabamur, qui denegavit et iuravit morbum et illud suum regnum iudiciale opposuit*. O termo *regnum iudiciale*, na tradução francesa de M. Nisard, disponível em <http://remacle.org/bloodwolf/orateurs/lettres1.htm>, aparece como “*ses nombreux travaux judiciaires*”; numa das traduções inglesas, feita por E. SHUCKBURGH e disponível em <http://www.u.arizona.edu/~afutrell/republic/web%20readings/cicleta1.1.htm>, temos “*his leading position at the bar*”. Nas notas de F. F. ABBOT, disponíveis em <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0076%3Acoll%3DA%3Abook%3D1%3Aletter%3D1>, a ideia de *regnum iudiciale* é que Aquílio Galo estava muito ocupado com “*legal business*” para se engajar na política. Em Cic. fam. 9,18, aparece a expressão *regno forensi*, que Cícero emprega para se referir a sua própria supremacia no foro como orador. Com base nesse paralelo é que se costuma entender o termo como supremacia nos tribunais. Mas pode-se perguntar: por que uma tal supremacia impediria Aquílio Galo de concorrer ao consulado? Parece mais adequado compreender o termo como designando a dedicação mais exclusiva ao direito, como fazem F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 83, M. BRETONI, *Giurisprudenza* cit., p. 62, e G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 159, para o qual Aquílio Galo recusou o consulado “*a fim de dispor de mais tempo para seus estudos jurídicos*”, e A. C. SAENZ (*Cicerón* cit., p. 280), que vislumbra na expressão um sentido múltiplo, indicando a atuação de Galo como jurista, juiz e pretor.

²²⁹ Cf. A. C. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 283. Essa limitação no âmbito de interesses jurídicos de Quinto Múcio se expressa nos seus *libri iuris civilis*, que não abarcam as novas matérias surgidas com a atuação do pretor.

²³⁰ A respeito da formação de Sérvio como jurista, veja-se Cic. Brut. 42,154 e Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,43.

vezes, a resposta que ele dera a uma consulta jurídica que Sêrvio fazia na qualidade de orador. Para Múcio, era vergonhoso que um patrício, nobre e orador ignorasse o direito.²³¹

Assim como ocorreu com Aquílio Galo, a concentração nos estudos jurídicos é acompanhada de um alargamento no objeto de estudo, para abranger a matéria edital, negligenciada por Quinto Múcio Cévola, mas comentada de forma concisa por Sêrvio em dois livros *ad Brutum*.²³²

Essa especialização, que não é exclusividade dos juristas,²³³ é notada por Cícero, que a critica no *De oratore*, logo após fazer o elogio daqueles homens antigos que acumulavam saberes e ofícios na *civitas*. Ele afirma que, na época do diálogo (que se passa em 91 a.C.), mas por que não em sua própria época, os homens se distinguem apenas por um saber ou outro, apresentando-se para concorrer às magistraturas como se estivessem nus, sem quase nenhuma qualidade que os orne. E quando se trata de alguém especializado na *iuris scientia*, nem mesmo esse saber é completo, pois se despreza o direito pontifical.²³⁴

O mesmo tom de lamento pode ser visto numa importante passagem do *De officiis* em que Cícero afirma haver desaparecido, juntamente com todos os graus de dignidade, o esplendor da jurisprudência, justamente quando vive seu representante mais insigne.²³⁵ Os romanistas tem entendido que essa passagem se refere a um processo, paralelo à especialização, qual seja, a entrada, na profissão jurídica, de elementos estranhos à nobreza, que dominava esse saber anteriormente.

²³¹ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,43; Cic. Orat. 34,120, Cícero considera torpe que um orador patrocine as causas sem conhecer as leis e o direito.

²³² Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,44.

²³³ O próprio Cícero é um exemplo de especialização no sentido contrário, pois, apesar de estudar o direito em sua juventude com os Cévolas, opta depois por se concentrar na oratória, o mesmo que ocorreu com Lúcio Licínio Crasso.

²³⁴ Cic. de orat. 3,33,136: *Nunc contra plerique ad honores adipiscendos et ad rem publicam gerendam nudi veniunt atque inermes, nulla cognitione rerum, nulla scientia ornati. Sin aliquis excellit unus e multis, effert se, si unum aliquid adfert, aut bellicam virtutem aut usum aliquem militarem; quae sane nunc quidem obsoleverunt; aut iuris scientiam, ne eius quidem universi; nam pontificium, quod est coniunctum, nemo discit; aut eloquentiam, quam in clamore et in verborum cursu positam putant; omnium vero bonarum artium, denique virtutum ipsarum societatem cognationemque non norunt.* “Hoje em dia, em contrapartida, a maioria chega nua e desarmada para obter os cargos e governar o estado, sem estar ornada por qualquer noção, qualquer conhecimento das coisas. Mas se um único, dentre muitos, se sobressai, ensoberbece-se, tem uma única qualidade, seja um valor bélico ou alguma prática no exército (as quais, agora, pelo menos, estão totalmente fora de uso), seja o conhecimento do direito (e nem mesmo de todo ele, pois ninguém estuda o direito pontifício, com ele relacionado), seja a eloquência, que consideram residir em gritos e em palavras apressadas - na verdade, desconhece a ligação e a afinidade que existe entre todas as artes liberais, em suma, entre todas as virtudes.” Tradução de A. SCATOLIN, ligeiramente modificada.

²³⁵ Cic. off. 2,19,65.

Segundo W. KUNKEL,²³⁶ a jurisprudência enfrenta, no final da república, uma espécie de crise de confiança, ainda que os juristas mais notáveis do período (alguns deles da ordem equestre) tenham feito grandes contribuições para o desenvolvimento do direito. Para o autor, quando Cícero fala que o esplendor da jurisprudência foi destruído pela confusão dos tempos, ele se refere à difusão da jurisprudência fora do círculo da *nobilitas* e da ordem senatorial, que permitiu a proliferação de incompetentes e charlatões, cuja atividade como assistentes das partes trouxe grande confusão à prática jurídica.²³⁷

De fato, embora não se possa imputar necessariamente a eles a crise referida por Cícero,²³⁸ nas últimas décadas da república aumenta o número de juristas que não pertencem à *nobilitas* (antepassados cônsules) e nem mesmo às famílias senatoriais (cujos expoentes tiveram carreira política mas não chegaram ao consulado), mas são provenientes da ordem equestre e não percorrem o *cursus honorum*, dedicando-se ao direito não como parte de um saber integral de corte aristocrático, mas como verdadeiros especialistas.²³⁹

Importantes juristas da ordem equestre são: Aulo Cascélio, filho de um especulador de imóveis (*praediator*) do período silano, que não vai além da questura e recusa o consulado oferecido por Augusto, apesar do salto no *cursus honorum* que isso representava; Aulo Ofílio, um *eques* cuja família ganhou consideração pública depois da guerra social e que, mesmo com uma carreira política aberta diante de si, preferiu ser apenas jurisconsulto; Caio Trebácio Testa, conselheiro jurídico de César e amigo de Cícero, que, embora promovido por Augusto à ordem equestre, jamais ocupou cargos políticos.²⁴⁰

²³⁶ *Historia* cit., p. 115; *Die Römischen Juristen* cit., pp. 50ss.

²³⁷ Plut. Cic. 26, menciona a presença de alguns arrivistas no âmbito do direito, como é o caso de Públio Cota, que se pretendia jurista mas era, ao que parece, um néscio: μέλλεις γὰρ αὐριον ιδιώτης εἶναι Πόπλιον δὲ Κώνσταν νομικὸν εἶναι βουλόμενον, ὄντα δ' ἀμαθῆ καὶ ἀφυῆ, πρὸς τινα δίκην ἐκάλεσε μάρτυρα: τοῦ δὲ μηδὲν εἰδέναι φάσκοντος, ἴσως, ἔφη, ὁκοεῖς περὶ τῶν νομικῶν ἐρωτᾶσθαι. “Também Públio Cota, que queria ser jurisconsulto mas era ignorante e estúpido, foi uma vez chamado como testemunha num caso em que Cícero atuava; e quando dizia repetidamente que nada sabia, Cícero retrucou: ‘Talvez penses estar sendo questionado sobre algum ponto de direito.’” Baseado na tradução inglesa da Loeb Classical Library, edição de 1919, disponível em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Cicero*.html.

²³⁸ Como se verá no item 5.2.2, a crise de confiança na jurisprudência, embora causada também pela entrada de elementos duvidosos na profissão jurídica (que não representam a totalidade dos juristas equestres), se deve a outros fatores, dentre eles a presença da retórica como elemento a barra a eficácia do *responsum*.

²³⁹ Cf. J. PARICIO, *Los juristas* cit., pp. 50-51, para quem (pp. 48-49) a entrada da ordem equestre na jurisprudência é uma espécie de continuação de sua entrada nas listas de juízes, ocorrida com a *Lex Sempronia iudiciaria*, proposta por Caio Graco e que, conforme a interpretação que se lhe dê, deu aos cavaleiros a participação em conjunto com os senatoriais nessas listas ou o seu completo controle, com exclusão dos senatoriais.

²⁴⁰ Cf. F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 83.

V. GIUFFRÈ nota que, juntamente com a especialização, se processa um novo fenômeno na ligação dos juristas com o poder político. Enquanto a maioria não mais ocupava cargos públicos, alguns tentavam se aproximar do poder político por meio de ligações pessoais com o poderoso do momento. É o caso de Ofílio, que foi *Caesari familiarissimus*,²⁴¹ assim como o de Trebácio e Alfeno Varo.²⁴²

Uma espécie de culminação do processo de especialização será Marco Antístio Labeão, que apesar de sua origem nobre e suas convicções republicanas, ou talvez em virtude delas, recusa o consulado oferecido por Augusto e opta por se dedicar exclusivamente aos estudos jurídicos, dividindo seu tempo entre os seis meses de estudo e escrita no interior e os seis meses de ensino na cidade. Literatura e ensino que, paralelamente à especialização progressiva que se narrou, vão ganhando cada vez mais importância.

3.2. Jurisprudência e sucesso eleitoral

Uma ocupação aristocrática, inicialmente concentrada na elite nobiliar-senatória, que passa também às mãos dos cavaleiros, mas não perde por isso seu caráter de elite, conservando a maioria dos traços aristocráticos que permeiam a atuação dos juristas.

Um deles é a gratuidade. Arisocratas não trabalham por dinheiro,²⁴³ a uma porque não necessitam, a outra por ser algo considerado desonroso.²⁴⁴ É gratuitamente que eles

²⁴¹ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,44.

²⁴² *Giuristi e politica*, in F. MILAZZO (org.), *Ius Controversum e Auctoritas Principis – Giuristi Principe e Diritto nel Primo Impero – Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanístico ‘G. Boulvert’ – Copanell 11-13 giugno 1998*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 106-107. E para o autor, trata-se de uma iniciativa dos próprios juristas: “Non furono i leader che, alla ricerca di consensi, cercarono di portar dalla loro il (presunto) prestigio sociale dei giuristi. Furono questi (taluni, ovviamente) che, privati della dignatio tradizionale, tentarono di acquistarne una nuova fondata sul privilegiato rapporto col capo della fazione ritenuta prevalente.”

²⁴³ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 49.

²⁴⁴ Como destaca H. M. F. MADEIRA (*História da advocacia – origens da profissão de advogado no direito romano*, São Paulo, RT, 2002, pp. 49-50, “a moral romana repugnava o trabalho livre mediante remuneração. Viver de paga alheia igualava o homem livre ao escravo, e havia quem pensasse até que a subordinação voluntária a alguém fosse mais torpe do que a forçada. O escravo, com quem o dono esperava contar para sempre, merecia mais cuidados do que aquele que, por pouco tempo, e por dinheiro, se subordinasse a um poder alheio. As atividades consideradas apropriadas para um homem livre, *civis Romanus*, foram aquelas designadas como *artes liberales*, sem nenhuma possibilidade de ser atribuído a elas um valor pecuniário. Estas atividades de natureza intelectual foram consideradas serviços de *amicitia*, portanto gratuitas, até final da República. Se existia uma contraprestação do beneficiado pelo serviço, ou seja, se fossem pagos

exercem as magistraturas, que patrocina as causas de seus clientes em juízo e se colocam à disposição dos cidadãos para aconselhá-los como juristas. Trata-se de uma concepção que permanecerá até os tempos do império, quando, talvez descolada da realidade (já que muitos juristas integravam a administração imperial e recebiam por isso), será invocada por Ulpiano para afirmar que, embora não seja desonroso para o professor de direito receber algo por seu serviço, o é ira a juízo cobrar tal valor:

An et philosophi professorum numero sint? et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere.
 5. *Proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.*²⁴⁵

Os filósofos devem ser tidos como professores? Assim não creio, não porque não seja coisa religiosa, mas porque eles devem professar, em primeiro lugar, o desprezo pelo trabalho remunerado.

5. Assim sendo, também não se julgará para os professores de direito; é uma coisa santíssima a sapiência civil, mas não pode ser estimada em dinheiro nem desonrada, pois em juízo se pedem os honorários que se deve oferecer no início do julgamento; pois ainda que se possam receber de forma honrosa, não se pode pedi-los da mesma forma.

Os *amplissimi et clarissimi viri* certamente não atuavam como jurisconsultos para enriquecer,²⁴⁶ mas a gratuidade não significa que a atividade consultiva fosse puramente desinteressada. Ainda que possam ter agido movidos por uma espécie de senso de dever cívico, preocupados apenas em dar a resposta correta e preparar e indicar os meios técnicos

honorários, eram estes vistos como liberalidade, como objetos de gratidão.”

²⁴⁵ Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50,13,1,4-5. Sobre esta passagem, veja-se V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 132-133.

²⁴⁶ G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 158, afirma que, se os juristas visassem o lucro, provavelmente dariam suas consultas em segredo, para evitar que a concorrência tomasse conhecimento de suas opiniões. Mas não, faziam-no em público, perante uma audiência de interessados que poderia suscitar dúvidas e trazer novas hipóteses para que o jurista respondesse sobre elas. F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 84, por sua vez, sustenta que juristas pouco conhecidos e de origem social mais humilde como Lucílio Balbo, mestre de Sêrvio, Cornélio Máximo (nem mesmo mencionado por Pompônio), mestre de Trebácio, e alguns discípulos de Sêrvio como Tito Césio, Aufídio Tuca, Aufídio Namusa, Flávio Prisco, Caio Ateio, Cinna e Públio Gélio, não faziam parte da classe que servia gratuitamente ao Estado e eram remunerados por seus serviços profissionais.

adequados à situação do interessado, ou pelo simples orgulho que representa para o nobre ser esperado pelas manhãs para ser consultado pelos cidadãos,²⁴⁷ o exercício da atividade consultiva era para o jurista uma forma de ampliar seu círculo de amigos e clientes e de ganhar fama e reconhecimento social, alavancando assim suas pretensões eleitorais.²⁴⁸

O reconhecimento social obtido pelos juristas pode ser percebido nas honrarias concedidas a alguns deles. É o caso de Públio Semprônio, contemporâneo de Tibério Coruncânio e que ganhou do povo a qualificação de *sofos*,²⁴⁹ assim como Lúcio Acílio foi chamado *sapiens* em virtude de seu conhecimento jurídico.²⁵⁰ Públio Cornélio Cipião Násica Córculo recebeu do Senado o título de *optimus* e do povo uma casa na Via Sacra para que pudesse ser mais facilmente consultado.²⁵¹ Sexto Élio, *propter hanc iuris civilis scientiam* é chamado por Ênio de *egregie cordatus homo, catus*.²⁵² Sérvio Sulpício Rufo, após sua morte, é homenageado pelo povo como uma estátua nos rostros.²⁵³

Uma passagem de Aulo Gélio, relativa a Públio Licínio Crasso Dives Muciano, demonstra o alto grau de reconhecimento social de que gozava a jurisprudência, elencada dentre as cinco maiores qualidades que um homem romano poderia ter (*rerum bonarum*

²⁴⁷ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 7ª ed., Napoli, Jovene, 1984, pp. 124-125.

²⁴⁸ Cf. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Lezioni* cit., p. 161; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 157; R. A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics*, München, C.H. Beck, 1983, p. 2; A. GUARINO, *Storiadel Diritto Romano*, 12ª ed., Napoli, 2001, p. 329;

²⁴⁹ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,37: *Fuit post eos maximae scientiae sempronius, quem populus romanus sofon appellavit, nec quisquam ante hunc aut post hunc hoc nomine cognominatus est.* Para A. C. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 138, o título de *sofos* exprime o reconhecimento popular da certeza de seus *responsa* jurídicos. F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città – Ricerche sulla giurisprudenza della repubblica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 09, afirma que o título pode ter vários significados mas que provavelmente indica uma abertura à cultura grega por parte de Semprônio, em contraposição a *sapiens*, mais ligado à cultura romana.

²⁵⁰ É a ele que, segundo F. D'IPPOLITO, *I giuristi* cit., p. 10, se refere como Públio Atílio em Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,38: *deinde sextus aelius et frater eius publius aelius et publius atilius maximam scientiam in profitendo habuerunt, ut duo aelii etiam consules fuerint, atilius autem primus a populo sapiens appellatus est.* Em Cic. Lael. 2,6, a relação entre o título de *sapiens* e o exercício da profissão jurídica é mais explícita, quando ali se afirma que Catão recebera o mesmo título, mas em virtude de uma atuação mais ampla (*quia multarum rerum usum habebat*), dentro da qual se inserem suas agudas respostas no senado e no foro (*multa eius et in senatu et in foro vel provisa prudenter vel acta constanter vel responsa acute ferebantur*), enquanto Lúcio Acílio o obteve *quia prudens esse in iure civili putabatur*.

²⁵¹ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,37: *Gaius Scipio Nasica, qui optimus a senatu appellatus est: cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset.* Apesar do prenome, trata-se na verdade, conforme F. D'IPPOLITO, *I giuristi* cit., p. 09, nt. 9, de Públio Cornélio Cipião, cônsul em 162 e 155, censor e pontífice máximo (Cic. Cato 14,50).

²⁵² Cic. de orat. 1,45,198.

²⁵³ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,43: *hic cum in legatione perisset, statuam ei populus romanus pro rostris posuit, et hodieque exstat pro rostris augusti.*

maxima et precipua) e das quais tal jurista era dotado: grande autoridade (*ditissimus*), nobreza, eloquência, ser grande jurista (*iuris consultissimus*) e pontífice máximo.²⁵⁴

Para se referir ao fenômeno das recompensas obtidas com o exercício da jurisprudência, o léxico latino apresenta dois termos muito importantes, *gratia* e *dignitas*, que aparecem ambos associados à *iuris civilis cognitio* em dois textos ciceronianos.

O primeiro, já citado anteriormente, encontra-se no *De oratore* e introduz o elogio que Cícero faz dos antigos romanos, que alocaram na aristocracia a função de prestar consultas jurídicas:

Iam vero ipsa per sese quantum adferat eis, qui ei praesunt, honoris, gratiae, dignitatis, quis ignorat?

Na verdade, quem ignora o quanto o conhecimento do direito, por si só, traz de honra, favor e prestígio àqueles que estão à frente desse saber?²⁵⁵

A outra passagem é extraída do *Brutus*, na parte em que Cícero discorre sobre as qualidades de Sêrvio Sulpício Rufo e os benefícios colhidos a partir do desempenho das duas artes civis:

Itaque ut Crassus mihi videtur sapientius fecisse quam Scaevola—hic enim causas studiose recipiebat, in quibus a Crasso superabatur; ille se consuli nolebat, ne qua in re inferior esset quam Scaevola —, sic Servius sapientissime, cum duae civiles artes ac forenses plurimum et laudis haberent et gratiae, perfecit ut altera praestaret omnibus, ex altera tantum adsumeret, quantum esset et ad tuendum ius civile et ad obtinendam

E assim, como me parece que Crasso tenha agido de forma mais sábia que Cévola – este aceitava conduzir as causas com empenho, mas nelas era superado por Crasso; este não queria ser consultado, para que nisto não se mostrasse inferior a Cévola –, assim Sêrvio agiu ainda mais sabiamente, em relação às duas artes civis que mais conferem fama e reconhecimento: numa delas destacou-se acima de todos e, da outra, tomou para si apenas o suficiente para conservar o

²⁵⁴ Gell. 1,13,10: *Is Crassus a Sempronio Asellione et plerisque aliis historiae Romanae scriptoribus traditur habuisse quinque rerum bonarum maxima et praecipua: quod esset ditissimus, quod nobilissimus, quod eloquentissimus, quod iurisconsultissimus, quod pontifex maximus.*

²⁵⁵ Cic. de orat. 1,45,198. Tradução livre do autor.

consularem dignitatem satis.

direito civil e manter sua dignidade consular.²⁵⁶

Gratia é um termo do léxico político romano que designa a relação instaurada entre aquele que desenvolveu uma atividade (*officium*) e aquele que disso recebeu alguma vantagem.²⁵⁷ Há nessa relação um polo ativo, que é aquele que recebeu o benefício e agora mostra boa disposição para com o benfeitor, e outro passivo, aquele que em virtude do benefício é objeto de reconhecimento por parte do beneficiário. Em sentido mais eleitoral, designa a relação entre o candidato que prestou algum serviço ao eleitor e o eleitor que está disposto a prestar-lhe um serviço, dando-lhe seu voto.²⁵⁸

Esse favor junto ao povo podia ser conseguido de diversas maneiras, como as *largitiones*, o oferecimento de jogos edilícios, a construção de estátuas e templos, o patrocínio das causas em juízo como orador ou o exercício da jurisprudência.

O jurista, que se encontrava numa posição privilegiada, por oferecer ao povo *beneficia* de caráter mais honroso do que as formas legalizadas de corrupção, atuava tanto no nível pessoal, com o *respondere*, quanto em âmbito mais geral, conferindo ao povo um *beneficium* como a divulgação das ações por Gneu Flávio, que lhe rende o cargo de edil, ou a redação dos *Tripertita* por Sexto Élio, facilitando o conhecimento do direito. Outro meio para um jurista conseguir *gratia* seria a redação ou o patrocínio de certas leis, como fizeram Catão, Públio Múcio Cévola, Públio Licínio Crasso Muciano, Quinto Múcio Cévola e Públio Rutílio Rufo.²⁵⁹

Em diversos textos, ao tratar de juristas específicos, Cícero menciona a *gratia* como recompensa pela dedicação ao estudo do direito e à atividade consultiva, além da retórica.

²⁵⁶ Cic. Brut. 42,155.

²⁵⁷ Cic. inv. 2,66: *gratiam, quae in memoria et remuneratione officiorum et honoris et amicitiarum observantiam teneat.*

²⁵⁸ Cf. D. MANTOVANI, *Iuris Scientia e honores. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.)*, in S. Romano (ed.), *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli, Jovene, 1997, p. 625, segundo o qual, com relação ao primeiro sentido de *gratia*, essa relação vai além da troca de prestações correspectivas, apresentando um caráter aberto. Mais do que à contraprestação, o benefício dado visa à instauração de uma disponibilidade mútua, substancialmente ilimitada. - p. 625, nt. 18

²⁵⁹ R.A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican* cit. pp. 3-4. Segundo o autor, o jurista que era procurado no fórum ou em casa para ser consultado acabava por operar numa escala ampla, pois constituía para si uma clientela especial, constituída não de uma constelação de famílias inferiores orbitando em torno de um nobre, mas de uma multidão de cidadãos que depositavam nele a confiança e a consideração que um cliente normalmente tem por seu conselheiro jurídico. Esse contato com o cliente podia gerar um grande número de votos, baseando-se sempre no elemento pessoal.

É o caso de Catão, o grande,²⁶⁰ Públio Licínio Crasso,²⁶¹ e Públio Rutílio Rufo.²⁶² Sem mencionar nomes, o arpinate deixa clara a relação entre a consultoria jurídica e a *gratia*, numa passagem do *De officiis*, em que se podem enxergar, com grande nitidez, os contornos de uma sociedade permeada pelo clientelismo e a função exercida pela jurisprudência na obtenção de apoio político:

Quae autem opera, non largitione beneficia dantur, haec tum in universam rem publicam tum in singulos cives conferuntur. Nam in iure cavere, consilio iuvare atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis vehementer et ad opes augendas pertinet et ad gratiam. Itaque cum multa praeclara maiorum, tum quod optime constituti iuris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio; quam quidem ante hanc confusionem temporum in possessione sua principes retinuerunt, nunc, ut honores, ut omnes dignitatis gradus, sic huius scientiae splendor deletus est, idque eo indignius, quod eo tempore hoc contigit, cum is esset, qui omnes superiores, quibus honore par esset, scientia facile vicisset. Haec igitur opera grata multis et ad beneficiis obstringendos homines accommodata.

Os benefícios, por sua vez, que se dão não por meio de liberalidades, mas pelo serviço, são dirigidos ora a toda a república, ora aos particulares. Pois acautelar os homens em matéria de direito, ser útil ao maior número de pessoas com seu conselho e com esse tipo de conhecimento serve para aumentar tanto o poder como a popularidade. E assim, dentre muitas das coisas admiráveis de nossos antepassados, o que de melhor fizeram foi ter sempre na mais alta consideração o conhecimento e a interpretação do direito civil, que, antes destes tempos conturbados, os principais homens mantiveram em seu poder; mas agora, como ocorre com as honras e todo grau de dignidade, também o esplendor dessa ciência foi arrasado, o que se torna mais indigno pelo fato de ter ocorrido enquanto vive aquele que, igual a seus antecessores em dignidade, superou-os na ciência. Serviços que, portanto, encontram a gratidão de muitos e servem para ligar

²⁶⁰ Cic. De orat. 3,33,135: *propter hanc ex privatorum negotiis conlectam gratiam.*

²⁶¹ Cic. Brut. 26,98: *Domi ius civile cognoverat. In eo industriam constat summam fuisse maximamque gratiam, cum et consuleretur plurimum et diceret.*

²⁶² Cic. Brut. 30,113: *multaque opera multaque industria Rutilius fuit, quae erat propterea gratior, quod idem magnum munus de iure respondendi sustinebat.*

os homens a nós pelos benefícios que recebem.²⁶³

Cícero escreve numa época em que as instituições republicanas estavam em crise e os meios tradicionais de se fazer política eram frequentemente desprezados, em face da maior efetividade da força militar ou da demagogia. Mas mesmo nesse contexto, a jurisprudência não deixa de ser fonte de *gratia* e continua servindo ao objetivo de aumentar o poder do cidadão romano.

Essa espécie de troca de favores é um dos aspectos que evidenciam o caráter eminentemente pessoal da política romana, em que o sucesso eleitoral é determinado pela origem social, pelas relações de amizade que se conserva, pelas alianças familiares realizadas por meio de casamento e adoções, pelo sucesso em construir clientelas. Num contexto em que não há “partidos políticos”, ou seja, organizações unidas em torno de um programa, não é este que importa, nem as convicções pessoais do candidato, mas sim suas qualidades pessoais, seu prestígio, sua *dignitas*.²⁶⁴

Esse vocábulo do léxico político romano, embora apareça conjugado com *gratia*, é dela distinto. Se *gratia* diz respeito aos elementos do tipo *do ut des* que garantem apoio eleitoral ao candidato, a *dignitas* está ligada à estima de que ele goza como pessoa, à impressão que causa nos outros. Ter *dignitas* significa ser digno da posição que se ocupa ou se quer ocupar; em termos eleitorais, ser digno de assumir uma magistratura.²⁶⁵

²⁶³ Cic. off. 2,19,65. Tradução livre do autor.

²⁶⁴ N. ROULAND, *Roma* cit., pp. 180-183. Segundo o autor, se o candidato expusesse suas convicções pessoais, dividiria o eleitorado, perdendo o voto daqueles que não comungassem com suas ideias. O importante, então, era enfatizar suas qualidades pessoais e a estima que goza junto a um grande número de pessoas, conseguindo assim o apoio de eleitores com interesses diversos e até mesmo contraditórios. Daí porque, se fosse necessário dizer algo nos discursos eleitorais, ele se limitava a mostrar como era digno de estima, “mencionando a antiguidade da sua família, a glória das suas campanhas militares, os cargos importantes já ocupados, a amplitude do apoio de que se goza”, além de lembrar quais as pessoas que lhe são próximas. (p. 184)

²⁶⁵ Cf. D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., pp. 625-626. Após afirmar que *gratia* pode indicar relações de benevolência instauradas por meios reprováveis, o autor traça uma distinção clara entre ela e a *dignitas*: “*Mi pare si possa aggiungere, come considerazione conclusiva in mérito ai rapporti social posti sotto l’egida di dignitas e gratia, che essi possono essere rappresentati da cerchi concentrici: quello interno, minore, rappresenta l’insieme dei soggetti legati al candidato da gratia, in quanto diretti destinatari di beneficcia; quello esterno rappresenta l’insieme, più ampio, di coloro che gli riconoscono dignitas (ovviamente, quando egli la meriti), in quanto, pur senza essere entrati in contatto diretto con lui, ne apprezzano (per così dire, spontaneamente) la personalità e lo stile.*” (p. 626, nt. 22)

Para obtê-la, a jurisprudência era útil, assim como em relação à *gratia*. Essa ideia está expressa no *De oratore*²⁶⁶ e, segundo D. MANTOVANI,²⁶⁷ de forma implícita na oração que Cícero pronuncia perante o Senado após seu retorno do exílio. Ali, ao denegrir a imagem de Lúcio Calpúrnio Pisão, ele afirma que nenhuma qualidade o recomendava aos cidadãos; dentre as que faltam, está a *iuris scientia*, que juntamente com a oratória e a arte militar forma uma tríade tradicional, responsável, segundo as fontes, por alavancar a carreira política de um cidadão.²⁶⁸

Essa tríade é mencionada por Tito Lívio, que ao comentar a eleição de Catão para o consulado em 189 a.C., na qual ele prevaleceu sobre homens com origens familiares muito mais prestigiosas, afirma:

*Ad summos honores alios scientia iuris, alios eloquentia, alios gloria militaris prouexit: huic uersatile ingenium sic pariter ad omnia fuit, ut natum ad id unum diceres, quodcumque ageret: in bello manu fortissimus multisque insignibus clarus pugnans, idem postquam ad magnos honores peruenit, summus imperator, idem in pace, si ius consuleres, peritissimus, si causa oranda esset, eloquentissimus (...)*²⁶⁹

Uns alcançam as maiores honrarias por sua proficiência no direito, outros por sua eleoquência, outros ainda pelo brilho da glória militar. Catão possuía um gênio flexível, e de tal maneira se distinguia em tudo que parecia nascido exclusivamente para aquilo de que se ocupava no momento. Na guerra, mostrava-se o mais esforçado, ilustrando-se por feitos notáveis; e, quando chegou ao comando supremo, saiu-se como general eminente. Em tempo de paz atuava como hábil jurisconsulto e orador de fama (...)

Ao afirmar que Catão tinha excelência nas três artes, o historiador não quer dizer que apenas a prática conjunta da tríade eleva aos cargos políticos e sim exaltar a

²⁶⁶ Cic. de orat. 1,45,198.

²⁶⁷ *Iuris scientia* cit., pp. 626-627.

²⁶⁸ Cic. p. red.in sen. 6,13: *Nam ille alter, Caesoninus Calventius, ab adolescentia versatus est in foro, cum eum praeter simulatam versutamque tristitiam nulla res commendaret, non iuris notitia, non dicendi vis, non scientia rei militaris, non cognoscendorum hominum studium, non liberalitas*. “Já aquele outro, Cesônio Calvêncio [refere-se a Pisão pelo nome de seu avô], frequenta o fórum desde sua adolescência, sem que nada além de uma tristeza fingida e dissimulada lhe tenha dado destaque: nem o conhecimento do direito, nem a capacidade de discursar, nem o conhecimento da arte militar, nem a dedicação a conhecer os homens, nem a liberalidade.”

²⁶⁹ Liv. 39,40,5-6.

versatilidade de Catão,²⁷⁰ que não se contentou em praticar apenas uma delas, como provavelmente fazia o candidato ordinário, mas atingiu a excelência em todas.²⁷¹

A relação entre o exercício da jurisprudência e a obtenção da dignidade consular parece ter sido afirmada expressamente por Sêrvio Sulpício Rufo, testemunho eloquente de que os próprios juristas viam sua atividade como algo apto a render-lhes sucesso eleitoral. A não ser que Cícero tenha distorcido o pensamento de Sêrvio quando este atuou como acusador de Lúcio Murena,²⁷² o jurista afirmou não se poder comparar a dedicação dos militares com aquela, muito maior, dos homens *qui in foro habitant*, para fins de obtenção da *dignitas*.²⁷³

Mas nesse mesmo processo judicial, Cícero, cujo cliente era acusado de ter obtido o consulado por meio de suborno e não por seus méritos, contesta a eficácia do exercício da jurisprudência como meio de alcançar o sucesso eleitoral. Para defender seu cliente, ele o compara com seu acusador. Enquanto Sêrvio passou os anos entre a questura (75 a.C.) e a pretura (65 a.C.) na atividade de jurisconsulto,²⁷⁴ Murena se dedicou à terceira guerra midriática e ao subsequente processo de paz.²⁷⁵ Embora as tenha ambas em alta

²⁷⁰ Presente em outros textos, como Cic. Lael. 2,6; Cic. de orat. 1,37,171 e Cic. de orat. 3,33,135; Nep. Cato 3,1; Val. Max. 8,7,1 e Quint. inst. 12,2,9.

²⁷¹ Cf. D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 621, para quem a sequência de *alios...alios...alios* tem um claro valor disjuntivo e não cumulativo.

²⁷² Possibilidade levantada por D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 636.

²⁷³ Cic. Mur. 9,21: *Summa in utroque est honestas, summa dignitas; quam ego, si mihi per Sêrvium liceat, pari atque eadem in laude ponam. Sed non licet; agitat rem militarem, insectatur totam hanc legationem, adsiduitatis et operarum harum cotidianarum putat esse consulatum. 'Apud exercitum mihi fueris' inquit; 'tot annos forum non attigeris; afueris tam diu et, cum longo intervallo veneris, cum his qui in foro habitant de dignitate contendas?'* “Ambos gozam da maior honra e dignidade, às quais, se Sêrvio me permitisse, daria o mesmo valor e consideração. Mas não me permite; se volta contra a arte militar, ataca o legado exercido por Murena e considera que apresença e o trabalho cotidianos é que tornam alguém digno do consulado. Ele pergunta: ‘Se tivesses permanecido no exército e em todos esse não houvesse comparecido ao fórum, virias, ausente por tanto tempo e ao retornar depois de um longo intervalo, competir com a dignidade daqueles que habitaram no fórum?’”

²⁷⁴ Cic. Mur. 9,19: *Servius hic nobiscum hanc urbanam militiam respondendi, scribendi, cavendi plenam sollicitudinis ac stomachi secutus est.* “Sêrvio permaneceu na cidade e prosseguiu nessa espécie de serviço militar urbano que, repleto de inquietação e irritação, consiste em responder às consultas, redigir documentos e prevenir os clientes.”

²⁷⁵ Cic. Mur. 9,20: *Quid Murena interea? Fortissimo et sapientissimo viro, summo imperatori legatus, L. Lucullo, fuit; qua in legatione duxit exercitum, signa contulit, manum conseruit, magnas copias hostium fudit, urbis partim vi, partim obsidione cepit, Asiam istam refertam et eandem delicatam sic obiit ut in ea neque avaritiae neque luxuriae vestigium reliquerit, maximo in bello sic est versatus ut hic multas res et magnas sine imperatore gesserit, nullam sine hoc imperator.* “E o que fez Murena nesse mesmo tempo? Foi legado de Lúcio Lúculo, grande general, homem de grande coragem e sabedoria; no exercício dessa legação, conduziu o exército, deu ordens para avançar, se engajou no combate, dispersou grandes contingentes de inimigos, tomou cidades, de assalto ou sitiando-as, percorreu esta mesma Ásia, opulenta e voluptuosa, até não deixar nela nenhum vestígio de cobiça ou luxúria, tomou parte numa grande guerra na qual realizou muitos e grandes feitos sem seu general, que sem ele não realizou nenhum”

consideração,²⁷⁶ Cícero defende que a glória militar traz maior *dignitas* do que a *iuris ciuilis gloria*, assim como a oratória, pela qual homens não nobres atingiram o consulado:

Sed ut hoc omissio ad studiorum atque artium contentione revertamur, qui potest dubitari quin ad consulatum adipiscendum multo plus adferat dignitatis rei militaris quam iuris civilis gloria?

(...)

*Ac nimirum - dicendum est enim quod sentio- rei militaris virtus praestat ceteris omnibus. Haec nomen populo Romano, haec huic urbi aeternam gloriam peperit, haec orbem terrarum parere huic imperio coegit; omnes urbanae res, omnia haec nostra praeclara studia et haec forensis laus et industria latet in tutela ac praesidio bellicae virtutis. Simul atque increpuit suspicio tumultus, artes ilico nostrae conticiscunt.*²⁷⁷

Mas deixando isso de lado e retornando à comparação entre as artes e estudos, quem pode duvidar que a glória da arte militar contribui muito mais para a obtenção do consulado que o direito civil?

(...)

E sem dúvida – devo dizer como penso – os méritos da arte militar superam os de todas as demais. Ela é quem conseguiu para o povo romano e para esta cidade a glória eterna, e quem coagiu o mundo a submeter-se ao seu poder; todas as artes civis, nossos ilustres estudos e todo esse renome e atuação forense estão sob tutela e abrigo do valor militar. Logo que se espalha a suspeita de um levante, nossas artes imediatamente se calam.

Cícero faz então a forte afirmação de que a jurisprudência, ainda que não seja inútil, não serve para atingir a dignidade consular:

Et quoniam mihi videris istam scientiam iuris tamquam filiulam osculari tuam, non patiar te in tanto errore versari ut istud nescio quid quod tanto opere didicisti praeclarum aliquid esse arbitrare. Aliis ego te virtutibus, continentiae, gravitatis,

E como parece que tu amas esta ciência do direito como se fosse uma pequena filha tua, não suportarei que permaneças num erro tao grande como o de pensar que esse não sei o que, que aprendeste com tanto esforço, seja alguma coisa de valor.

²⁷⁶ Cic. Mur. 9,21.

²⁷⁷ Cic. Mur. 9,22: D. MANTOVANI (*Iuris Scientia* cit., p. 630) vê nessa afirmação um indício da época, pois o valor militar seria dali em diante o elemento mais importante na tríade de que já se falou.

*iustitiae, fidei, ceteris omnibus, consulatu et omni honore semper dignissimum iudicavi; quod quidem ius civile didicisti, non dicam operam perdidisti, sed illud dicam, nullam esse in ista disciplina munitam ad consulatum viam. Omnes enim artes, quae nobis populi Romani studia concilient, et admirabilem dignitatem et pergratam utilitatem debent habere.*²⁷⁸

Sempre te julguei muito digno do consulado e outras honras (magistraturas) pelas tuas outras virtudes, continência, seriedade, justiça, lealdade e todas as demais; quanto ao estudo do direito civil, não direi que perdeste tempo, mas que essa disciplina não é um caminho seguro para o consulado. Pois todas as artes que nos angariam a simpatia do povo romano, devem ter, ao mesmo tempo, uma consideração admirável e uma utilidade digna de gratidão.

Capazes de conferir essa dignidade são apenas a arte militar e a oratória, a cujo elogio Cícero dedica a seção seguinte do discurso, jamais a arte exercida por Sérvio.²⁷⁹ E para confirmar essa falta de *dignitas*, ele passa então a denegrir a jurisprudência, afirmando que se antes se tratava de um saber admirado isso se dava em virtude do segredo, uma vez divulgado o conhecimento, ele perdera o brilho, já que é uma ciência limitada a questiúnculas sobre palavras e fórmulas.²⁸⁰ O jurista é retratado de forma caricata, como se fosse apenas aquele *cantor formularum* e *auceps syllaborum* mencionado no *De oratore*.²⁸¹

Assim sendo, segundo ele, não só lhe falta a *dignitas consularis*, mas também a *gratia*, pois seu conhecimento se tornou acessível a todos. Não haveria, na jurisprudência, nenhuma qualidade especial, de modo que apenas duas são as artes que podem alçar os homens a um amplíssimo grau de *dignitas*: a militar (*imperatoris*) e a oratória.

28. *Itaque, ut dixi, dignitas in ista scientia*

28. E assim, como eu disse, nunca houve

²⁷⁸ Cic. Mur. 10,23.

²⁷⁹ Cic. Mur. 11,24: *Summa dignitas est in eis qui militari laude antecellunt; (...) Gravis etiam illa est et plena dignitatis dicendi facultas quae saepe valuit in consule deligendo (...) Quorum in isto vestro artificio, Sulpici, nihil est.* “A mais alta consideração têm aqueles que se distinguem pela glória militar (...) Importante ainda, e carregada de consideração a capacidade de discursar, que frequentemente prevalece na eleição de um cônsul (...) Nada disse existe, Sulpício, nessa tua profissão.”

²⁸⁰ Cic. Mur. 11,25, citado na p. 57.

²⁸¹ De fato, todo o parágrafo 26 apresenta um tom humorístico. Ao descrever a forma como o jurista atua ao sugerir fórmulas às partes num processo, Cícero chega a compará-lo aos tocadores de flauta (*Transit idem iuris consultus tibicinis Latini modo*). O parágrafo 27 tem contornos mais sérios, quando Cícero critica os juristas por corromperem as regras instituídas pelos antepassados e se prenderem à literalidade e discussões sem fim sobre o significado de palavras específicas.

consularis numquam fuit, quae tota ex rebus fictis commenticiisque constaret, gratiae vero multo etiam minus. Quod enim omnibus patet et aequè promptum est mihi et adversario meo, id esse gratum nullo pacto potest. Itaque non modo benefici conlocandi spem sed etiam illud quod aliquamdiu fuit 'Licet consulere?' iam perdidistis. Sapiens existimari nemo potest in ea prudentia quae neque extra Romam usquam neque Romae rebus prolatis quicquam valet. Peritus ideo haberi nemo potest quod in eo quod sciunt omnes nullo modo possunt inter se discrepare. Difficilis autem res ideo non putatur quod et perpaucis et minime obscuris litteris continetur. Itaque si mihi, homini vehementer occupato, stomachum moveritis, triduo me iuris consultum esse profitebor. Etenim quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia, neque tamen quicquam tam anguste scriptum est quo ego non possim 'Qva de re agitr' addere; quae consuluntur autem, minimo periculo respondentur. Si id quod oportet responderis, idem videare respondisse quod Servius; sin aliter, etiam controversum ius nosse et tractare videare.

29. *Quapropter non solum illa gloria militaris vestris formulis atque actionibus anteponenda est verum etiam dicendi consuetudo longe et multum isti vestrae*

dignidade consular nessa ciência, por ser composta toda ela coisas fictícias e enganosas. Favor popular, houve menos ainda. Pois o que é acessível a todos e está disponível tanto para mim quanto meu adversário não pode, de modo algum, gerar gratidão. E assim, já perdestes não apenas a esperança de prestar seus favores, mas também aquela fórmula com que outrora se buscavam os conselhos: “posso consultá-lo?”. Ninguém pode ser reputado como sábio num conhecimento que não vale coisa alguma fora de Roma e nem mesmo dentro dela quando os tribunais não funcionam. Por essa razão ninguém pode ser considerado como perito, pois em algo que todos sabem não podem divergir os homens entre si. Essa matéria, contudo, não é considerada difícil, pois se limita a poucas e nada obscuras letras. E assim até mesmo eu, homem ocupadíssimo, se me irritardes, em três dias me apresentarei como jurisconsulto. Com efeito, nas causas que se baseiam em escritos, tudo já está escrito, mas nada de interpretação tão estrita que eu não possa acrescentar o “assunto do qual se trata”; os que são consultados, por outro lado, respondem sem correr o mínimo risco. Se respondem como devem, parece que responderam como Sêrvio; se de outra maneira, parece que conhecem o direito controverso e o

exercitationi ad honorem antecellit.

(...)

30. *Duae sint artes <igitur> quae possint locare homines in amplissimo gradu dignitatis, una imperatoris, altera oratoris boni.*²⁸²

manejam.

29. E é por isso que não só a glória militar deve-se antepor às vossas fórmulas e ações, mas também o uso da oratória, para obter-se uma magistratura, ultrapassa em muito esse vosso exercício profissional.

(...)

30. Duas são, portanto, as artes que podem colocar os homens no mais alto grau de dignidade: a arte militar e a do bom orador.²⁸³

Afirmações drásticas as de Cícero, mas que não podem ser levadas tão a sério. Embora por trás da caricatura e da diatribe contra a jurisprudência se esconda algum fundo de verdade, como a progressiva prevalência da força militar sobre os meios tradicionais de se ganhar fama, reconhecimento e apoio político, deve-se ter em mente que a argumentação é determinada pelo contexto do próprio processo e que, no caso de Murena, não é difícil perceber: Cícero defende um chefe militar que é acusado por um jurista; nada mais natural que exaltar a ocupação de seu cliente e denegrir a do acusador.²⁸⁴

As diversas passagens ciceronianas já citadas e nas quais o prestígio da jurisprudência é afirmado contrastam abertamente com essa visão negativa, assim como algumas afirmações presentes no próprio discurso, como aquela de que Sérvio colheu *magna laus* com sua atividade de jurista.²⁸⁵ A própria inserção do terceiro elemento, a retórica (estranha às partes em conflito, mas não ao defensor de uma delas),²⁸⁶ confirma a antiga tríade, ao mesmo tempo em que Cícero combate um de seus elementos.²⁸⁷

²⁸² Cic. Mur. 13,28-14,30 (citação parcial).

²⁸³ E a mais potente arte seria a militar, pois quando se ouvem os ruídos da guerra, as outras perdem seu sentido. Na conclusão de seu argumento Cícero pronuncia uma sentença emblemática, e até mesmo profética, mas que indicava uma situação nada desconhecida dos romanos em tempos de constantes quebras da ordem constitucional republicana: *cedat forum castris*.

²⁸⁴ Cf. D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., pp. 630-631.

²⁸⁵ Cic. Mur. 9,19. Numa carta enviada a Sérvio, Cícero qualifica a jurisprudência como *excellens et singularis scientia* (Cic. fam. 4,3,4), o que certamente não se coaduna com as expressões desdenhosas presentes no *Pro Murena*.

²⁸⁶ A oratória aparece em segundo lugar na hierarquia das artes desenhada no discurso por razões óbvias, apesar de Cícero alegar que não fala de si mesmo ao elogiá-la.

²⁸⁷ Cf. D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., pp. 630-631.

A instrumentalidade das afirmações de Cícero fica ainda mais clara quando se tem em conta o seu discurso *pro Plancio*. No caso, a acusação era de que Plânicio, por não possuir nenhuma das *bonae artes*, somente poderia ter sido eleito por corrupção (*ambitus*).²⁸⁸ Cícero então busca mostrar que o que se exige de um candidato é a virtude, a honestidade e a integridade e não o domínio de alguma ciência em particular.²⁸⁹

Assim sendo, pode-se dizer que Cícero era portador (às vezes consciente, às vezes interessadamente crítico) da ideia segundo a qual, juntamente com a eloquência e o valor militar, a jurisprudência era a via mais honrada para atingir as magistraturas, pois fornecia reconhecimento social e revelava a adequação para a posição política que se queria alcançar.²⁹⁰

De qualquer forma, deve-se ressaltar que, se por um lado as afirmações exageradas do *Pro Murena* não parecem refletir a verdade, por outro lado é fato que o exercício da jurisprudência não era garantia de sucesso nas eleições para as magistraturas. É representativo o episódio em que Caio Márcio Fígulo, após perder o consulado (por volta de 130 a.C.), recebe as pessoas que o costumam consultar com a seguinte “reclamação”: *an nos consulere scitis, consulem facere nescitis?*,²⁹¹ o que mostra que nem sempre o jurista obtinha a recompensa esperada.

É possível medir a relação entre atividade consultiva jurídica e sucesso eleitoral? Exercê-la aumentava as chances de ser eleito? Estas são perguntas que D. MANTOVANI se propõe a responder em seu ensaio sobre *iuris scientia e honores*. Para tanto, o autor realiza

²⁸⁸ Acusação que, segundo D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 631, demonstra a presença na mentalidade coletiva da ideia segundo a qual o domínio dessas três artes aumentava as chances de eleição, ideia tão forte a ponto de levar à conclusão de que alguém que fosse eleito sem dominar nenhuma delas só poderia ter sido bem sucedido em função de práticas ilícitas ou reprováveis.

²⁸⁹ Cic. Planc. 62: *virtus, probitas, integritas in candidato, non linguae volubilitas, non ars, non scientia requiri solet. (...) quotus enim quisque disertus, quotus quisque iuris peritus est, ut eos numeres qui volunt esse? quod si praeterea nemo est honore dignus, quidnam tot optimis et ornatissimis civibus est futurum?*

²⁹⁰ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 632, para quem (p. 629) é em Cic. off. 2,19,65 que se encontra praticamente a única referência ao declínio da jurisprudência como fonte de *dignitas* (*huius scientiae splendor deletus est*). Mas nesse caso Cícero não se limita à jurisprudência, referindo a mesma crise no que diz respeito à oratória. Cic. off. 2,67: *Admonebat me res, ut hoc quoque loco intermissionem eloquentiae, ne dicam interitum deplorarem, ni vererem, ne de me ipso aliquid viderem queri. Sed tamen videmus, quibus extinctis oratoribus, quam in paucis spes quanto in paucioribus facultas, quam in multis sit audácia.* “O assunto, também neste ponto, me aconselharia a deplorar a interrupção, para não dizer a morte da eloquência, se com isso não parecesse lamentar algo que diz respeito a mim mesmo. Todavia, desaparecidos tais oradores, vemos que em poucos há esperança, em menor número capacidade e em muitos audácia.” Tradução de A. CHIAPETA, *Dos deveres*, São Paulo, Martins Fontes, 1999. A avaliação que Cícero faz diz respeito ao papel social de ambas as disciplinas, e disso temos mostra quando ele, dois anos antes, exorta Sêrvio a se dedicar ao saber filosófico, tendo em vista que à jurisprudência, assim como à oratória, não restou muito espaço (Cic. fam. 4,3,4: *Tuae scientiae excellenti ac singulari non multo plus quam nostrae relictum est loci*).

²⁹¹ Val. Max. 9,3,2.

uma prosopografia dos juristas romanos e, a partir do *n* obtido, busca abstrair algumas conclusões.

Os dados colhidos levam o autor a afirmar que o sucesso no *cursus honorum*, mesmo para os juristas, dependia principalmente da posição de partida, ou seja, do pertencimento à *nobilitas*. De fato, dos 16 juristas que, nos dois períodos, chegam ao consulado, 10 são *nobiles*, 33% dos juristas como um todo, mas responsáveis por 62% dos consulados, o que indica a preponderância do fator hereditário. A conclusão é corroborada também com relação aos juristas provenientes de famílias apenas senatoriais ou equestres. Destes, os senatoriais obtêm proporcionalmente mais consulados (3 consulados entre 13 indivíduos) do que os que não têm nenhum ascendente no Senado (3 consulados entre 23 indivíduos). Percebe-se, então, “uma correlação direta entre a frequência com que os juristas chegam ao consulado e o grupo social do qual provêm.”²⁹²

Apesar da exiguidade dos dados, D. MANTOVANI faz uma comparação entre os períodos e afirma a permanência dessa mesma correlação entre origem social e sucesso eleitoral. O que se percebe, para o segundo período, é uma diminuição do sucesso eleitoral dos juristas como um todo (análise dos dados da ordem senatorial e equestre, pois há apenas três nobres). Uma possível explicação seria que, no início do século I, a cidadania foi estendida aos habitantes da Itália, com o consequente aumento do número de *cives* aptos à eleição. A concorrência tornou a carreira política mais difícil, inclusive para os juristas.²⁹³

A princípio, a análise prosopográfica (que demonstra a relevância da origem social, mesmo dentro do grupo dos juristas) parece contradizer os testemunhos antigos, segundo os quais a jurisprudência conduzia de forma relevante *ad summos honores*. Mas eles devem ser compreendidos à luz de um aspecto relevante da sociedade romana: a existência de uma forte competição no interior da própria elite dirigente, que convive com a relevância do fator hereditário.²⁹⁴

Diante da forte competição, o pertencimento a uma família nobre era necessário, mas não suficiente para garantir a vitória do candidato, que dependia da qualidade pessoal,

²⁹² *Iuris Scientia* cit., p. 662; à mesma conclusão chega R. A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican* cit., p. 2, segundo o qual o peso da nobreza (seus antepassados haverem ocupado o consulado) já garantia ao candidato a preferência eleitoral.

²⁹³ *Iuris Scientia* cit., p. 663.

²⁹⁴ *Idem*, pp. 664-665.

ou melhor, da capacidade de catalizar em torno da própria figura o consenso social. Além disso, muitas famílias nobres declinavam em prestígio com o tempo, de modo que se seus integrantes tinham de se esforçar para obter sucesso quase da mesma maneira que os homens novos, que não gozavam da vantagem do ponto de partida hereditário.²⁹⁵ E para isso serviam, além da *gratia* obtida pela prática das *bonae artes* como a jurisprudência, a ação política e as práticas lícitas e ilícitas de *largitio*.²⁹⁶

No entanto, segundo D. MANTOVANI, as três artes fundamentais da cidade, por representarem uma figura de homem político ideal, atuavam mais como fonte de *dignitas* que de *gratia*, e seu exercício mostrava aos cidadãos a plena adequação do candidato aos valores da comunidade que ele pretende guiar como magistrado, valores que se encarnam na figura do soldado valoroso que também é capaz de influenciar as decisões públicas com o uso da palavra e, conhecendo o *ius*, dominar a técnica de resolução dos conflitos no interior da *civitas*, técnica esta que revela a própria ordem imanente das relações sociais.²⁹⁷

E se mesmo os integrantes de famílias nobres tinham que se qualificar, maior ainda era a necessidade para os *homines novi*, que não gozavam daquela presunção de idoneidade que acompanhava aqueles cujos antepassados já haviam se mostrado capazes de administrar a *res publica*.²⁹⁸

À luz dessa constatação pode ser compreendido o aumento no número de juristas da ordem equestre no final da república. Com a concessão da cidadania à península itálica, as elites municipais desejaram se deslocar para o centro do poder e acabaram por escolher o

²⁹⁵ R. A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican* cit., p. 2

²⁹⁶ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., pp. 665-666.

²⁹⁷ *Iuris Scientia* cit., p. 666. Ideal do qual já se falou mais acima, ao apresentar a figura do jurista como um homem romano dotado de saber integral, mentalidade exposta com maestria em Cic. de orat. 3,33,132-136, com o elogio da integralidade e o lamento pela especialização. Outros dois exemplos dessa visão são mencionados por D. MANTOVANI (p. 667). Um é o diálogo entre Políbio e o jovem Cipião Emiliano (Polyb. 31,23,10), no qual se percebe que mesmo um jovem de pura nobreza e cuja família estava no centro da cena política romana percebia a necessidade de se qualificar pessoalmente aos olhos dos concidadãos, para que se pudesse identificar com os *maiores* e gozar das vantagens que tal identificação trazia. Essa identificação se daria através da prática daquelas artes nas quais se resumiam os valores comunitários (no caso do diálogo, a eloquência forense). Outro vem de Plauto (Plaut. Trin. 642ss) e, referindo-se a um tempo mais remoto, traz os mesmos elementos: a importância da origem familiar para facilitar o caminho aos honores, a necessidade do descendente dar prova de estar à altura dos antepassados que lhe transmitiram a nobreza; a eficácia para tanto das *bonae artes* (no caso, a eloquência judiciária a serviço dos amigos).

²⁹⁸ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 668; R. A. BAUMAN, *Layers in Roman Republican* cit., p. 2. Segundo o autor, a habilidade do jurista em angariar votos com suas consultas o tornava alguém procurado para parcerias eleitorais, tanto com casas nobre necessitando de revigoramento quanto com as famílias em ascensão. Essas associações colocavam o jurista em contato com uma ampla rede de consultantes, aumentando assim a sua “clientela” e as relações de *gratia* obtidas, o que torna possível afirmar que “*his professional practice and his public career were constantly supportive and augmentative of each other.*”

exercício da jurisprudência como forma de demonstrar sua idoneidade e sua aderência aos valores da cidade hegemônica cujo governo buscavam integrar.²⁹⁹

Compreende-se também a razão por que Cícero vislumbrava um declínio na jurisprudência como fonte de *dignitas*. Sendo preponderante o fator hereditário na eleição para uma magistratura, pode ser que a condição de jurista não fosse suficiente para vencer essa desvantagem inicial dos cavaleiros em relação aos nobres. E ao mesmo tempo em que aumenta o número de juristas de origem equestre, diminui o número de juristas que alcançam o consulado, desproporção que deve ter parecido a Cícero uma crise na *potentia* de que sempre gozaram os jurisconsultos.

Eis o significado das fontes antigas quando atribuem à *iuris scientia* o poder de alçar um cidadão *ad summos honores*: numa configuração social em que o fator hereditário sempre foi preponderante, a tríade das boas artes de um cidadão se mostrava como uma forma de angariar para o candidato um conjunto de relações favoráveis (*gratia*) e o reconhecimento social de sua adequação aos valores exigidos de quem desejasse ocupar uma magistratura (*dignitas*). *Gratia* e *dignitas* que permitiam a um nobre vencer a competição interna a sua própria classe e, por vezes, a um cidadão de origem mais humilde ultrapassar aqueles que lhe eram, por nascimento, superiores.³⁰⁰

Mas se é possível afirmar com certeza a relevância da jurisprudência no plano eleitoral, mais difícil é determinar seu peso em relação a outros elementos, de ordem diversa, que podiam condicionar à eleição de um candidato, como seus dotes pessoais específicos, o peso da coalizão que o sustentava, as práticas lícitas e ilícitas de *largitio*, as condições políticas do momento, a qualidade dos concorrentes³⁰¹ ou sua adesão a novas formas de fazer política que se distanciavam do modelo tradicional de alianças e clientelas. É o caso dos *populares*, que rejeitam expedientes tradicionais como gabar-se de sua linhagem ou do apoio que recebem dos melhores homens e se lançam à tentativa de agradar as massas prometendo-lhes uma série de reformas e o fim do domínio dos *optimates*.³⁰²

²⁹⁹ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 669.

³⁰⁰ *Idem*, p. 670.

³⁰¹ *Idem*, p. 670, nt. 11.

³⁰² N. ROULAND, *Roma* cit., p. 189.

Assim como é difícil determinar qual das três artes tinha mais peso. Cícero, por razões óbvias, antepõe a oratória à jurisprudência, mas suas afirmações não parecem estar desvinculadas da realidade, tendo em vista alguns fatores importantes.

Em primeiro lugar, a composição dos órgãos judicantes, integrados apenas por membros da elite romana e possivelmente inclinados a julgar em seu favor. Esse risco estava presente não só nos tribunais penais, mas também nos processos privados, já que, embora as partes pudessem escolher o juiz da causa, deveriam fazê-lo dentro uma lista formada por homens da classe mais alta (a princípio somente senadores, depois também os cavaleiros), que poderiam pender em favor de seus semelhantes. Daí a tremenda importância de se fazer acompanhar em juízo por um patrono influente, que conseguisse amenizar essa desvantagem de classe, mormente quando se litigava contra alguém posicionado em degraus mais altos da hierarquia social.³⁰³

E diante de tamanha relevância, o patrono e orador devia ser objeto da maior gratidão por parte do cliente, que não hesitaria em recompensá-lo, talvez até mais do que faria em virtude de um “mero” conselho jurídico, já que o jurista cada vez menos acompanha seu cliente até o deslinde final da causa, limitando-se a responder às questões especificamente jurídicas, não necessariamente definidoras do sucesso em juízo.

Para além do âmbito da obtenção de *gratia*, a eloquência proporcionava *dignitas*. Principalmente no final da república, em que os processos públicos são um palco perfeito para o orador angariar fama e reconhecimento, o que é facilitado pela própria natureza de sua arte, capaz de suscitar a adesão emocional da plateia, ao contrário da arte mais grave e taciturna dos juristas, com sua aspereza e simplicidade, e os trejeitos que lhe são peculiares, como as respostas diretas e o refúgio nas autoridades, que talvez não gerassem muito contentamento nos cidadãos que buscavam conselho e que não tinham o mesmo efeito cênico na formação de uma imagem gloriosa na mente dos cidadãos.

Cícero também capta um aspecto real do final da república quando antepõe a ambas a arte militar, ainda que no *Pro Murena* o faça por defender um homem de armas que não possui outro dom. Quando a força e a violência se tornam meios constantes e eficazes de se fazer política na *civitas*, é de se esperar que oratória e jurisprudência (esta muito mais do

³⁰³ Cf. N. ROULAND, *Roma cit.*, pp. 200-202.

que aquela), percam seu poder de influenciar a decisão eleitoral. Não raro, valia mais a força que o prestígio.³⁰⁴

Em conclusão, embora se possa afirmar que o exercício da jurisprudência é um meio eficaz para alcançar o sucesso eleitoral, a efetividade de seu emprego varia conforme as especificidades de cada caso e o peso, maior ou menor, conforme as circunstâncias, de outros fatores, como a oratória e a arte militar.

3.3. A dinâmica das consultas

3.3.1. As três atividades

O jurista, não importa qual a classe a que pertencesse, era o personagem que, dando continuidade à atuação dos pontífices, tinha como função social responder às consultas dos interessados, que o procuravam em virtude de sua autoridade. Era buscado tanto pelos simples particulares, por seus advogados, pelos magistrados e juízes, em busca da solução para um problema de direito.³⁰⁵

As consultas podiam ter diversos objetivos. Um particular o procurava para que o auxiliasse na redação de um negócio jurídico, para saber se era possível intentar uma ação e qual a forma de fazê-lo, ou para obter uma resposta a respeito de qual o direito em determinada situação, dentro ou fora do processo. O advogado ia ao jurista em busca da fórmula da ação ou mesmo de argumentos jurídicos com os quais pudesse construir a defesa do cliente. Magistrados, como o pretor, encarregado da jurisdição, recorriam ao jurista para que os auxiliasse no desempenho de suas funções, assim como o juiz, encarregado da decisão de um caso.

Essa atividade consultiva é referida nas fontes com expressões gerais como *consulere* (ou a forma passiva *consuli*), *reponsitare*, *interpretari populo*, *respondere*, ou *munus de iure respondendi*. Mas, conforme a função desempenhada pela consulta, a romanística costuma utilizar três termos distintos, presentes na definição ciceroniana de

³⁰⁴ É que expressa a frase lapidar de W. KUNKEL, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 110: “*La práctica de los dictámenes jurídicos no ofrecía ya ventajas esenciales en el medio de la demagogia y de la política brutal de la violencia, propia de la época.*”

³⁰⁵ Em contraposição ao orador, cujo reino é o fato. Mas é bastante provável que, em tempos mais remotos, as consultas versassem sobre diversas matérias, tendo em vista a integralidade do saber presente nos honrados homens que se punham à disposição dos cidadãos, como Mânio Manílio, consultado a respeito *de filia conlocanda, de fundo emendo, etc...* e, assim como ele, os outros que, sendo pontífices, mantinham a tradição de responder às consultas em matéria religiosa.

jurisconsulto: *respondere*, *cavere*, *agere*, divisão que, embora não tenha valor absoluto, adota-se na exposição que segue.³⁰⁶

3.3.1.1. *Respondere*

Em sentido amplo, o *respondere* engloba as outras duas tarefas do jurista mencionadas por Cícero, já que era sempre por meio de *responsa*, de respostas às consultas formuladas, que o jurista atuava, mesmo *ad cavendum et ad agendum*.³⁰⁷ Mas o termo passou a ter um sentido mais restrito, designando uma atividade distinta do *cavere* e do *agere*, consistente em dar pareceres sobre questões jurídicas controversas, antes ou durante um processo, sobre a interpretação das leis e costumes ou sobre direitos e obrigações resultantes de um ato jurídico já realizado, ainda que, na prática, fosse difícil fazer distinções estanques, tendo em vista a unidade da atividade consultiva: muito provavelmente, o jurista era, ao mesmo tempo, consultado sobre a redação de um contrato, a indicação de uma fórmula e a resolução de uma questão duvidosa.³⁰⁸

Para tanto, podiam ser procurados pelos próprios particulares, como se vê no episódio em que Crasso é procurador pelo *rusticanus* para obter um *responsum*, embora este não saia satisfeito com a resposta.³⁰⁹ Em outro exemplo, Públio Sílio, amigo de Cícero, pede que este consulte Trebácio Testa a respeito de um processo no qual está envolvido e que trata de aspectos sucessórios; ao fazê-lo, já vem munido da opinião de outros dois juristas, Sérvio e Ofílio.³¹⁰ Num caso a respeito da instituição de herdeiros,

³⁰⁶ Cic. de orat. 1,48,212. Em Cic. leg. 1,5,17, menciona-se apenas o *cavere* e o *respondere*. Em Cic. Mur. 9,19, o *cavere*, *scribere* e *respondere*.

³⁰⁷ Na definição dada por Isid. Etym. 5,14, *responsa sunt quae iurisconsulti respondere dicuntur consulentibus*. “Pareceres, diz-se, são o que os jurisconsultos respondem aos que os consultam.”

³⁰⁸ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 161; O. ROBLEDA, *Introduzione* cit., p. 107, nt. 204. Em Cic. De leg. 1,5,7, *cavere* e *respondere* parecem estar em entítese. Para F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 101, assim como para C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 32, o sentido mais amplo de *respondere* não engloba o *agere*, mas apenas o *cavere* e o *respondere* em sentido estrito, aos quais, F. SCHULZ (p. 95) se refere falando em *responsa* cautelares e judiciais.

³⁰⁹ Cic. de orat. 1,56,239.

³¹⁰ Cic. fam. 7,21: *Silii causam te docui: is postea fuit apud me. Cum ei dicerem tibi videri sponsionem illam nos sine periculo facere posse, SI BONORUM TVRPILIAE POSSESSIONEM Q. CAEPIO PRAETOR EX EDICTO SVO MIHI DEDIT, negare aiebat Servium tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit; hoc idem Offilium dicere; tecum se locutum negabat meque rogavit, ut se et causam suam tibi commendarem. Nec vir melior, mi Testa, nec mihi amicior P. Sílio quisquam est, te tamen excepto: gratissimum mihi igitur feceris, si ad eum ultro veneris eique pollicitus eris, sed, si me amas, quam primum: hoc te vehementer etiam and etiam rogo.* “Já expliquei a ti o caso de Sílio: depois disso ele veio a

tanto Ofílio quanto Cascélio são consultados.³¹¹ Ao consultar Sérvio sobre o legado de uma vinha, o particular já tem consigo um parecer obtido de Cornélio Máximo.³¹²

Em caso de litígio, não somente as partes, mas também seus advogados se dirigem aos juristas em busca de auxílio. No *De oratore*, mais uma vez contrariando a ideia de Crasso, segundo a qual o orador deveria ter conhecimentos profundos em matéria de direito, Antonio afirma que, na maior parte das vezes, basta um conhecimento mais simples do direito para que ele possa defender suas causas. Se aparecer alguma causa mais difícil, sempre se pode recorrer ao jurista, ou as próprias partes que procuram o orador já vêm munidas de pareceres:

Ac si iam sit causa aliqua ad nos delata obscurior, difficile, credo, sit, cum hoc Scaevolae communicare; quamquam ipsi omnia, quorum negotium est, consulta ad nos et exquisita deferunt.

E se nos fosse confiada alguma causa mais obscura, seria difícil, creio eu, comunicar-se com Cévola; ainda que as próprias partes interessadas nos tragam todas as consultas e esclarecimentos.³¹³

mim. Então eu lhe disse que a ti parece ser possível fazer aquela estipulação, nos seguintes termos: ‘Se o pretor Q. Cepião conceder a mim a posse dos bens de Turpília segundo seu edito’. Mas disse ele que, segundo Sérvio, o testamento é nulo quando quem o fez não tem capacidade de testar, e o mesmo dizendo Ofílio; disse-me ainda que tu não se pronunciara e me pediu que te recomendasse a causa dele. Não há para mim, meu querido Testa, qualquer homem melhor ou mais amigo meu que Públio Sílio, com exceção de ti. Assim me deixarias muito agradecido se viesses a ele e se compromettesse com a causa, o quanto antes, se me queres bem: isto te rogo vivamente.”

³¹¹ Iav. 1 *ex post. Lab.* D. 28,6,39,2: *ex consilio Labeonis Ofilii Cascellii Trebatii eum quem in potestate habebat solum heredem fecit et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, cum in suam tutelam venisset, legavit.*

³¹² Alf. 2 *a Paul. epit.* D. 33,7,16,1: *Vinea et instrumento eius legato instrumentum vineae nihil esse servius respondit: qui eum consulebat, cornelium respondisse aiebat palos perticas rastros ligones instrumenti vineae esse.*

³¹³ Cic. de orat. 1,58,250. Tradução livre do autor. A mesma ideia é reafirmada em Cic. de orat. 1,58,252, em que além da consulta pessoal é incluída a consulta aos livros escritos pelos juristas: *iuris utilitas ad quamque causam quamvis repente vel a peritis vel de libris depromi potest.* Em Cic. de orat. 2,27,116, os *responsa* dos juristas são mencionados como um dos meios de provar um ponto da argumentação, e que *non reperuntur ab oratore*, mas lhe são fornecidos pela parte. Também em Cic. top. 17,65, Cícero afirma que os juristas fornecem aos patronos que os procuram armas preciosas para argumentar em juízo: *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant.* “Os julgamentos privados mais importantes me parecem depender da prudência dos jurisconsultos. Pois eles com frequência estão presentes e são chamados a opinar, além de fornecer armas aos patronos diligentes que se refugiam em sua prudência.”

O próprio Cícero, cujos conhecimentos jurídicos não eram nada pobres, afirma ter discutido o caso de Aulo Cecina com Aquílio Galo e ter baseado sua defesa na autoridade desse jurista.³¹⁴

Embora não fosse obrigatória a consulta a um jurista, e o orador pudesse deter os conhecimentos necessários, certamente o patrono diligente e os próprios particulares recorreriam ao jurisconsulto para evitar surpresas ou consequências negativas, já que, se houvesse a possibilidade de fazê-lo e o jurista não fosse consultado, a ignorância do direito não poderia ser alegada.³¹⁵

Além dos particulares e seus advogados, os magistrados que administravam a justiça (pretore, edis e governadores de província) e também os juízes consultavam os juristas, como forma de legitimar as decisões que deveriam tomar, o que era necessário por não serem, no geral, dotados de conhecimentos jurídicos mais profundos, cada vez mais imprescindíveis para o exercício de sua atividade na sociedade romana, em que o direito se tornava progressivamente mais complexo.³¹⁶

Essa consulta por parte de magistrados e juízes podia certamente ter um caráter *ad hoc*, mas podia ocorrer também quando o jurista fizesse parte de seu *consilium*. Há passagens atestando que, ao menos no tempo de Cícero, os juízes faziam os juristas integrarem seu *consilium*, como ocorre com Lucílio Balbo, que integra o *consilium* de Aquílio Galo no caso de Públio Quíncio.³¹⁷

Quanto aos magistrados, as fontes disponíveis não permitem afirmar com certeza a existência de um *consilium* permanente integrado por juristas. Na oração *pro Flacco* é referida a presença de Deciano (que não era jurista) no *consilium* de Flaco. No *De oratore*

³¹⁴ Cic. Caec. 27, 79: *Qui cum istam disputationem mecum ingressus esset.*

³¹⁵ Cf. A. SCHILLER, *Roman Law - Mechanisms of Development*, New York, Mouton, 1978, p. 277. Era esta, por exemplo, a opinião de Labeão, registrada em Paul. *l.s. de iuris et facti ign.* D. 22,6,9,3: *Sed iuris ignorantiam non prodesse labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.*

³¹⁶ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 162; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 103 e *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1990, p. 202; W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 107; M. BREONE, *Giurisprudenza* cit., p. 57; A. SCHILLER, *Roman Law* cit., p. 276.

³¹⁷ Cic. Quinct. 17,54, em que Cícero se dirige ao juiz da causa, Aquílio Galo, e a outros presentes, dentre eles Lucílio Balbo: *quaero abs te, C. Aquili, L. Lucili, P. Quinctili, M. Marcell (...).* Em Cic. top. 17,65, citado na nota 313, ele afirma que “*privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant.*”, o que não confirma a presença de juristas no *consilium* do juiz, mas a sugere.

Cícero menciona a presença de Públio Múcio Cévola³¹⁸ enquanto um orador inepto tentava obter do pretor uma fórmula³¹⁹ e também a presença de Crasso no tribunal do pretor Quinto Pompeu.³²⁰

Para T. MOMMSEN, esses exemplos não levam à conclusão de que o pretor ou qualquer magistrado encarregado do processo civil convocasse sempre um *consilium*. Em casos mais difíceis e importantes, o magistrado certamente consultaria um expert no assunto antes de tomar uma decisão (este é provavelmente o objetivo da presença de Crasso e Cévola nos exemplos citados), mas isto não significa reunir um conselho formal que presencie os debates na fase *in iure*.³²¹

O. E. TELLEGEN-COUPERUS, para quem T. MOMMSEN estava correto ao concluir pela incerteza das fontes, vai além e afirma que elas não provam nem mesmo que os pretores costumassem consultar os juristas. Para a autora, no primeiro caso mencionado por Cícero, não era Públio Múcio Cévola que estava presente junto ao pretor M. Licínio Crasso (126 a.C.), uma vez que Cícero utiliza apenas o nome *Scaevola* e quando se refere a Públio Múcio no restante do livro sempre acrescenta a primeira letra de seu *prenomen*. A referência seria a Quinto Múcio Cévola pontifex, que à época tinha 14 anos e, portanto,

³¹⁸ Segundo a interpretação de T. C. BRENAN, *The Praetorship in the Roman Republic: Volume 1: Origins to 122 BC*, New York, Oxford University, 2000, p. 303.

³¹⁹ Cic. de orat. 1,36,166: "*Potes igitur, inquit Crassus*" ut alia omittam innumerabilia et immensa et ad ipsum tuum ius civile veniam, oratores putare eos, quos multas horas exspectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans P. Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce plurimis verbis a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio atque omni molestia stultitia adversarii liberaretur?" "Deixando de lado os demais detalhes, respondeu Crasso, que são inúmeros e muito longos, e passando propriamente a teu direito civil, é possível, então, que consideres oradores aqueles homens que observei durante várias horas, quando P. Cévola, às pressas, no campo de Marte, a um só tempo ria-se e irritava-se, quando Hipseu, aos gritos, procurava, com inúmeros apelos, obter do pretor M. Crasso que fosse permitido àquele que defendia perder a causa, enquanto Gn. Otávio, homem consular, recusava-se, num discurso não menos longo, a que o adversário perdesse a causa e que aquele que defendia se livrasse de um processo de tutela desonrosa e de qualquer aborrecimento pela estupidez de seu adversário?"

³²⁰ Cic. de orat. 1,37,168: *In his paucis diebus nonne nobis in tribunali Q. Pompei praetoris urbani familiaris nostri sedentibus (...)?* "Há poucos dias não estava eu assentado no tribunal do pretor urbano Quinto Pompeu, amigo meu (...)?" Tradução livre do autor.

³²¹ *Droit Public Romain – Tome 1er*, 2ª ed., Paris, Ernest Thorin, 1893, p. 355, nt. 1. O autor, para quem a consulta ao *consilium* era uma espécie de corretivo para a atribuição do poder decisório a uma única pessoa, entende que essa consulta era supérflua nos casos em que a decisão fosse tomada de forma colegiada ou quando cidadão estava dotado de alguma garantia mais forte contra a decisão, como a *provocatio ad populum* e a *intercessio*. Daí porque, de ordinário, os magistrados encarregados da jurisdição civil, cujas decisões estavam sujeitas à *intercessio*, não precisariam recorrer à convocação de um conselho, fazendo-o apenas quando suas decisões fossem definitivas.

não poderia estar ali aconselhando o pretor, mas apenas aprendendo o direito ao observar a prática dos tribunais.³²²

No caso de Crasso junto a Quinto Pompeu, a autora ressalta que o texto não afirma expressamente que o jurista foi consultado, e nem mesmo seria preciso, já que o erro do advogado era tão claro que o pretor não necessitaria de ajuda para percebê-lo. Além disso, a expressão *sedere in tribunali* é utilizada para se referir apenas aos magistrados e juízes, e não aos assessores ou conselheiros.³²³ nega que a presença de Crasso no tribunal de Quinto Pompeu signifique que ele foi consultado pelo pretor e, portanto, não pode servir como evidência de que os pretores o faziam.

Embora os textos realmente não sejam expressos quanto à consulta dos juristas pelo pretor, a interpretação da autora parece forçada ao negar que, nos episódios relatados por Cícero, os juristas estivessem presentes para aconselhar o pretor.

No primeiro caso, pode ser que Cícero tenha realmente se referido à Publio Múcio, apenas de forma diferente da utilizada ao longo do livro, como ocorre com o próprio Quinto Múcio Cévola, sempre referido apenas como *Scaevola* e apenas uma vez como Q. Múcio. Em sendo assim, não haveria o óbice da idade para a prestação da consultoria jurídica.³²⁴

No segundo caso, parece incorreta a interpretação restrita dada ao termo *sedere*, utilizado em outras fontes para se referir não apenas aos magistrados e juízes, mas também aos assessores.³²⁵ O mesmo termo é utilizado, inclusive, para se referir a Mânio Manílio, que exercia sua atividade consultiva no fórum ou *in solio sedens*.

³²² *The so-called consilium of the praetor and the development of roman law*, in TR 69 (2001), p. 16. A forma com que Cícero se refere ao jurista é o argumento decisivo da autora para defender que não se trata de Públio Múcio, ainda que este tivesse a fama de esportista, o que explicaria sua impaciência com as algeações dos advogados, que atrasavam sua ida ao Campo de Marte, onde a prática esportiva ocorria. A impaciência também encontraria explicação caso fosse Quinto Múcio o personagem citado, adolescente que, à época do episódio, já teria sido admitido aos esportes no Campo de Marte e, devido a sua idade, estaria ansioso para se dirigir até lá.

³²³ *The so-called cit.*, p. 17.

³²⁴ Ainda que se tratasse de Quinto Múcio *pontifex*, pode-se aventar a remota hipótese de que, jurista brilhante desde sua adolescência, já participasse das sessões do tribunal do pretor como conselheiro, prodígio que encontra um paralelo em Nerva filho, jurista do principado que demonstrava seu talento desde a adolescência (Ulp. 6 *ad. ed.* D. 3,1,1,3: *qua aetate aut paulo maiore fertur nerva filius et publice de iure responsitasse*).

³²⁵ Cic. S. Rosc. 4,12 : *Utinam sederet in consilio C. Pisonis*. Pisão era o juiz da causa e, portanto, não há razões para afirmar, como faz a autora, que o termo não se refere aos assessores. Na oração *pro Quíntio* expressões semelhantes (*in consilio adesse, esse*) são empregadas com relação aos juristas que auxiliam Aquílio Galo no caso: Cic. Quinct. 2,5 (*te, C. Aquili, vosque qui in consilio adestis, orat atque obsecrat ut*

A opinião de T. MOMMSEN, assim, parece razoável e conforme aos textos, que não afirmam nem negam a existência do *consilium*. Os juristas podiam ser consultados de forma *ad hoc*, em particular ou quando convocado um *consilium*, ainda que este não fosse formalizado ou estabelecido como instituição permanente.³²⁶ A existência do *consilium*, ademais, encontra plena adequação com o costume romano de tomar decisões importantes apenas após consultar um grupo de homens de confiança e autoridade, o que serve até mesmo como fator de legitimação daquelas.³²⁷

3.3.1.2. *Cavere*

A segunda atividade mencionada por Cícero é o *cavere*, termo que, em sua acepção geral indica a tomada de precauções e, no âmbito da atuação jurisprudencial, refere-se ao auxílio prestado pelo aos particulares na conclusão de negócios jurídicos e testamentos. O jurista indicava aos particulares as palavras, fórmulas e ritos a serem utilizados para que os contratos e testamentos atingissem o efeito desejado, evitando que fossem interpretados em desconformidade com a vontade de seus celebrantes ou que ocorresse a nulidade do ato.³²⁸

multis iniuriis iactatam atque agitatam aequitatem in hoc tandem loco consistere et confirmari patiamini); Cic. Quinct. 10.36 (*quaeso, C. Aquili vosque qui estis in consilio*); Cic. Quinct. 30.91 (*ut te atque eos qui tibi in consilio sunt*).

³²⁶ O próprio *consilium principis*, como se verá mais adiante, apenas se tornou um organismo fixo a partir do imperador Adriano. Não há razão para crer, portanto, que isso tenha ocorrido durante a república com os magistrados romanos.

³²⁷ W. KUNKEL, *Das wesen des ius respondendi*, in SZ 66 (1948), p. 450, nt. 33, afirma que, embora não se possa subestimar a atuação dos juristas como conselheiros dos magistrados e juízes, deve-se ter em mente que era uma atividade que tomava muito tempo, de modo que se pode questionar se juristas juristas proeminentes se dedicavam a ela co tanta frequência. Para o autor, isto dependeria das circunstâncias, da vontade do juiz o magistrado, ou das relações nutridas entre eles e o jurista.

³²⁸ Cf. P. KRÜGER, *Histoire des Sources du Droit Romain*, Paris, Thorin & Fils, 1894, p. 66; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 167; O. ROBLEDA, *Introduzione allo Studio del Diritto Privato Romano*, 2ª ed., Roma, Università Gregoriana, 1979, p. 106; W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 108; A. A. SCHILLER, *Roman Law* cit., p. 272; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 95; C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 32. Este último autor utiliza o termo *cavere* para indicar o *responsum* dado antes da prática do ato, como precaução, em contraposição ao *respondere* em sentido estrito, que se refere aos pareceres dados após a prática de um ato, assim como faz F. Schulz ao distinguir entre os *responsa* cautelares e judiciais (termo que não tem relação necessária com um processo, indicando apenas que o parecer veio *após*, está *julgando* um fato). F. CANCELLI, *Per una revisione del "cavere" dei giureconsulti repubblicani*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol V, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 643-645, defende que *cavere* é um termo genérico para designar a atividade do jurista como um todo. Para ele, em resumo, a jurisprudência cautelar tem dois aspectos: um literário (escrever livros e redigir intrummentos, negócios jurídicos e fórmulas) e outro prático (responder às questões jurídicas ou em matéria de processo, dando consultas aos particulares, juízes e magistrados – *respondere*, aconselhando as partes sobre o ajuizamento de ações – *agere* – ou mesmo auxiliando as partes em juízo – *in iure cavere*).

Essa atividade desempenha uma função importantíssima na época em que prevaleciam o formalismo do *ius civile* assim como a interpretação literal dos negócios jurídicos, e quando as formas contratuais do *ius honorarium* ainda não haviam se desenvolvido.

O descumprimento de formalidades mínimas podia ser invocado pela parte contrária para anular o negócio e prejudicar aquele que cometera o erro sutil, o que explica a necessidade de consultar previamente o jurista, capaz, assim como os pontífices, de exercer a *prudentia*, medindo com rigor as palavras empregadas e buscando prever as interpretações possíveis, a fim de evitar o dano de seu cliente.³²⁹

O exercício dessa atividade é amplamente atestado nas fontes, principalmente em Cícero, repositório de informações indispensável no estudo da jurisprudência republicana, que além de mencioná-la como atribuito da jurisprudência em geral,³³⁰ traz exemplos de seu exercício por juristas específicos.

É o caso de Sexto Élio, Públio Múcio e Mânio Manílio, aduzidos como exemplos que encarnam a definição de jurisconsulto presente no *De oratore*. Com relação à Manílio, aliás, outra não é a fonte da coleção de fórmulas contratuais de compra e venda que publicou, senão o exercício do *cavere*.³³¹

Quinto Múcio Cévola é citado por Crasso, durante a causa curiana, quando o orador ironicamente pergunta ao jurista qual tempo lhe sobraria tempo para as diversas atividades

³²⁹ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 167; W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 108

³³⁰ É o que se vê na definição de jurisconsulto em Cic. de orat. 1,48,212 e, no mesmo livro (Cic. de orat. 1,56,237), quando Antonio, ao justificar por que não é indispensável ao orador conhecer o direito, afirma ser possível defender causas relativas à *coemptio* sem conhecer sua fórmula, ou atuar numa *actio familiae erciscundae* sem saber os termos exatos em que uma partilha deve ser redigida, o que indica que tais tarefas pertencem ao jurista: *Nam neque illud est mirandum, qui, quibus verbis coemptio fiat, nesciat, eundem eius mulieris, quae coemptionem fecerit, causam posse defendere; nec, si parvi navigi et magni eadem est in gubernando scientia, idcirco qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem erciscundae familiae causam agere non possit*. “Com efeito, não deve causar admiração o fato de que a mesma pessoa que desconhece a fórmula com que se realiza um casamento por venda simulada seja capaz de defender a causa de uma mulher que o fez, e não é pelo fato de haver o mesmo conhecimento envolvido na pilotagem de uma embarcação pequena e de uma grande que quem desconhece a fórmula para realizar a divisão da herança não é capaz de ajuizar uma ação de partilha.” Tradução de Adriano Scatolin, com modificações no tocante ao vocabulário jurídico. A atividade é referida em termos gerais também em Cic. leg. 1,4,14 (*Quam ob rem quo me uocas, aut quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum iure? An ut stipulationum et iudiciorum formulas componam?*) e Cic. leg. 1,5,17 (*Non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quem ad modum caueamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus.*)

³³¹ São as *Manilii actiones* mencionadas em Varro rust. 2,5,11 e 7,6, as *Manilianae venalium vendendorum leges* citadas em Cic. de orat. 1,58,246, que se pode identificar com os *Manilii Monumenta* referidos por Pomponio no *Enchiridion* (Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,39).

de cidadão se apenas ele escrevesse os testamentos de forma correta, obrigando todos os cidadãos a buscarem sua ajuda.³³²

Numa passagem do *De legibus* se entrevê ainda a atuação cautelar de Cévola, num âmbito em que *ius civile* e *ius pontificium* se entrelaçam, para auxiliar os herdeiros que quisessem escapar à incidência da regra segundo a qual a obrigação dos *sacra* estava ligada à transmissão do patrimônio (*sacra cum pecunia*).

Segundo o regramento introduzido pelos antigos pontífices, os *sacra* passam, nesta ordem: aos herdeiros naturais; ao legatário que herda a maior parte do patrimônio; ao legatário que tenha recebido apenas uma porção da parte maior.³³³ Os Cévolas procuraram acrescentar outras regras, já que as primeiras não cuidavam de todos os casos possíveis.³³⁴ Segundo eles, a obrigação do culto passava: a) aos herdeiros naturais; b) ao legatário que recebia tanto quanto os herdeiros (*qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes*); c) se não houvesse herdeiros, aquele que usucapisse a maior parte dos bens no dia da morte (*is qui de bonis quae eius fuerint quom moritur usu ceperit plurimum possidendo*); d) se não houvesse nenhum desses, o credor que mais ganhasse com a sucessão (*de creditoribus eius plurimum servet*); e) o devedor do defunto, que, por não ter de pagar mais a dívida, reputa-se como tendo herdado a quantia equivalente (*ei qui mortuus sit pecuniam debuerit*).³³⁵

Recursos bem sutis foram empregados para eludir o princípio da transmissão conjunta dos *sacra* e da propriedade. Testadores e herdeiros, aconselhados pelos juristas, encontravam meios para liberar a propriedade das obrigações penosas impostas pela religião, sem ferir a letra dos regramentos pontifíciais sobre o tema. O legatário que deveria herdar os *sacra* poderia facilmente se liberar da obrigação, com a conivência dos herdeiros. Bastava renunciar ao legado em favor de um herdeiro, que reembolsaria o valor após a

³³² Cic. de orat. 2,6,24: *Itaque illud ego, quod in causa Curiana Scaevolae dixi, non dixi secus ac sentiebam: nam "si," inquam "Scaevola, nullum erit testamentum recte factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad te cives cum tabulis veniemus, omnium testamenta tu scribes unus. Quid igitur?" inquam "Quando ages negotium publicum? Quando amicorum? Quando tuum? Quando denique nihil ages?"* “Assim, aquilo que disse a Cévola na causa de Cúrio, não o disse sem assim pensar. De fato, eu afirmei: ‘Se não houver, Cévola, nenhum testamento feito corretamente, senão aquele que tiveres escrito, nós todos, cidadãos, viremos a teu encontro com nossos documentos, tu escreverás sozinho os testamentos de todos. Ora, continuei, quando tratarás dos negócios públicos? E dos negócios dos amigos? E dos teus? Quando, enfim, não farás nada?’” Fruto de sua atividade cautelar é a *cautio Muciana*, sobre a qual se falará no item 5.1, assim como, no caso de Aquílio Galo, a *stipulatio Aquiliana* e os *postumi Aquiliani*.

³³³ Cic. leg. 2,20,49: *Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringitur: hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit.*

³³⁴ Cf. A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les pontifes* cit., p. 210.

³³⁵ Cic. leg. 2,19,48-49.

realização de uma *stipulatio*. Ou, em caso de legado igual ao quinhão dos herdeiros, bastava que o testador ou mesmo o próprio legatário diminuísse do legado uma quantia ínfima e, assim, sua parte seria menor que a dos herdeiros e não teria a obrigação dos *sacra*.³³⁶

Cícero critica de forma veemente essas artimanhas, por contaminarem o direito pontifical com o direito civil dos juristas. Deixando de lado a pertinência da crítica de Cícero, por ora basta ressaltar a presença dos juristas no aconselhamento aos particulares na condução de seus negócios privados.³³⁷ Atividade que, no caso de Quinto Múcio Cévola, rende frutos como a *cautio Muciana*, introduzida para garantir ao beneficiário de um legado o imediato gozo dos bens.³³⁸

Cícero, em sua obra, menciona a atividade consultiva cautelar de Sêrvio Sulpício Rufo, que exerceu o *cavere in iure*³³⁹ e se dedicou à *urbana militia respondendi scribendi cavendi*, na qual evitava que seus clientes caíssem em armadilhas, assim como Lúcio Murena fazia com as cidades e os acampamentos.³⁴⁰ Há referências incidentais ao *cavere* de Trebácio Testa nas cartas que Cícero lhe envia,³⁴¹ uma das quais menciona a gratidão nutrida por César em virtude da indicação de Trebácio, o único em seu entourage capaz de *vadimonium concipere*.³⁴²

³³⁶ A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes* cit., pp. 216-217. Cic. leg. 2,21,53: *Habeo ius pontificium. Quid huc accessit ex iure civili? Partitionis caput scriptum caute, ut centum nummi deducerentur: inventa est ratio cur pecunia sacrorum molestia liberaretur. Quodsi hoc qui testamentum faciebat cavere noluisse, admonet iuris consultus hic quidem ipse Mucius, pontifex idem, ut minus capiat quam omnibus heredibus relinquatur. Super<iores> dicebant, quicquid cepisset adstringi: rursus sacris liberatur. Hoc vero nihil ad pontificium ius, sed e medio est iure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, <et> si is cui legatum est stipulatus est id ipsum quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non <adligata sacris>.* A parte final do texto (*adligata sacris*), como informa M. KURY, *Tratado das Leis. Introdução, tradução e notas*, Caxias do Sul, Educ, 2004, p. 92, nt. 146, não consta dos manuscritos, sendo integrada com base em Plut. qu. R. 34.

³³⁷ Como fica claro na atribuição de uma das soluções ao conselho de Quinto Múcio Cévola.

³³⁸ Assim como a atividade cautelar de Aquílio Galo rende a criação da *stipulatio Aquiliana* e dos *postumi Aquiliani*.

³³⁹ É a ele que Cícero se refere em Cic. leg. 1,5,17 ao afirmar que o *cavere in iure* e o *respondere* foram exercidos por grandes homens e, em sua época, *ab uno summa auctoritate et scientia*.

³⁴⁰ Cic. Mur. 9,19: *Servius hic nobiscum hanc urba nam militiam respondendi, scribendi, cavendi plenam sollicitudinis ac stomachi secutus est.* “Sêrvio permaneceu na cidade e prosseguiu nessa espécie de serviço militar urbano que, repleto de inquietação e irritação, consiste em responder às consultas, redigir documentos e prevenir os clientes.”. Também em Cic. Mur. 9,22: *tu caves ne tui consultores, ille ne urbes aut castra capiantur.* “Tu evitas que teus clientes sejam pegos em armadilhas, ele o faz em relação às cidades e acampamentos.”

³⁴¹ Cic. fam. 7,6: *Tu, qui ceteris cavere didicisti, in Britannia ne ab essedariis decipiaris caveto...* “Tu, que aprendeste a precaver os outros, tome cuidado para não ser apanhado na Britânia pelos soldados que combatem em carros.”

³⁴² Cic. ad Q. fr. 2,15,3: *Treatium quod ad se miserim, persalse et humaniter etiam gratias mihi agit; negat enim in tanta multitudine eorum, qui una essent, quemquam fuisse, qui vadimonium concipere posset.*

Fora da obra ciceroniana, há no Digesto a notícia de uma consulta simultânea a quatro juristas (Labeão, Ofílio, Cascélio e Trebácio) antes da confecção de um testamento, que se assemelha mais a um *respondere* preventivo do que propriamente ao *cavere*, entendido como auxílio na própria redação do ato jurídico:

Cum ex filio quis duos nepotes impuberes habebat, sed alterum eorum in potestate, alterum non, et vellet utrumque ex aequis partibus heredem habere et, si quis ex his impubes decessisset, ad alterum partem eius transferre: ex consilio labeonis ofilii cascellii trebatii eum quem in potestate habebat solum heredem fecit et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, cum in suam tutelam venisset, legavit: quod si is, qui in potestate sua esset, impubes decessisset, alterum heredem ei substituit.

Um homem tinha dois netos impúberes, mas um era nascido de pessoa sob seu poder, outro não, e queria instituir a ambos como herdeiros de partes iguais, e se algum deles tivesse falecido impúbere, transferir sua parte ao outro. Seguindo o conselho de Labeão, Ofílio, Cascélio e Trebácio, instituiu como único herdeiro aquele que estava sob seu poder e legou ao outro a metade da herança, quando ele chegasse a sua tutela; e se herdeiro que estava sob seu poder falecesse impúbere, seria substituído pelo outro.³⁴³

Os conselhos dados pelo jurista no exercício do *cavere* eram, a princípio, provavelmente orais, assim como oral era a maioria dos negócios jurídicos de então, não sendo difícil às partes decorar e repetir as palavras que o jurista lhes indicava.³⁴⁴ Mas quando o negócio jurídico fosse mais complexo, com cláusulas extensas, o jurista ditava ao solicitante um documento escrito, a *cautio*, que continha as fórmulas e frases a serem empregadas na celebração do ato. As *cautiones* podiam se destinar ao uso em negócios escritos, como o testamento *per aes et libram* (o testador escrevia nas *tabulae* aquilo que o jurista aconselhara na *cautio*), ou orais, como a *stipulatio* (a *cautio* servia como guia na pronúncia das fórmulas e era guardado pela parte como *meio de prova* em eventual ação que questionasse a validade do contrato).³⁴⁵

³⁴³ Iav. *I ex post. lab.* D. 28,6,39pr.

³⁴⁴ Não se podendo excluir, ademais, o exercício de uma espécie de *verba praeire*, assim como faziam os pontífices nos atos religiosos.

³⁴⁵ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., pp. 167-168, para quem é a essa função de redigir *cautiones* que Cícero se refere quando utiliza o termo *scribere* (Cic. Mur. 9,19), modalidade de atuação especial dentro do *cavere*. A. A. SCHILLER, *Roman Law* cit., p. 272, também distingue entre o *scribere* (redação de documentos) e o *cavere* (aconselhamento sobre as formas negociais). P. KRÜGER (*Histoire* cit., p. 67, nt. 2),

Ao contrário do que ocorria no tempo de Mânio Manílio, em que o jurista se punha à disposição de todos para aconselhá-los antes da prática de atos importantes da vida civil,³⁴⁶ no final da república os juristas mais importantes deixam essa tarefa rotineira a cargo de juristas menores ou escribas subordinados, atuando apenas em favor de seus, amigos, de pessoas importantes ou quando a questão colocada apresentasse alguma dificuldade maior que atraísse seu interesse.³⁴⁷

Além disso, se antes o *cavere* era fundamental em virtude do formalismo interpretativo e da inexistência do *ius honorarium*, com a progressiva flexibilização na interpretação dos negócios jurídicos e a crescente atuação do pretor, ele perde um pouco de sua importância, ainda que tenha contribuído para a precisão e o refinamento da linguagem jurídica, do que se valerá a jurisprudência clássica.³⁴⁸

3.3.1.3. *Agere*

Esse é o termo que indica, propriamente, a atividade de quem intenta a ação, o *actor* (*is qui agit*), podendo às vezes se referir também à atuação do réu num processo (como apor uma exceção).³⁴⁹ O verbo *agere*, numa transposição compreensível, foi empregado em tempos mais antigos para designar a atividade consultiva dos juristas em relação ao processo privado. Assim como *cavere* designa a atuação do jurista na formulação e redação de negócios jurídicos para evitar que deles advenha um prejuízo à parte que pediu seu auxílio, assim também *agere* se torna o termo técnico para indicar a atividade semelhante que o jurista exerce com relação ao processo, auxiliando o interessado na escolha e adaptação das fórmulas processuais adequadas ao caso.³⁵⁰

no entanto, entende que o termo *scribere* alude aos pareceres escritos (dirigidos aos juízes e magistrados), enquanto *respondere* se refere aos pareceres orais dados aos particulares. O autor aduz em favor de sua opinião o texto de Cic. top. 1,4, em que Cícero, ao se dirigir a Trebácio, afirma: *etenim cum tu mihi meisque multa saepe scripsisses*.

³⁴⁶ Cic. de orat. 3,33,133.

³⁴⁷ Cf. F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 96.

³⁴⁸ W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 108.

³⁴⁹ Ulp. 4 ad ed. D. 44,1,1 (*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*) e Ulp. 4 ad ed. D. 2,13,1pr.

³⁵⁰ V. COLACINO, *Agere*, in *NNDI* I^a, p. 414; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 170; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 99; O. ROBLEDA, *Introduzione* cit., p. 106.

Além de *agere*, outros termos presentes nas fontes para designar essa atividade são *actionem instituere*³⁵¹ ou *formulas componere*.³⁵² E mesmo quando o jurista é retratado de forma caricata como *praeco actionum, cantor formularum*, é a essa realidade que Cícero, pela boca de Antônio, se refere.³⁵³

Segundo V. COLACINO, não se pode confundir o *agere* dos juristas com a atuação do advogado em juízo. Ainda que o jurista por vezes atuasse como advogado das partes, trata-se de uma tarefa típica dos oradores, ele mesmo desprovido de conhecimentos jurídicos completos e dependente, na maioria das vezes, do auxílio de um jurista no processo.³⁵⁴ Há quem entenda, contudo, que o termo designa uma atuação completa, que vai além da indicação da fórmula processual, para incluir a escolha dos argumentos a serem empregados³⁵⁵ ou até mesmo a própria defesa da causa em juízo, ao menos naquele tempo em que vigia o ideal de saber integral romano e a ligação entre jurisprudência e oratória era estreita.³⁵⁶

³⁵¹ Cic. Mur. 9,22. A equivalência entre os termos é afirmada pelos mesmos autores citados na nota anterior.

³⁵² Cic. leg. 1,4,14; Val. Max. 6,2,12, referindo-se ao caso de Cascélio, que se nega a *formulas componere* para os triúmviros.

³⁵³ Cic. de orat. 1,56,236. A caricatura, se é que se trata de uma, tem aqui uma função bem diversa daquela presente na *Pro Murena*. No *De oratore*, Antônio afirma que a tese de Crasso, segundo a qual a jurisprudência é uma espécie de conhecimento auxiliar da oratória, retiraria daquela sua dignidade própria: *Nam, si ita diceres, qui iuris consultus esset, esse eum oratorem, itemque qui esset orator, iuris eundem esse consultum, praeclaras duas artis constitueres atque inter se paris et eiusdem socias dignitatis. Nunc vero iuris consultum sine hac eloquentia, de qua quaerimus, fateris esse posse, fuisseque plurimos; oratorem negas, nisi illam scientiam adsumpserit, esse posse. Ita est tibi iuris consultus ipse per se nihil nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum; sed quia saepe utitur orator subsidio iuris in causis, idcirco istam iuris scientiam eloquentiae tamquam ancillulam pedisequamque adiunxisti.* “De fato, se afirmasses que aquele que é jurisconsulto é um orador e, do mesmo modo, que aquele que é orador também um jurisconsulto, estabelecerias duas artes ilustres, semelhantes entre si e associadas ao mesmo prestígio. Agora, porém, reconheces que é possível haver um jurisconsulto sem essa eloquência que estamos investigando e que houve inúmeros, mas afirmas que não é possível haver um orador se ele não tiver tomado para si aquele conhecimento. Dessa forma, para ti um jurisconsulto propriamente dito, por si mesmo, não passa de um formalista precavido e agudo, um arauto das ações, um repetidor de fórmulas, um caçador de sílabas; porém, uma vez que com frequência o orador se serve do auxílio do direito em suas causas, acrescentaste esse conhecimento do direito como se se tratasse de um criado ou escravo.”

³⁵⁴ *Agere* cit., p. 414. P. KRÜGER, *Histoire* cit., p. 66, por sua vez, defende que o termo *agere* se refere apenas às atividades de defesa no processo. Tanto é assim que, em outras passagens, Cícero menciona apenas o *respondere* e o *cavere* como tarefa dos juristas, responsáveis somente por questões de direito, e não de fato, como mostra o texto em que Aquílio Galo remete uma consulta a Cícero com a frase *nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*. De fato, em Cic. off. 2,65, aparecem apenas o *cavere* e o *respondere*, assim como em Cic. leg. 1,5,17 (a não ser que se interprete o *caveamus in iure* como se referindo à atividade processual, o que faz F. CANCELLI, obra...). Mas em Cic. leg. 1,4,14, também citada por P. KRÜGER, encontramos o *iudiciorum formulas componere*. E embora, em Cic. Mur. 9,19 se fale apenas em *respondendi, scribendi, cavendi*, pouco depois (Cic. Mur. 9,22), aparece o *actionem instituere*, termo sinônimo para o *agere* dos juristas romanos.

³⁵⁵ Cf. C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 40.

³⁵⁶ A.C. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 232: “Es un ámbito cultural que parece entender todavía, al menos hasta cierto punto, el ejercicio del *agere* como algo que desborda al simple asesoramiento de índole técnica (y por tanto jurídica) y se inserta parcialmente también en el aspecto puramente oratorio de los asuntos judiciales. Se trata de juristas absolutamente volcados a la práctica entendida de un modo global, atentos a todos los

Já no tempo das ações da lei, essa intervenção se fazia necessária, devido ao excessivo formalismo daquele tipo de processo, à *nimia subtilitas veterum* mencionada por Gaio.³⁵⁷ Deve-se ter em mente as dificuldades que as partes encontravam, nesse período, por estarem vinculadas a declarações predeterminadas e imutáveis, cuja rigidez era tanta que o menor erro podia levar à perda da lide.³⁵⁸ Nem mesmo a divulgação das ações por Gneu Flávio deve ter tornado mais fácil a vida de quem quisesse intentar uma ação: em primeiro lugar, não devia ser uma obra difundida ou acessível a todos; além disso, devia conter apenas as fórmulas típicas e abstratas, que ainda precisavam ser adaptadas caso a caso e não cobriam todas as possibilidades futuras de ação.³⁵⁹

Num primeiro momento, os pontífices supriam essa demanda por conselhos, função que os juristas leigos também não deixaram de exercer e que ganha ainda mais relevância no período do processo formular, em cuja fase *in iure*, ao contrário do que ocorria nas ações da lei, o autor não precisava seguir esquemas rígidos na formulação de seu pedido, mas, ainda assim, precisava da colaboração de um *expert* para redigir a fórmula em que se plasmavam os termos da demanda.

Ao realizar o chamamento do réu a juízo (*in ius vocatio*), o autor deveria indicarlhe a fórmula com base na qual intentaria a ação (*editio actionis*). Ao comparecerem as partes frente ao magistrado, ele expunha sua pretensão sem formalidades e indicava a fórmula que pensava adequada a sua pretensão, requerendo ao pretor a concessão da ação (*postulatio actionis*). Tal fórmula podia já estar presente como modelo abstrato no edito do pretor ou ser apresentada pelo próprio autor. Após esta exposição inicial, passava-se a palavra ao réu, que normalmente contestava a causa, negando a pretensão do autor ou aduzindo uma *exceptio* que a paralisasse.³⁶⁰

aspectos de uma actividad percebida y vivida desde su naturaleza oral, y no tanto escrita: juristas que muy probablemente non escribieron em su mayor parte, como sabemos que aún ocurrió con buena parte de los muchos discípulos de Servio Sulpicio Rufo en el siglo I a.C., según refiere Pomponio. Son hijos, a su modo (un modo menor), que parecen responder al modelo, en parte catoniano, en parte – retrospectivamente – ciceroniano (republicano, en cualquier caso, en el más ortodoxo y pleno de los sentidos), del totus romanus.”

³⁵⁷ Gai. 4,30.

³⁵⁸ Gai. 4,11 e 4,30.

³⁵⁹ Cf. V. COLACINO, *Agere* cit., p. 414, e G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 170. Para C. A. CANNATA (*Historia* cit., p. 40), no entanto, os juristas leigos é que introduzem o *agere*, o que ocorre apenas no contexto de surgimento do processo formular, pelo qual eles são responsáveis. L. CAPOGROSSI COLOGNESI (*Lezioni* cit., pp. 154 e 158), por seu turno, defende que o processo formular e a atuação do pretor dependeram, num primeiro momento, da colaboração dos próprios pontífices.

³⁶⁰ Poderia também tomar outras atitudes, como pedir um prazo para reunir seus meios de defesa, caso em que lhe era exigida uma garantia de novo comparecimento, assegurado por meio de cauções (*vades*); reconhecer a pretensão do autor (*confessio in iure*); ou deixar de se defender (*indefensio*).

Os debates da causa, levados a cabo sem qualquer formalidade, e nos quais intervinham tanto as partes como o pretor, tinham como finalidade acertar os pontos controversos que fariam parte da fórmula concreta a ser confeccionada ao termo da fase *in iure*, na *litiscontestatio*, que fixava os termos da demanda.

Além disso, era durante (ou após) os debates que se poderia perceber a necessidade de adaptações na fórmula inicialmente proposta pelo autor, para que se ajustasse às particularidades do caso. Tais modificações podiam ser de diversas ordens: através da inserção de *exceptiones*, *fictiones*, *praescriptiones* ou, se a alteração afetasse aspectos fundamentais da fórmula, através da concessão de uma *actio in factum*, *utilis* ou *ad exemplum*.³⁶¹

Caso o magistrado não denegasse a ação e as partes acordassem quanto aos termos da demanda, o que se teria é a confecção da *formula* ou *iudicium* a ser enviado ao *iudex* para o julgamento. Tratava-se de um documento no qual, com termos sintéticos, se expressava a questão a ser decidida. Um exemplo simples é o seguinte:

<p>“<i>Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia, condemnato; si non paret, absoluto</i>”</p>	<p>“Se parecer que Numério Negídio deve dar a Aulo Agério dez mil sestércios, juiz, condena Numério Negídio a dar a Aulo Agério dez mil sestércios; se não parecer, absolve-o”.</p>
--	---

Outra possibilidade de fórmula era a que contivesse uma *exceptio*, inserida como uma condição negativa que paralisava a pretensão do autor. É o caso da *exceptio doli*, que, inserida na *actio certae creditae pecuniae*, dá a ela a seguinte conformação:

<p><i>Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dar oportere, et si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna; si non paret, absolve</i></p>	<p>“Se parecer que Numério Negídio deve dar a Aulo Agério dez mil sestércios, e se nisto nada foi feito por dolo de Aulo Agério, juiz, condena Numério Negídio a dar dez mil sestércios a Aulo Agério; se não parecer, absolve-o”.</p>
---	--

³⁶¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 328.

A construção da fórmula era, como se vê, um procedimento extremamente técnico, para o qual certamente se contava com a ajuda de juristas, tendo em vista não ser rara a falta de conhecimento jurídico por parte dos magistrados e, obviamente, das partes. A linguagem técnica dos juristas, herdada da experiência do *cavere*, era mais do que necessária e se expressa na redação das *formulae* adaptadas a partir do modelo abstrato presentes no edito ou criadas *ex novo* para o caso concreto. Além disso, transparece nas fórmulas a capacidade, oriunda da tradição do *responsum*, de expor os casos concretos em formulações sintéticas, em que estão presentes apenas os elementos jurídicos relevantes e que, por sua abstração, podem ser repetidas nos casos semelhantes.

O trabalho do jurista agora não é mais apenas evitar a perda da ação pela pronúncia incorreta das fórmulas (embora não se possa dizer que fosse apenas isto que fizesse, pois os gestos e palavras também acabavam por colocar os termos da demanda), mas a fixação dos termos do litígio para guiar o *iudex*, com palavras concebidas especialmente para aquele caso (*per concepta verba*).³⁶²

Esse tipo de atuação do jurista, juntamente com a resposta às consultas do magistrado, contribui em grande medida, talvez até mesmo de forma prevalente, para o surgimento do *ius honorarium*, como se verá no item 5.1.

3.3.2. O fórum, a casa e o ensino em meio às consultas.

Quando Cícero descreve a forma como Mânio Manílio se colocava à disposição dos cidadãos para ser consultado, apresenta-o *et ita ambulans in foro et in solio sedens domi*.³⁶³ O fórum e a casa, portanto, são os espaços por excelência de atuação do jurisconsulto.

Segundo M. BRETONNE,³⁶⁴ a cidade antiga é o lugar de atuação do jurista, atuação para a qual contribui a própria configuração espacial da *polis*, tendo a ágora, o fórum como seu centro. Nessa cidade, os cidadãos conhecem uns aos outros e os limites podem ser alcançados pelos pés ou pela voz, estabelecendo-se uma série de relações face a face, como aquela entre o jurista e seu cliente.

³⁶² Cf. G. BRAGADA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 171.

³⁶³ Cic. de orat. 3,33,133.

³⁶⁴ *Giurisprudenza* cit., p. 61.

Na praça pública o jurista responde às consultas dos clientes, aos olhos de todos, como faz Manílio e não somente ele, pois Cícero, ao se referir aos juristas e oradores como um todo os designa como aqueles *qui in foro habitant*.³⁶⁵ A presença dos juristas também se verifica numa referência maliciosa de Ovídio, quando este afirma que até mesmo no espaço sério do fórum o amor pode nascer e mais de um jurista, que providência cautelas aos outros (*qui cavit*), foi ele mesmo apanhado nesse ambiente.³⁶⁶

Outro ambiente que permite os contatos pessoais é casa do jurista, *oraculum totius civitatis*,³⁶⁷ em que ele é cercado por seus clientes e amigos e responde às consultas assentado no *solium*,³⁶⁸ cadeira assemelhada a um trono,³⁶⁹ que o coloca acima da altura dos circunstantes, reforçando sua posição de autoridade. Essa cadeira, herdada de seus antepassados, por essa mesma razão, representa, assim como a atividade do jurista, a união de passado e presente, em que se condensa o saber acumulado e o prestígio do atual (vivificado pela conexão com o passado),³⁷⁰ o que o capacita a oferecer novas soluções para os problemas que palpitam na vida diária.³⁷¹

Fórum e casa são também o lugar onde se desenrola o ensino do direito, ensino que, ao menos até o final da república, ocorria exclusivamente na prática, e não segundo o modelo helenístico, de lições acadêmicas e exercícios organizados.³⁷²

Após aprender lições elementares de direito, principalmente as XII Tábuas, que as crianças eram ensinadas a recitar como um canto,³⁷³ o jovem romano era enviado para junto de algum jurista experiente com quem seus genitores tivessem ligações, para ali beber de seu conhecimento, como ocorre com Cícero, que se torna discípulo de Quinto

³⁶⁵ Cic. Mur. 9,21.

³⁶⁶ Ov. ars 1,79-84: *Et fora conveniunt (quis credere possit?) amori/ Flammaque in arguto saepe reperta foro/ Subdita qua Veneris facto de marmore templo/ Appias expressis aera pulsat aquis, Illo saepe loco capitur consultus Amori,/ Quique aliis cavit, non cavet ipse sibi.*

³⁶⁷ Cic. de orat. 1,45,200.

³⁶⁸ Cic. de orat. 3,33,133; Cic. leg. 1,3,10 (*more patrio sedens in solio consulentibus responderem*); Cic. de orat. 2,33,143: *tum a Crasso discemus [ius], cum se de turba et a subselliis in otium, ut cogitat, soliumque contulerit.* “Aprenderemos o direito com Crasso quando, deixando a turba e os tribunais, ele se recolher ao descanso e seu trono doméstico, como planeja fazer.” Tradução livre do autor.

³⁶⁹ Cf. V. CHAPOT, *Solium*, in *DS T.* 4 v.1, p. 1391.

³⁷⁰ A. C. SAENZ, *Cicerón cit.*, pp. 181-182.

³⁷¹ É em sua casa que Lívio Druso recebe os consulentes que, não vendo solução para seus próprios problemas, tomam por guia um jurista cego. Cic. Tusc. 5,38,112: *C. Drusi domum compleri a consultoribus solitam accepimus; cum, quorum res esset, sua ipsi non videbant, caecum adhibebant ducem.* Como já se viu, Públio Cornélio Cipião Nascia até mesmo recebe do povo uma casa na Via Sacra, para poder ser mais facilmente consultado (Pomp. l. s. *ench.* D. 1,2,2,37).

³⁷² Cf. F. SCHULZ, *Storia cit.*, p. 112.

³⁷³ Cic. leg. 2,23,59:

Múcio Cévola *augur* após assumir a *toga virilis* e, com a morte deste, dirige-se a seu filho, Quinto Múcio Cévola *pontifex*.³⁷⁴

O aprendiz acompanhava o jurista no exercício de sua atividade, em casa ou no fórum, respondendo às consultas dos particulares, aconselhando os magistrados de forma *ad hoc* ou como membro de seu consilium, ou até mesmo atuando para auxiliar uma parte na fase *in iure* do processo com a composição da fórmula do *iudicium*.³⁷⁵ O *respondere* era, ao mesmo um *docere*, como mostra Cícero, referindo-se aos juristas como um todo:

*Alteros enim respondentes audire sat erat, ut ei qui docerent nullum sibi ad eam rem tempus ipsi seponerent, sed eodem tempore et discentibus satis facerent et consulentibus.*³⁷⁶

Para outros bastava ouvir aqueles que respondiam às consultas, de modo que quem ensinava não reservava nenhum tempo para tanto, mas ao mesmo tempo satisfazia tanto os que aprendiam quanto os que os consultavam.

e ao caso específico de seu mestre em matéria jurídica, Quinto Múcio Cévola *pontifex*:

Ego autem iuris civilis studio multum operae dabam Q. Scaevolae P. f., qui quamquam nemini <se> ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat.

Eu, contudo, muito me dediquei ao estudo do direito civil com Quinto Múcio Cévola, pontífice, que mesmo não se oferecendo para ensinar ninguém, acaba por ensinar aos estudiosos que o ouviam responder aos que o consultavam.³⁷⁷

Passado o momento das consultas, dispensados os clientes, os discípulos provavelmente questionavam seu mestre à respeito das razões para um *responsum* e discutiam os casos surgidos durante o dia ou casos hipotéticos imaginados a partir da

³⁷⁴ Cic. Lael. 1,1. Outra referência ao interesse de Cícero pelo direito na adolescência encontra-se em Cic. leg. 1,4,3:

³⁷⁵ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 111.

³⁷⁶ Cic. orat. 42,143.

³⁷⁷ Cic. Brut. 89,306.

experiência cotidiana e da leitura de livros jurídicos, discussão e interesse pelas suas respostas que os juristas consideravam um título de glória.³⁷⁸

Esse tipo de ensino jurídico, ao contrário do ensino como um todo, não carece de dignidade, tanto que é tomado por Cícero como modelo de ensino aristocrático que podia ser aplicado à retórica, em contraposição ao ensino mais “popular” empreendido ao final dos anos 90 a.C. por Plócio Galo.³⁷⁹

No final da república, a atividade docente dos juristas se desdobra num ensino elementar (*instituire*) e outro mais desenvolvido (*instruere*). Um exemplo é a formação de Sêrvio Sulício Rufo, *institutus* por Lucílio Balbo, mas *instructus* por Aquílio Galo.³⁸⁰ Essa distinção se acentua no Principado e é, segundo G. BRAGA DA CRUZ, o ponto de partida para a formação das primeiras escolas de ensino do direito, nas quais a atividade docente, pela primeira vez, sobrepuja a consultiva.³⁸¹

Nessa mesma época, é certo que o tamanho de Roma tinha atingido tais proporções que os contatos pessoais certamente não seriam mais tão fáceis, o que se acentua no Império e engendra novas formas de consulta, como a epístola, das quais se trata no próximo item.

3.3.3. A *consultatio* e o *responsum*

Ao andar pelo fórum, ou em casa assentado em seu “trono” particular, o jurista era procurado pelos cidadãos em busca de conselhos, num primeiro tempo sobre os mais

³⁷⁸ Cf. G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 175; F. SCHULZ, *Storia* cit., pp. 111-112; M. BRETONI, *Giurisprudenza* cit., p. 59; W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 108; A. AGUDO RUIZ, *La enseñanza del derecho en Roma*, Logroño/Madrid, Universidad de La Rioja/Reus, 1999, pp. 46-47. A essas discussões com os discípulos é que Cícero provavelmente se refere em Cic. Lael. 1,1 ao afirmar que muitas coisas eram *prudenter disputata* por Quinto Múcio, além daquelas que ele afirmava brevemente e que os alunos deviam anotar com atenção. Que era honrado receber os alunos para esse tipo de ensino pode-se ver em Cic. orat. 41,142: *ius civile docere semper pulchrum fuit hominumque clarissimorum discipulis floruerunt domus*.

³⁷⁹ Cf. M. BRETONI, *Giurisprudenza* cit., p. 59; A. C. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 250. Cic. orat. 42,144: “*At dignitatem docere non habet. Certe, si quasi in ludo; sed si monendo, si cohortando, si percontando, si communicando, si interdum etiam una legendo, audiendo, nescio [cur] cum docendo etiam aliquid aliquando [si] possis meliores facere, cur nolis? An quibus verbis sacrorum alienatio fiat docere honestum est, [ut est]: quibus ipsa sacra retineri defendique possint non honestum est?*”.

³⁸⁰ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,43; Cic. Brut. 42,154 (onde as expressões não aparecem, mas se refere o aprendizado com Balbo e Galo).

³⁸¹ *O jurisconsultus* cit., p. 176.

diversos assuntos, inclusive em matéria religiosa, como ocorria com Mânio Manílio e outros; posteriormente, conforme a progressiva especialização e desvinculação entre jurisprudência e pontificado, apenas sobre matéria de direito (sobretudo direito privado), o que se plasma na frase emblemática de Aquílio Galo a ser consultado sobre matérias de fato: *nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*.³⁸²

As consultas, nesse contexto, eram orais e, provavelmente, informais. Em Cícero aparece a expressão *licet consulere*,³⁸³ considerada por F. CANCELLI uma fórmula respeitosa utilizada para se dirigir ao jurista em busca de uma consulta,³⁸⁴ mas que não parece um requisito formal obrigatório para obter a consulta, sendo mais um sinal de deferência ao homem sábio em quem se busca auxílio.

A consulta oral do jurista era a forma predominante enquanto Roma era um lugar de acesso fácil para os clientes, em sua maioria residentes na própria cidade ou nas adjacências, mas isso começa a mudar pelo menos desde o século II a.C. e mais ainda no século I a.C., com a “romanização” da Itália.

A partir do fim da república, ainda que fossem cidadãos romanos, os clientes dos juristas não moravam todos em Roma e, cada vez mais, aumentava o número de clientes desse gênero, itálicos e provinciais, o que influi no modo como se dava a *consultatio*. Não era sempre que o interessado podia se dirigir a Roma ou mandar algum encarregado para consultar pessoalmente o jurista; assim, cria-se pouco a pouco o costume de fazer as consultas por escrito, mediante *epistulae*.³⁸⁵

À forma da consulta correspondia, de maneira geral, a forma da resposta dada pelo jurista. Consultas orais recebiam respostas do mesmo tipo, como no *cavere* e no *agere* mais antigos, quando as fórmulas negociais ou processuais podiam ser memorizadas pelas partes para a posterior pronúncia solene. Mas quando se tratasse de alguma fórmula mais complexa, ou quando a *nuncupatio* fosse extensa, é de se esperar que à resposta oral do jurista se seguisse a redação de algum escrito, fosse ele o texto definitivo da fórmula a ser proposta em juízo, do negócio a ser celebrado, fosse apenas um esboço a ser aperfeiçoado em diálogo com a outra parte.

³⁸² Cic. top. 12,50.

³⁸³ Cic. Mur. 13,28.

³⁸⁴ *La giurisprudenza* cit., p. 146. Em apoio, cita o texto de Hor. Ser. 2,3: *ergo consulere et mox respondere licebit?*

³⁸⁵ Cf. M. TALAMANCA, *I clienti* cit., p. 508, nt. 110, e p. 524.

O mesmo ocorria no *respondere* em sentido estrito, em que o cidadão ou o magistrado expunha o caso ao jurista e obtinha um *responsum*, sentença oral breve e proferida em estilo quase oracular, geralmente sem qualquer fundamentação ou baseada no argumento de autoridade. Em se tratando de uma consulta por meio de epístula, a resposta obviamente vinha por escrito, talvez no mesmo documento, à semelhança do que ocorrerá mais tarde com as *subscriptiones*, um dos tipos de rescrito imperial.

A fundamentação era irrelevante para quem solicitava o parecer, mas não para os discípulos do jurista, que provavelmente questionavam seu mestre nas discussões que se seguiam. Alguma explicação talvez fosse necessária quando o *responsum* se destinasse à utilização em juízo e fosse contestado por um *responsum* divergente obtido pela parte contrária.³⁸⁶

Essa utilização em juízo coloca, além disso, o problema da comunicação do *responsum* e das formas utilizadas para tanto. No caso do *cavere*, o destinatário do parecer era o próprio solicitante, que, portanto, não exigiria nenhuma formalidade na resposta do jurista, e a colocação por escrito se devia a razões de utilidade e não de validade. O mesmo se pode dizer do *agere*, e também do *respondere* quando o solicitante fosse o próprio magistrado ou juiz, que não necessitavam de nenhuma certificação da veracidade do parecer, vez que consultavam diretamente o jurista.

A questão da autenticidade era mais importante, por sua vez, quando as partes ou o advogado solicitassem um *responsum*, destinado à apresentação num processo. Nesse caso, era preciso alguma formalidade, para que se evitassem fraudes no emprego dos pareceres jurisprudenciais e para que estes fossem comunicados com segurança.

A respeito disso, encontra-se no Enchiridion de Pompônio uma descrição dos dois métodos utilizados para comunicar o *responsum*:

<i>ante tempora Augusti ... qui fiduciam sudiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos</i>	Antes dos tempos de Augusto ... os que tinham confiança nos seus estudos respondiam aos que consultavam; e em todo caso, não davam respostas reconhecidas, mas geralmente eles
---	--

³⁸⁶ M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, 13ª ed., Roma-Bari, Laterza, p. 200

*consulebant.*³⁸⁷

próprios escreviam aos juízes ou
testemunhavam aqueles que os
consultavam.

Nas três formas de comunicação mencionadas por Pompônio pode-se entrever, assim como ocorre com relação às formas de consulta ao jurista, a passagem da oralidade para a escrita: certificação por meio de testemunhas, *testatio*, *epistulae* e *responsum signatum*.

A utilização do verbo *testari* por Pompônio pode se referir a dois fenômenos distintos da mesma espécie: os testemunhos orais, forma de comunicação do *responsum* que deve ter prevalecido no período da jurisprudência pontifical³⁸⁸ e nos primeiros tempos da jurisprudência leiga, e a *testatio*, documento escrito de caráter probatório que se desenvolve posteriormente e substitui os testemunhos orais.

A *testatio*, utilizada para a prova de negócios jurídicos ou declarações jurídicas relevantes, consiste em duas ou três (às vezes mais) pequenas tábuas de madeira cobertas de cera (*tabellae ceratae* ou simplesmente *cerae*) ou pintadas de branco, em cada uma das quais o mesmo texto é escrito, formando-se assim um documento duplo. Terminada sua redação, são colocadas uma sobre a outra e atadas com pequenas cordas de tecido (linho ou algodão), ficando um texto à vista (*scriptura exterior*) e o outro escondido (*scriptura interior*).

O outorgante e as testemunhas apõem seus selos nas extremidades dos cordéis, com o uso de material resinoso e de anéis portados especialmente para esse fim,³⁸⁹ num tempo em que o analfabetismo é prevalente e a assinatura autografa pouco praticada. Caso seja necessário exibir a *testatio* num processo, as testemunhas podem ser chamadas a reconhecer o seu selo, abrindo-se então as amarras para verificar se o texto exterior é igual ao interior.³⁹⁰

³⁸⁷ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,49.

³⁸⁸ Cf. M. TALAMANCA, *I clienti* cit., p. 504, para quem, no entanto, a presença de testemunhas não pode ser tida como um requisito formal do *responsum* pontifical, para o qual, ademais, faltariam fontes, o que torna qualquer tentativa de reconstrução altamente conectural, senão fantasiosa. Os exemplos de respostas pontificais em matéria religiosa mencionados no capítulo 1 desta dissertação parecem confirmar a hipótese da oralidade na comunicação, pois ali não há qualquer referência a documentos escritos sendo enviados ao Senado ou aos magistrados consultantes, que recebiam a resposta por meio de um pontífice que *pro conlegio respondit*.

³⁸⁹ Macr. Sat. 7,13,13: *veteres non ornatos, sed signandi causa anulum secum conferebant*.

³⁹⁰ Cf. M. KASER, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, cit., p. 72; A. GUARINO,

A *testatio*, quando utilizada para comunicar o parecer do jurista, devia conter, além dele, uma descrição detalhada do caso, fundamental para possibilitar a utilização do *responsum*. Deve-se ter em mente que, no sistema aberto de *ius controversum* que caracterizava a experiência romana, todo caso era potencialmente diverso dos demais e suscetível de decisão diversa conforme suas peculiaridades, daí porque quanto mais aderente a essas peculiaridades fosse o *responsum*, maior a chance de que ele fosse adotado pelo *iudex* como razão de decidir. Assim, as partes buscavam apresentar descrições o mais detalhadas possível do caso concreto, para evitar que a parte contrária alegasse que o parecer exibido não se adaptava ao caso, por faltar-lhe algum elemento de fato imprescindível para a solução da causa.³⁹¹

Por isso mesmo, é provável que, a partir do século I a.C., os clientes já se dirigissem ao jurista para expor o caso munidos das tabuletas de cera anteriormente preparadas e contendo a exposição dos fatos, uma prévia da *testatio*, para cuja consumação faltava apenas o parecer do jurista, que era acrescido às *tabellae*, assim como eventuais refinamentos na descrição do caso advindos dos questionamentos que o jurista fizesse ao cliente.³⁹²

Se assim fosse, este seria um degrau entre a consulta exclusivamente oral e aquela feita por escrito, que se torna cada vez mais presente conforme as fronteiras romanas se ampliam e se amplia o rol de clientes dos juristas, oriundos também da Itália e das províncias, para os quais era muito difícil, senão impossível, comparecer pessoalmente ou por algum encarregado, expor oralmente o caso e, após o parecer, redigir a *testatio* que o continha.

Diritto Privato Romano, 12ª ed., Napoli, Jovene, 2001, p. 357, nt. 22.2.1, e p. 284, nt. 15.7.1

³⁹¹ Cf. M. TALAMANCA, *I clienti* cit., p. 523, que, na nota 158 da mesma página, sugere (e nega) a seguinte hipótese: será que um cliente propositalmente encheria a descrição do caso com detalhes fáticos irrelevantes apenas para poder, em juízo, alegar que o parecer por ele obtido era mais válido e aderente ao caso concreto do que aquele da parte contrária, em que tais detalhes estavam ausentes? O autor crê ser muito difícil que algo assim ocorresse em Roma, pois tal atitude seria prontamente rechaçada pelo jurista ou pelo juiz, que embora fosse leigo no direito, era um homem de cultura e dificilmente não perceberia o expediente (se não percebesse, provavelmente o advogado da outra parte o alertaria). O autor imagina essa hipótese a partir de uma oração do *Corpus Demosthenicus* (46), em que Apolodoro aduz uma série de leis irrelevantes para o caso buscando confundir os juízes leigos que tomavam lugar entre os elistas.

³⁹² Cf. M. TALAMANCA, *I clienti* cit., p. 524, que afirma não ser possível ter certeza se isto efetivamente ocorria na prática. De qualquer forma, “*si tratterebbe comunque di un aspetto che avrebbe contribuito ad un migliore funzionamento del rispondere dei giuristi, ma che sarebbe andato perduto allorché, come forse già accadeva in buona parte nel período di transizione dalla repubblica al principato, la richiesta del parere fosse avvenuta per iscritto.*”

Nesse contexto, os clientes escrevem ao jurista da metrópole e este responde da mesma forma, provavelmente apondo seu selo pessoal para garantir a autenticidade do parecer. Assim surgia a praxe do *responsum signatum*, que Pompônio vincula às reformas de Augusto e à introdução do *respondere ex auctoritate principis*, mas que M. TALAMANCA crê ser anterior a ela, interpretando o *sed plerumque* presente no texto do Digesto no sentido de que a *testatio* e a *epistula* dirigida ao juiz eram as formas prevalentes para comunicar um *responsum*, mas não as únicas.³⁹³ C. A. CANNATA, por sua vez, não nega fé ao quanto informado por Pompônio, afirmando que, naquele tempo, ninguém falsificaria um *responsum*.³⁹⁴

M. TALAMANCA afirma ainda que a outra forma escrita de comunicação do *responsum*, qual seja, o próprio jurista escrever ao juiz da causa, amolda-se melhor ao caso de um juiz distante de Roma, situação mais frequente no período imperial. Na república, os jurisconsultos residiam e atuavam somente em Roma, de modo que soaria estranho um juiz da própria cidade se dirigir por meio de carta a um jurista e este responder da mesma forma.³⁹⁵

A essa interpretação pode-se objetar que Pompônio, ao utilizar o verbo *scribere* não está se referindo necessariamente ao envio de uma carta. Pode ser que, consultado oralmente pela parte, ou por alguém que viesse a pedido do *iudex*, o jurista pusesse por escrito seu parecer e o enviasse dessa maneira, talvez com a aposição de seu selo pessoal, assim como ocorria nos *responsa signata*.

Independentemente da forma com que fosse levado o *responsum* para o processo (testemunhos orais, *testatio*, escrito sem maiores formalidades ou portando o selo do jurista) ali ele seria uma das armas na mão do orador, que buscaria fazê-lo valer com os as técnicas de convencimento próprias de sua arte.

³⁹³ *I clienti* cit., p. 506.

³⁹⁴ *Historia* cit., p. 58.

³⁹⁵ *I clienti* cit., p. 506.

3.3.4. Atividade consultiva e literatura jurídica

O destino do *responsum* ia além de seu uso no caso concreto. Se fossem dados por escrito, os pareceres eram conservados no arquivo pessoal do jurista; se orais, o próprio jurista podia encarregar alguém de registrá-los, mas talvez não fosse preciso, pois os alunos que o acompanhavam certamente tomavam nota das respostas dadas por seu mestre às consultas.³⁹⁶

Assim conservados os pareceres, podia ser sentida com o tempo a oportunidade ou necessidade de divulgá-los para além do restrito círculo de *auditores*, o que ocorria por iniciativa do jurista ou de seus discípulos, originando-se então a literatura casuística do direito romano, reflexo direto da atuação prática dos juristas e da qual há muitas citações tardias, embora de segunda mão, sendo escassos os fragmentos originais.³⁹⁷

Catão publicou seus *responsa* nos *commentari iuris civilis*, livro escrito em forma de um diálogo com seu filho e no qual, além dos pareceres referidos palavra por palavra,³⁹⁸ conservando inclusive o nome das partes, o autor acrescia observações de caráter teórico, como ocorre no único fragmento conservado. Os *libri iuris civilis* de Bruto reproduzem seus pareceres e, segundo F. SCHULZ, os dez livros de Públio Múcio Cévola e os escritos de Lívio Druso eram basicamente coletâneas de *responsa*.³⁹⁹

Sérvio Sulpício Rufo também deixa uma ampla coleção de *responsa* em oitenta livros,⁴⁰⁰ publicados por seus discípulos, especialmente Aufídio Namusa em quarenta livros e Alfeno Varro em seus *Digesta*. As coleções de outros discípulos são conhecidas

³⁹⁶ Cf. F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 167. O arquivo dos juristas, segundo M. TALAMANCA, *I clienti* cit., p. 529, era formado pelas *testationes* utilizadas para comunicar o *responsum*, em que estavam contidas a descrição pormenorizada do caso, a questão trazida pelo cliente e a resposta do jurista, e das quais os clientes provavelmente faziam uma cópia para o jurista. Não sendo assim, é provável que o próprio jurista fizesse uma cópia do *responsum* antes de enviá-lo ao solicitante. Com a passagem para o sistema da consulta escrita e dos *responsa signata*, mudam alguns aspectos desse arquivo. Conservam-se ali, então, a *consultatio* ou um resumo dela, e o parecer. Para o autor, o original da *consultatio* não era utilizado para escrever o parecer que formaria o *responsum signatum*, mas sim para a confecção do rascunho do documento final. Esse original, com a minuta do *responsum*, é que ia para o arquivo. Disso se fazia uma cópia, que recebia o *signum* e era enviada ao cliente. Ele admite, contudo (p. 530, nt. 185), que o contrário não pode ser negado, afirmando também (p. 530, nt. 184) não ser improvável que o próprio cliente já enviasse a consulta em duas vias, sabendo que uma serviria para a minuta e a outra para a confecção do *responsum signatum*.

³⁹⁷ G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 177; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 167; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 125.

³⁹⁸ Cic. de orat. 2,32,142:

³⁹⁹ *Storia* cit., p. 168.

⁴⁰⁰ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,43.

apenas por citações. Mas ao recolher os responsa de Sêrvio, seus discípulos acrescentavam seus próprios pareceres. E nestas coleções encontram-se, além dos casos reais, mas também respostas sobre casos hipotéticos levantados pelos amigos ou pelos discípulos do jurista (que constituirão, mais tarde, os *libri quaestionum*), sem que se possa distinguir nitidamente entre eles.⁴⁰¹

O fruto do *cavere* dos juristas também dava origem a uma literatura, embora menos volumosa. Trata-se das recolhas de *cautiones* e *actiones*, negócios extrajudiciais e judiciais típicos, que funcionam como um formulário a ser utilizado nas transações comerciais ou nos processos.⁴⁰² É o caso das *Manilii actiones*, ou *Manilianae venalium vendendorum leges*,⁴⁰³ gênero que, no entanto, não foi muito desenvolvido por seus sucessores.⁴⁰⁴

A presença desse traço casuístico, derivado do tipo de atividade desenvolvida pelas juristas romanos, será determinante na literatura jurídica e a maioria das obras dos juristas está construída casuisticamente. As coleções de *responsa*, *quaestiones*, e *epistulae* trazem, mais ou menos resumidos e reelaborados, os casos que o autor enfrentou como consultor ou professor, sem nenhuma exposição teórica que os reúna. Mesmo as obras de comentário ao edito ou aos *libri iuris civilis* se constroem casuisticamente, não apenas no sentido de que casos reais ilustram as normas, mas sim que “*la exposición se agota en una serie de casos iguales, en los que la regla de derecho encuentra su expresión sin estar formulada abstractamente.*”⁴⁰⁵

3.4. A ética do *respondere*

Ao exercer o *respondere*, os juristas romanos eram guiados por certos princípios que condicionavam tal atividade? É possível estabelecer, com base nas fontes, quais sejam tais princípios?

O que se tenta fazer a seguir é identificar alguns princípios que parecem constituir a *ética profissional* dos juristas. Não se trata aqui se princípios ou doutrinas filosóficas que

⁴⁰¹ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 168.

⁴⁰² Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 126.

⁴⁰³ Cic. leg. 1,4,14; Varro ling. 2,3,5; 2,4,5; 2,5,11.

⁴⁰⁴ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 165; A. C. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 183.

⁴⁰⁵ F. SCHULZ, *Principios* cit., p. 72.

influenciam o *conteúdo* das respostas emitidas pelos juristas, mas sim daquilo que condiciona apenas o modo como exercem sua atividade, o que F. HORAK chama de *ética jurídica prática* dos juristas romanos.⁴⁰⁶

No caso dos juristas republicanos, a fonte maior de informação é Cícero, de modo que o que aqui se expõe como princípios de ética profissional do jurista podem se confundir, na verdade, com um *ideal de jurista* presente na obra ciceroniana. Pode-se confundir também com uma espécie de *ethos* dos juristas, algo que era por eles praticado de forma habitual, e não de forma consciente, como uma série de princípios éticos normativos.

Com base nas fontes, pode-se identificar alguns princípios que pautavam a atuação do jurisconsulto: a publicidade, a gratuidade, a inércia, a disponibilidade, a praticidade e a imparcialidade. No ideal ciceroniano de jurista ainda se poderiam acrescentar outros aspectos, que, no entanto, não dizem respeito especificamente à atividade prática. É o caso da integralidade do saber e, este sim bem próprio de Cícero, o ideal do *ius civile in artem redigere*, a exposição sistemática do direito que o famoso orador desejava em seu tempo e que não era realizada pelos juristas.

F. HORAK, que emprega o termo “ética da jurisprudência” em sentido mais amplo, para designar também as concepções e doutrinas que o jurista segue enquanto tal e que condicionam o conteúdo de seus *responsa*, não contesta a existência de uma ética coletiva e própria dos juristas romanos, mas adverte para o risco de se fazer tais generalizações.

Em primeiro lugar porque elas se baseiam em casos isolados e se baseiam em constatações impressionísticas, frente às quais é legítimo adotar uma postura de desconfiança e precaução. Além disso, há o risco de tornar novamente os juristas romanos em *personalidades fungíveis*, contra a tendência historiográfica mais recente de encará-los em sua individualidade, que surgiu justamente para resgatá-los da fungibilidade em que os lançara F. SCHULZ.⁴⁰⁷

Se esse risco é grande no caso da tentativa de síntese efetuada por F. HORAK, pois que a adesão do jurista a alguma corrente filosófica ou política em especial ou as

⁴⁰⁶ *Etica della giurisprudenza*, in D. MANTOVANI (org.), *Per la Storia del Pensiero Giuridico Romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario di S. Marino, 7-9 Gennaio 1993*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 167.

⁴⁰⁷ *Etica cit.*, pp. 183 e 164.

circunstâncias do caso (pessoas envolvidas, interesses determinados) podem fazer com que tome uma posição diversa da regra, o mesmo não parece ocorrer com a proposta de síntese que aqui se tenta realizar, tendo em vista que os fatores mencionados não influem na forma da prestação das consultas ou nos princípios que a regem. Independentemente da ética pessoal do jurista, podem ser tidas como gerais as características ou princípios regentes de sua atuação prática, dos quais se passa a tratar.

3.4.1. Publicidade e gratuidade

Ambas as características já receberam seu devido tratamento no corpo do trabalho, mas são mencionados novamente para que se possa perceber sua colocação também como princípios que compõem o ideal de jurista e que fazem parte de sua ética profissional.

Da publicidade se tratou no item 3.3.2., referente ao local de atuação dos juristas, enquanto a gratuidade foi analisada no item 3.2., em que se mostrou como, apesar não serem remunerados pelas consultas, os juristas esperavam obter a partir delas benefícios de outra ordem.

3.4.2. Inércia

Assim como a gratuidade, este é mais um princípio oriundo do caráter aristocrático da profissão de jurista, que se mantém mesmo quando não é mais a classe nobre-senatorial que a domina. De acordo com F. SCHULZ, se para o aristocrata é desonroso receber por seus serviços, é honroso permanecer inerte, aguardando que venham consultá-lo,⁴⁰⁸ e não sair oferecendo ostensivamente seus conselhos como se fossem uma mercadoria.

O autor enxerga um indício dessa característica da jurisprudência num texto em que Cícero elogia a Sexto Élio, merecedor do título de *egregie cordatus homo e catus, non quod ea quaerebat quae numquam inveniret, sed quod ea respondebat quae eos qui quaesissent et cura et negotio solverent*.⁴⁰⁹ O texto, contudo, não parece dar sustentação à

⁴⁰⁸ Cf. F. SCHULZ, *Storia* cit., pp. 48-49.

⁴⁰⁹ Cic. rep. 1,18,30.

afirmação de F. SCHULZ, pois não diz respeito a sair oferecendo consultas, mas sim ao contraste entre cogitações abstratas e resolução de casos práticos, como se verá no item 3.4.4.

Assim sendo, ainda que a inércia possa ter sido uma característica dos juristas, que apenas se punham à disposição, de forma honrosa, e não saíam comercializando seu saber, isso não encontra comprovação nas fontes.

3.4.3. Disponibilidade

Embora não fosse o costume dos juristas sair oferecendo suas consultas como mercadorias, o que seria desonroso, eles deveriam se colocar à disposição dos cidadãos e responder às suas consultas. O *respondere* era por eles encarado como um dever cívico, ao qual não poderiam se furtar.⁴¹⁰

Mânio Manílio, ao deambular pelo fórum, mostrava aos cidadãos que estava pronto a responder às consultas que o fizessem,⁴¹¹ e Públio Cornélio Cipião Násica Córculo recebeu do povo uma casa justamente para “efetivar” esse princípio, facilitando o acesso dos cidadãos ao jurista.⁴¹²

Lívio Druso é retratado por Cícero como exemplo de homem que pôs seu compromisso cívico acima de suas desgraças pessoais (cegueira), assim como fizera Ápio Cláudio, que mesmo depois de cego não deixou de participar da vida pública. Nas Tusculanas, ao tratar de Epicuro e de como o sábio é feliz em qualquer circunstância, afirma que a cegueira deve ser lamentada, pois impede o prazer da vista, mas nem tanto, pois a alma goza de outros prazeres, como o que deve ter sentido Druso, que exerceu seu dever de jurista e cuja *casa* estava repleta de consulentes.⁴¹³

⁴¹⁰ C. A. SAENZ, *Cicerón cit.*, p. 103-104.

⁴¹¹ Cic. de orat. 3,33,133: *quod erat insigne eum, qui id faceret, facere civibus suis omnibus consili sui copiam.*

⁴¹² Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,37.

⁴¹³ Cic. Tusc. 5,38,112: *Appium quidem veterem illum, qui caecus annos multos fuit, et ex magistratibus et ex rebus gestis intellegimus in illo suo casu nec privato nec publico muneri defuisse. C. Drusi domum compleri a consultoribus solitam accepimus; cum, quorum res esset, sua ipsi non videbant, caecum adhibebant ducem.*

Essa disponibilidade para ser consultado é uma das razões para o elogio que Cícero faz a Aquílio Galo na defesa de Aulo Cecina, quando quer exaltar a autoridade do jurista cuja opinião ele invoca em favor de seu cliente. Em todo caso, apesar da parcialidade das afirmações, não há razões para descrer que Galo, como afirma Cícero, tenha posto à disposição do povo Romano, por tantos anos, sua inteligência, seu trabalho e sua lealdade.⁴¹⁴

Seguir à risca esse princípio, a crer mais uma vez na informação de Cícero em relação a Sérvio Sulpício Rufo, implicava até mesmo a impossibilidade de negar um *responsum* ao adversário de um amigo⁴¹⁵ e uma vida laboriosa de atenção aos clientes, que se inicia com o raiar da manhã e vai até alta noite,⁴¹⁶ descrita ao comparar a atuação de Sérvio com a de Lúcio Murena:

<i>Servius hic nobiscum hanc urba nam militiam respondendi, scribendi, cavendi plenam sollicitudinis ac stomachi secutus est; ius civile didicit, multum vigilavit, laboravit, praesto multis fuit, multorum stultitiam perpressus est, adrogantiam pertulit, difficultatem exsorbuit; vixit ad aliorum arbitrium, non ad suum. Magna laus et grata hominibus unum hominem elaborare in ea scientia quae sit multis</i>	Sérvio permaneceu na cidade e prosseguiu nessa espécie de serviço militar urbano que, repleto de inquietação e irritação, consiste em responder às consultas, redigir documentos e prevenir os clientes; estudou o direito civil, permaneceu acordado muitas noites e muito trabalhou, esteve à disposição de muitos, suportou a insensatez de outros tantos, aguentou sua arrogância e sorveu seu mau-humor; viveu
---	---

⁴¹⁴ Cic. Caec. 27,78: *tot annos ingenium, laborem, fidem suam populo Romano promptam eitamque prae buerit.*

⁴¹⁵ Ao menos segundo Sérvio Sulpício Rufo, cuja opinião é referida por Cícero ao justificar sua atuação em prol de Murena, que era acusado por Sérvio, a quem Cícero ajudara na campanha para o consulado. Em Cic. Mur. 4,9, o advogado questiona o jurista: se não negas um *responsum* aos adversários de teus amigos, por que eu deveria negar a defesa processual a um amigo como Murena, ainda que o acusadore seja alguém a quem já ajudei por laços de amizade? *Atque huiusce rei coniecturam de tuo ipsius studio, Servi, facillime ceperis. Nam si tibi necesse putas etiam adversariis amicorum tuorum de iure consulentibus respondere, et si turpe existimas te advocato illum ipsum quem contra veneris causa cadere, noli tam esse iniustus ut, cum tui fontes vel inimicis tuis pateant, nostros etiam amicis putes clausos esse oportere.* “E em razão de tua própria ocupação, Sérvio, poderás facilmente formar uma opinião a respeito disso. Pois, se consideras obrigatório responder até mesmo às consultas jurídicas dos adversários de teus amigos, e julgas torpe, quando fostes chamado a ajudar, que mesmo aquele contra quem te voltas perca a causa, não queiras ser tão injusto ao ponto de considerar que, enquanto tu pões à disposição dos inimigos o teu saber, nós devemos fazê-lo apenas em relação aos amigos.” Tradução livre do autor.

⁴¹⁶ Cic. Mur. 9,22: *Vigilas tu de nocte ut tuis consultoribus respondeas, ille ut eo quo intendit mature cum exercitu perveniat; te gallorum, illum bucinarum cantus exsuscitat.* “Permaneces acordado à noite para responderes aos que te consultam, ele para chegar a tempo com seu exército ao lugar a que se dirige; a ti desperta o conto dos galos, a ele o das trombetas.” Tradução livre do autor.

*profutura.*⁴¹⁷

segundo a vontade dos outros e não a sua. Coisa louvável e digna da gratidão dos homens, um único homem trabalhar com tal dedicação nessa ciência que há de ser útil a muitos.

A existência do princípio segundo o qual o jurista deveria se colocar à disposição para responder às consultas dos cidadãos pode ser comprovada pelos exemplos em que ele não era cumprido. Um deles é relativo a Lúcio Valério, amigo de Cícero que, habitando na Cilícia, é criticado por não responder às consultas ou respondê-las mal, como se vê numa carta que recebe do arpinate em 52 a.C.

*M. CICERO S. D. L. VALERIO
IURISCONSULTO*

Cur enim tibi hoc non gratificer, nescio, praesertim cum his temporibus audacia pro sapientia liceat uti. Lentulo nostro egi per litteras tuo nomine gratias diligenter; sed tu velim desinas iam nostris litteris uti et nos aliquando revisas et ibi malis esse, ubi aliquo numero sis, quam istic, ubi solus sapere videare; quamquam, qui istinc veniunt, partim te superbum esse dicunt, quod nihil respondeas, partim contumeliosum, quod male respondeas; sed iam cupio tecum coram iocari, quare fac, ut quam primum venias neque in Apuliam tuam accedas, ut possimus salvum venisse gaudere; nam, illo si veneris, tamquam Ulixes cognosces tuorum neminem.

Marco Cícero, a Lúcio Valério, jurisconsulto.

Não sei por que eu não lhe favoreceria com tal qualificação, neste tempo atual em que se pode chamar o atrevimento de sabedoria. De forma diligente, agradeci ao nosso Lêntulo por escrito em teu nome; mas gostaria que deixasses de se valer de nssas cartas e viesses nos visitar algum dia, e preferir estar aqui, onde vales alguma coisa, a estar aí, onde pareces ser o único a saber alguma coisa. Ainda que alguns que vêm daí digam que tu és soberbo, por não responderes nada, e outros que és insolente, porque respondes mal; mas desejo gracejar face a face contigo. Por isso, venha o quanto antes e não visites a tua Apúlia, para que possamos nos alegrar com tua chegada a salvo; pois se fores até lá, assim como

⁴¹⁷ Cic. Mur. 9,19.

Ulisses não reconhecerás nenhum dos
teus.⁴¹⁸

O texto parece indicar que as críticas feitas a Valério não compartilhadas por Cícero, que lhe recomenda voltar a Roma, onde encontrará reconhecimento, o que não deve, contudo, levar necessariamente a reputá-las completamente falsas, tendo em vista alguns fatores, internos e externos à carta citada.

As palavras com que Cícero a inicia contêm, ao que parece, uma ironia quanto à qualificação de Valério como jurista, o que é reforçado pelo conteúdo de outra carta, em que Cícero recomenda o “jurisconsulto” Valério a Ápio Cláudio Pulcro, ainda que ele não seja jurisconsulto, e o faz por cuidar melhor dos interesses de Valério (*cavere*) do que este faz em favor de outros, o que pode indicar que Cícero não o considera um jurista de primeira linha.⁴¹⁹

De qualquer forma, ainda que a crítica feita a Valério não seja procedente, ela bem a ideia, segundo a qual a disponibilidade do jurista era um comportamento socialmente esperado, ideia que aparece em outra carta ciceroniana, agora dirigida a Trebácio, que recebia dos habitantes de Samarobrive (onde se encontrava o acampamento de Júlio César, a quem Trebácio acompanhava) o mesmo tipo de crítica que Valério:

*Qui istinc veniunt, superbiam tuam
accusant, quod negent te percontantibus
respondere.*

Os que vêm daí acusam a tua soberba,
pois te negas a responder aos que te
consultam.⁴²⁰

Desta vez Cícero não contraria a reclamação, que ele mesmo já fizera de forma indireta quando escrevera a Trebácio questionando sua suposta adesão ao epicurismo. Nessa ocasião, ele questiona o jurista a respeito do que seria do *ius civile* se Trebácio pensasse apenas em seus próprios interesses e não nos dos *cives*.⁴²¹ De tal afirmação pode-se inferir que Cícero condiz a ideia de que o jurista *deve* responder às consultas do cidadão.

⁴¹⁸ Cic. fam. 1,10.

⁴¹⁹ Cic. fam. 3,1,3: *L. Valerium iureconsultum valde tibi commendo, sed ita etiam, si non est iure consultus, melius enim ei cavere volo, quam ipse aliis solet.* “Muito te recomendo Lúcio Valério, jurisconsulto, ainda que não seja jurisconsulto, pois quero cuidar de seus interesses melhor do que ele costuma fazer com os outros.”

⁴²⁰ Cic. fam. 7,16.

⁴²¹ Cic. fam. 7,12: *Sed quoniam modo ius civile defendes, cum omnia tua causa facias, non civium.*

3.4.4. Praticidade

A certa altura do *De re publica*, Lélío, um dos participantes do diálogo, afirma que Sexto Élio foi amigo de sua família e um romano digno de ser imitado, considerado *egregie cordatus* e *catus* não porque indagasse sobre o que nunca poderia alcançar (altas considerações metafísicas), mas porque respondia aos que o consultavam de modo a resolver os problemas apresentados (*sed quod ea respondebat quae eos qui quaesissent et cura et negotio solverent*), ao invés de cultivar um saber abstrato que se interesse tanto pelos astros e descuide daquilo que ocorre na terra.⁴²²

A valorização dada pelos romanos à capacidade do jurista dar um bom conselho e ajudar os que lhe consultam vem expressa também no elogio que Cícero faz a Aquílio Galo ao defender Aulo Cecina, quando afirma que Galo, além de se colocar à disposição para ser consultado, teve sua prudência reconhecida ao precaver e não em enganar (*in cavendo, non in decipiendo*).⁴²³

A expressão parece indicar que Aquílio Galo era reconhecido como bom jurista porque cuidava do interesse de seus clientes, acautelava aqueles que o consultavam, ao invés de enganá-los ou deixá-los cair nas armadilhas que a condução dos negócios jurídicos podia trazer. A presença da *prudentia* na passagem de Cícero é reveladora. Trata-se do tradicional exercício do *cavere*, em que o jurista tentava prever os efeitos de um negócio jurídico ou de uma fórmula e, com isso, construí-los de melhor maneira possível, tomando precauções para que seus clientes não fossem lesados.⁴²⁴

⁴²² Cic. rep. 1,18,30: *in ipsius paterno genere fuit noster ille amicus, dignus huic ad imitandum, 'Egregie cordatus homo, catus Aelius Sextus' qui 'egregie cordatus' et 'catus' fuit et ab Ennio dictus est, non quod ea quaerebat quae numquam inveniret, sed quod ea respondebat quae eos qui quaesissent et cura et negotio solverent, cuique contra Galli studia disputanti in ore semper erat ille de Iphigenia Achilles: 'Astrologorum signa in caelo—quid sit observationis./Cum capra aut nepa aut exoritur nomen aliquod beluarum—/Quod est ante pedes nemo spectat, caeli scrutantur plagas.'*

⁴²³ Cic. Caec. 27,78: *Quapropter hoc dicam, numquam eius auctoritatem nimium valere cuius prudentiam populus Romanus in cavendo, non in decipiendo perspexerit.* “Por essa razão direi que nunca se poderá superestimar a autoridade de um homem cuja prudência foi reconhecida não por enganar, mas acautelar.”

⁴²⁴ O contraponto entre cuidar dos interesses dos clientes e enganá-los encontra-se, por exemplo, nas traduções: francesa, de J. F. B. DE VILLEFORE, *Les oraisons de Cicerón, Tome Troisième*, Paris, 1732, p. 227 (*l'autorité d'un homme dont le peuple romain a parfaitement remarqué la prudence dans ses précautions, qui ne l'ont jamais trompé*); inglesa, de C. D. YOUNGE, *The Orations of Marcus Tullius Cicero*, London, Henry G. Bohn, 1856, disponível em <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0019%3Atext%3DCaec.%3Asection%3D78> (*taking precautions, not in deceiving men*); italiana, de C. LANZA, *Le orazioni di M. T. Cicerone, vol. III*, Napoli, G. F. Paravicini, 1869, p. 92 (*la cui prudenza il popolo romano ha conosciuto in essere provveduto e non inganato*).

Outra possível interpretação é que o engano referido por Cícero não seja para dano dos clientes, mas sim a construção de fórmulas ardilosas para favorecer o cliente em detrimento de outro cidadão.⁴²⁵ Se for esse o significado de *non in decipiendo*, pode-se estar diante de uma crítica a “juristas” que aconselhavam a celebração de negócios simulados ou fraudulentos, feitos para fugir do regramento jurídico existente, o que não se aplicava a Aquílio Galo. Mas nesse caso não se trataria do desrespeito ao ideal de praticidade, e sim de *honestidade* do jurista, princípio ético de caráter geral, que não se limita ao exercício da consultoria jurídica, mas era esperado de qualquer cidadão pautado pela *fides*, valor inestimável aos romanos.

O próprio Aquílio Galo foi juiz numa causa em que o cumprimento de um negócio simulado era exigido com nítida má-fé. E o mais curioso é que o caso envolvia justamente um jurista, Caio Visélio Varrão, que estando doente e crendo-se próximo da morte, consentiu em reconhecer-se devedor de três mil sestércios a Otacília, sua amante, para que ela pudesse exigir tal soma de seus herdeiros, disfarçando de dívida o que era na verdade um legado. Visélio Varrão não morreu, mas Otacília assim mesmo foi a juízo exigir o pagamento da quantia; designou-se Galo como juiz e este, após consultar seu consilium e sua consciência, rejeitou o pleito, muito provavelmente em virtude de uma *exceptio doli* aposta na fórmula da *actio certae creditae pecuniae*.⁴²⁶

No texto em que Valério Máximo relata o caso, pode-se perceber que, apesar de ter julgado em favor de Visélio Varrão, Galo reprovava seu comportamento, pois ali se diz que, se a fórmula permitisse, ele teria ao mesmo tempo condenado e absolvido o jurista, tendo em vista sua conduta torpe (*turpem et inconcessum errorem*), embora não se possa ter certeza se o que Galo reprovava era o mau uso do saber jurídico para a construção desse tipo de negócio jurídico ou a relação adúltera, já que afirma deixar para uma *publica*

⁴²⁵ Essa é a interpretação adotada na tradução francesa feita por M. NISARD, 1840, disponível em http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/cicero_pro_cecina/lecture/6.htm, (*l'autorité d'un homme, dont le peuple romain a connu les lumières par les sages formules qu'il indiquait aux plaideurs et non par de vaines subtilités*).

⁴²⁶ Cf. a análise de D. LIEBS, *Vor den Richter Roms, Berühmte Prozesse der Antike*, München, C.H. Beck, 2007, pp. 68-74. Interessante notar que, segundo A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 382, os negócios simulados eram tidos como ineficazes não em virtude da própria simulação, mas de algum outro fator, como a falta de algum requisito essencial, (p. ex., o justo preço na compra e venda) ou a violação a algum princípio inderrogável (p. ex. a proibição de doação entre cônjuges). No caso de Visélio Varrão é o que parece ter acontecido, já que Otacília não perde a causa por se tratar de negócio simulado, e sim por ter agido com dolo.

quaestio a punição do adultério, limitando-se no caso a reprimir o ajuizamento da ação com má-fé (*calumnia*) por parte de Otacília.⁴²⁷

Em outros textos que não o elogio de Aquílio Galo Cícero adota uma postura crítica em relação aos juristas e os meios sutis que encontram para desviar dos efeitos jurídicos de uma conduta. É o caso das formas introduzidas pelos Cévolas para que os legatários pudessem escapar da obrigação de continuar os *sacra*, já mencionados acima (onde). Na *Pro Murena* ele desdenha da jurisprudência taxando-a como uma ciência responsável por desvirtuar o que fora estabelecido pelos antepassados.⁴²⁸

Mas essas críticas, para além de sua nítida função retórica na oração citada, podem ser fruto de uma visão equivocada. É um orador que vê a jurisprudência de fora e talvez não compreenda sua racionalidade própria⁴²⁹ e nem mesmo a tensão entre tradição e inovação, em virtude da qual os juristas, para adaptar o direito às novas necessidades, não podem fugir descaradamente do direito já existente, mas precisam aproveitar as formas antigas e empregar ficções e outros artifícios, sem que estejam necessariamente destruindo o antigo.

Assim sendo, a artificialidade dos juristas na formulação de novos negócios jurídicos e na reinterpretação ou extensão dos antigos não constitui uma violação à

⁴²⁷ Val. Max. 8,2,2: *C. Visellius Varro graui morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab hereditibus eam summam peteret, quam legati genus esse uoluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. euasit deinde ex illa tempestate aduersus uota Otaciliae. quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito dstrictam feneratricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inuerecunda, ita inani stipulatione captauerat. de qua re C. Aquilius uir magnae auctoritatis et scientia iuris ciuilis excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus ciuitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. quod si eadem formula Varro et damnari et ab aduersaria absolui potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc priuatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni uindicandum reliquit.*

⁴²⁸ Cic. Mur. 12,27: *Nam, cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnis propter infirmitatem consili maiores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt; horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt. In omni denique iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt, ut, quia in alicuius libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnis mulieres quae coemptionem facerent 'Gaias' vocari.* “Pois, embora muitas coisas tenha sido brilhantemente constituídas pelas leis, a maioria delas foi corrompida e depravada pelas invenções dos juristas. Quiseram os antepassados que todas as mulheres, por sua fraqueza de juízo, estivessem sob o poder dos tutores; mas os juristas criaram um gênero de tutores que se colocam sob o poder das mulheres. Aqueles não quiseram que os cultos familiares se extinguissem; mas os juristas, a fim de extingui-los, por seu engenho fizeram com que velhos realizassem casamentos simulados. Em tudo, por fim, preferiram o direito civil à equidade, se apegaram às palavras de tal forma que, por encontrarem em algum livro este nome na forma de exemplo, consideraram que todas as mulheres casadas por meio de uma venda fictícia fossem chamadas de Gaia.”

⁴²⁹ Assim como não compreende como o direito pode se desenvolver de forma aluvional e não segundo o sistema que ele tão ardentemente desejava implantar com o *ius civile in artem redigere*.

honestidade requerida do *bônus vir* romano. Era o meio que tinham em suas mãos para desenvolver o direito sem perder a ligação com o passado, mantendo sua integridade e coerência.

Novamente em relação ao princípio da praticidade, uma qualidade adicional atribuída por Cícero a Aquílio Galo na continuação de seu elogio é o fato desse jurista nunca ter separado o *ius civile* da *aequitas* em sua atuação,⁴³⁰ qualidade esta que não pode, no entanto, ser elevada a um princípio ético necessário e aplicável a todos os juristas romanos, tendo em vista se tratar de um aspecto mais recente do pensamento jurídico romano e também diante de notícias como aquela relativa a Públio Licínio Crasso, que respondeu ao *rusticanus* com base no direito estrito, não mudando seu parecer nem mesmo por concordar que a solução proposta por Galba, versado na retórica, era mais conforme à equidade.⁴³¹

Outra qualidade de Galo que não deve ser elevada a requisito essencial da atuação do jurista é a rapidez com que respondia às demandas dos clientes, em contraposição à lentidão com que Lucílio Balbo o fazia. Quando Cícero menciona esse aspecto, não o faz exatamente para criticar Balbo, já que poderia indicar uma sabedoria no exercício do *respondere*, ou mesmo uma análise minuciosa da questão que lhe era posta.⁴³²

O ideal, por sua vez, teria sido atingido por Sêrvio Sulpício Rufo, que soube aliar as qualidades de ambos os seus mestres, Galo e Balbo:

<i>Cumque discendi causa duobus peritissumis operam dedisset, L. Lucilio Balbo C. Aquilio Gallo, Galli hominis acuti et exercitati promptam et paratam in agendo et in respondendo celeritatem subtilitate diligentiaque superavit; Balbi docti et eruditi hominis in utraque re consideratam tarditatem vicit expediendis conficiendisque rebus. Sic et habet quod</i>	Para seu aprendizado, seguiu a dois homens muito peritos, Lúcio Lucílio Balbo e Caio Aquílio Galo. Superou, pela diligência e sutileza, a rapidez pronta e bem preparada que Galo, homem de inteligência penetrante, tinha ao agir e responder; venceu, ao desembaralhar e rearranjar as questões, a lentidão de Balbo, homem douto e erudito que as
---	--

⁴³⁰ Cic. Caec. 27,78: *qui iuris civilis rationem numquam ab aequitate seiunxerit*. “que nunca separou da equidade o raciocínio do direito civil.”

⁴³¹ Cic. De orat. 1,56,239.

⁴³² Cf. A. C. SAENZ, *Cicerón cit.*, p. 275.

uterque eorum habuit, et explevit quod utrique defuit. | considerava atentamente.⁴³³

3.4.5. Imparcialidade

Segundo C. A. CANNATA,⁴³⁴ o exercício da jurisprudência exige, por sua própria natureza, a imparcialidade, ao contrário da retórica, cujo imperativo categórico é a vitória em juízo ou pelo menos a garantia da máxima utilidade ou mínimo dano ao cliente.⁴³⁵

Embora a finalidade da retórica não seja necessariamente o engano, ela tem em mira a persuasão, atingida por vários meios. Em primeiro lugar, com a habilidade argumentativa; depois o virtuosismo estilístico e a perícia cênica, a amplificação ou diminuição de um objeto, a comoção e diversão da plateia. Havia diferentes orientações na retórica romana, umas mais sérias e outras concisas, principalmente quando o orador era um jurista como Publio Rutílio Rufo e Quinto Múcio Cévola, mas a convicção de que o orador devia saber adaptar-se a seu auditório era partilhada por todos.

Além disso, ele não levava suas convicções pessoais a juízo, a não ser que coincidissem com o interesse do cliente, e podia afirmar coisas diferentes e até contraditórias em cada causa.⁴³⁶

A função do jurista, por seu turno, não é ser capaz de *disputare in utramque partem*, e por essa razão sua ética profissional é outra, a da imparcialidade, que se expressa de várias maneiras.

Em primeiro lugar, na resposta dada à consulta, não contam, ou não deveriam contar, as relações pessoais que o jurista tem com quem o procura. Ao dar um *responsum*, ele não distingue nem mesmo entre amigos e inimigos, o que representa outra forma de

⁴³³ Cic. Brut. 42,154.

⁴³⁴ *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano*, in J. Paricio (org.), *Poder político* cit., p. 72.

⁴³⁵ Cf. M. BREONE, *Giurisprudenza* cit., p. 63. F. SCHULZ, *Principios* cit., p. 153, nt. 114, afirma que “*el retorico, en efecto, no tende a la verdad ni a la equidade, sino a la victoria de su cliente, aunque la causa sea mala ... y puede incluso mentir, con tal que tenga éxito.*”

⁴³⁶ M. BREONE, *Giurisprudenza* cit., p. 64.

interpretar a passagem da *Pro Murena* já citada para evidenciar o princípio da disponibilidade.⁴³⁷

O jurista busca, em seus pareceres, formular máximas de decisão que possam ser universalizadas e se tornar estáveis, servindo como guia para casos futuros, o que significa atentar para além do interesse imediato do presente. O *responsum* tem a pretensão de ser a resposta correta, a “verdade” do direito, como quer que seja entendida, ou no mínimo a resposta mais plausível,⁴³⁸ pouco importando se a solução agrada a quem consulta o jurista.

Isso se expressa nitidamente num episódio narrado do *De oratore*, em que Públio Licínio Crasso Muciano responde de forma que não agrada o camponês que o consulta e mantém firme seu parecer mesmo quando confrontado por razões de equidade:

Equidem hoc saepe audiui: cum aedilitatem P. Crassus peteret eumque maior natu et iam consularis Ser. Galba adsectaretur, quod Crassi filiam Gaio filio suo despondisset, accessisse ad Crassum consulendi causa quendam rusticanum, qui cum Crassum seduxisset atque ad eum rettulisset responsumque ab eo verum magis quam ad suam rem accommodatum abstulisset, ut eum tristem Galba vidit, nomine appellavit quaesivitque, qua de re ad Crassum rettulisset; ex quo ut audivit commotumque ut vidit hominem, 240. "suspenso" inquit "animo et occupato Crassum tibi respondisse video," deinde ipsum Crassum manu prehendit et "heus tu," inquit "quid tibi in mentem venit ita respondere?" Tum ille fidenter homo

De minha parte, muitas vezes ouvi a seguinte história: quando P. Crasso era candidato à edilidade, estando acompanhado de um homem mais velho e já consular, Ser. Galba, porque acertara o casamento da filha de Crasso com seu filho, um camponês se aproximou de Crasso para fazer uma consulta. Depois que chamou Crasso de parte, consultou-o e dele obteve uma resposta mais conforme à verdade do que a seu caso; quando Galba notou que estava triste, chamou-o pelo nome e perguntou sobre que questão consultara Crasso. Quando o ouviu e notou que o homem estava abalado, disse-lhe: “Percebo que Crasso te respondeu com o ânimo indeciso e ocupado”. 240. Em seguida toma o próprio Crasso pela mão, dizendo: “O que te ocorreu para

⁴³⁷ Cic. Mur. 4,9.

⁴³⁸ M. BRETONI, *Giurisprudenza cit.*, p. 65.

peritissimus confirmare ita se rem habere, ut respondisset, nec dubium esse posse; Galba autem adludens varie et copiose multas similitudines adferre multaque pro aequitate contra ius dicere; atque illum, cum disserendo par esse non posset - quamquam fuit Crassus in numero disertorum, sed par Galbae nullo modo - ad auctores confugisse et id, quod ipse diceret, et in P. Muci fratris sui libris et in Sex. Aeli commentariis scriptum protulisse ac tamen concessisse Galbae disputationem sibi probabilem et prope veram videri.

responderes dessa maneira? Então aquele homem de extrema experiência, confiantemente, confirmou que o caso era tal como respondera, e que não podia haver dúvida. Galba, então, gracejando, citou vários casos análogos de maneira variegada e rica, fazendo uma grande defesa da equidade contra o direito. Crasso, não podendo se equiparar a ele na sustentação de uma argumentação – embora contasse entre os homens expressivos, na estava de modo alguma no mesmo patamar de Galba –, refugiou-se em suas autoridades e apontou que o que ele mesmo dissera estava escrito nos livros de seu irmão, Públio Múcio, e nos comentários de Sexto Élio, embora concedesse a Galba que sua discussão lhe parecia provável e quase verdadeira.⁴³⁹

O caso é representativo da imparcialidade do jurista pelo fato de Crasso estar em busca de apoio e votos para sua campanha pelo cargo de edil curul, tanto que se fazia acompanhar por Sérvio Galba, que o ajudava com seu prestígio de ex-consul. E a prestação da consultoria jurídica, como já se viu, era um dos meios eficazes de conseguir a benevolência do eleitor, como revela a tergiversação empreendida por Galba na tentativa de reverter as consequências danosas do *responsum* para candidatura de Crasso. Mas o jurista não cede em seu posicionamento, mesmo diante da possibilidade de perder um voto.

O episódio quer ou deixa entrever uma ética jurídica incorruptível,⁴⁴⁰ da qual Crasso não estava disposto a abrir mão apenas para agradar ao cliente. Pode-se até mesmo dizer, não sem o risco de atribuir-lhe certa ingenuidade, que o jurista considerava cumprido

⁴³⁹ Cic. de orat. 1,56,239-240.

⁴⁴⁰ Cf. F. HORAK, *Ética* cit., p. 171.

seu *officium* de simplesmente ao dar a resposta, pouco importando a satisfação do cliente.⁴⁴¹

Essa imparcialidade tão desinteressada, no entanto, parece entrar em conflito, com a necessidade de realizar a utilidade do cliente, de que se tratou no item anterior.

No *cavere* e no *agere*, utilidade e imparcialidade talvez pudessem ser mais facilmente conciliadas, já que ali o objetivo era simplesmente construir a fórmula mais adequada para o negócio jurídico a ser realizado ou para plasmar os termos de uma controvérsia, o que não exige do jurista qualquer transigência com seus valores éticos e opiniões em matéria de direito.

Já *respondere* em sentido estrito, quando tivesse de solucionar uma questão controversa, é bem provável que o cliente ou o advogado esperasse uma resposta favorável por parte do jurista, que lhes permitiria argumentar em juízo. É de se perguntar se ele se veria constrangido a dar um parecer diferente apenas por causa disso, principalmente quando o cliente fosse algum amigo próximo ou um cidadão eminente, e não um *rusticanus* como no episódio de Crasso.

F. HORAK, após afirmar que Crasso não tinha nenhuma razão especial para levar o interesse do camponês em sua resposta, a não ser a possibilidade de conseguir seu voto,⁴⁴² expressa suas sérias dúvidas a respeito da possibilidade de extrair desse caso a conclusão de que os juristas jamais considerassem em seus *responsa* a qualidade ou o interesse de quem os solicitava.⁴⁴³

O autor recorda ainda a existência de várias incoerências nos *responsa* atribuídos a Sêrvio Sulpício Rufo, que podem ser explicadas por se tratar de pareceres proferidos em momentos diferentes da vida do jurista, cuja opinião pode ter mudado, mas também em função da necessidade de satisfazer o interesse de clientes diferentes.⁴⁴⁴

Assim, F. HORAK afirma que, embora o *ethos* dos juristas seja descrito frequentemente de forma luminosa, em contraste com a retórica, não se deve cair em

⁴⁴¹ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 635.

⁴⁴² Voto este que talvez nem mesmo fosse tão relevante, a depender da centúria ou tribo de que o camponês fizesse parte.

⁴⁴³ *Etica* cit., p. 171. Pode ser que se trate de uma característica específica de Crasso ou de alguns poucos juristas, que pouco se importavam com a satisfação do cliente, tendo em vista, ainda, que este poderia procurar outro jurista cujo parecer lhe agradasse, ainda que dotado de menor autoridade.

⁴⁴⁴ *Etica* cit., p. 180.

idealizações sobre os juristas romanos, que eram, como todos os homens, falíveis e sujeitos à tentação de levar em consideração interesses pessoais, seus ou de outrem, ao opinarem sobre um caso. Até que ponto cederam ou resistiram, não é possível afirmar com certeza, diante da escassez de fontes com relação ao agir concreto dos juristas e suas motivações, em comparação às que se tem quanto à atuação dos oradores, cujo *ethos* é bem identificável.⁴⁴⁵

Um caso em que o interesse pessoal pode ter pesado na opinião defendida por um jurista é aquele envolvendo o dote de Licínia, mulher de Caio Graco e neta de Públio Múcio Cévola, referido em uma passagem de Javoleno:

In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. Ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere.

Disse Sêrvio que, com relação aos bens não pecuniários que o marido tem como dote, deve ele responder pelo dolo e pela culpa. É esse o parecer de Públio Múcio, pois estatuiu, no caso de Licínia, esposa de Graco, que os bens dotais perdidos durante a sedição em que Graco fora morto deveriam ser restituídos a Licínia, uma vez que a sedição se deu por culpa daquele.⁴⁴⁶

No direito pré-clássico, quando o casamento terminasse, o marido não estava obrigado a restituir o dote à mulher, a não ser que se tratasse de um dote receptício. Mais tarde, com o aumento do número de divórcios, surge o problema das mulheres que não recebem de volta o seu dote com o fim do casamento e, por isso, ficam sem meios de subsistência ou impedidas de utilizar esses bens para a constituição de novo dote na hipótese de casarem-se novamente. Para sanar esse inconveniente, passa-se a exigir do marido, quando da constituição do dote, a promessa de restituir os bens quando do fim do casamento (*cautio* ou *stipulatio rei uxoriae*).⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ *Ética* cit., p. 183. Na p. 180, ele afirma que “*ritenere un giurista capace di questo in utramque partem dicere apparirà sicuramente alla maggior parte dei romanisti quase come un sacrilegio, perche essi (...) hanno la tendenza a considerare i giuristi romani come una specie di superuomini in fatto di moralità.*”

⁴⁴⁶ *Jav. 6 ex post. Lab. D. 24,3,66.*

⁴⁴⁷ Cf. A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 587, e J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. II cit., p. 307.

Esse regime originário mais rígido é modificado pelo pretor, que passa a conceder uma *actio rei uxoriae*, destinada a pleitear a restituição do dote na ausência de *stipulatio* a respeito e construída de forma análoga aos *iudicia bonae fidei*, pois que o dever de restituir se limitava a *quod melius aequius erit*, a ser determinado pelo *iudex*.⁴⁴⁸

Ocorre que, na constância do casamento, os bens dotais poderiam se perder, caso em que o marido somente teria o dever de indenizar se o desaparecimento ou perecimento desses bens tivesse ocorrido por dolo seu. Do contrário, não estava obrigado à restituição ou indenização, a não ser que existisse anteriormente uma *dotis aestimatio* quando de sua constituição, com a qual estimava o valor do dote e se obrigava a restituí-lo.⁴⁴⁹

Esse é o regramento existente quando se dá o episódio mencionado na passagem do Digesto e no qual Públio Múcio inova ao opinar pela responsabilização do marido também em caso de culpa pela perda dos bens dotais, inovação recebida por Sêrvio Sulpício Rufo e, através de Labeão, por Javoleno.

O texto não deixa claro a condição em que Cévola se pronunciou sobre o caso. Para O. TELLEGEN-COUPERUS,⁴⁵⁰ tendo em vista a utilização do termo *sententia* para indicar a opinião do jurista e também a localização a passagem no Digesto, incluída no título relativo aos modos pelos quais o dote pode ser requerido uma vez dissolvido o matrimônio, Cévola atuou como juiz.

Após a morte de Caio Graco, Licínia deve ter pedido aos herdeiros que lhe restituíssem seu dote, constituído por dinheiro e outros bens específicos, que devem ter se perdido muito provavelmente quando a casa de Caio Graco foi demolida após sua morte. Segundo a autora, os herdeiros devem ter restituído apenas o dinheiro, mas não o equivalente aos outros bens, razão pela qual Licínia ajuíza contra eles uma *actio rei uxoriae*. As partes escolhem Públio Múcio como juiz e ele, nesta condição, com base na fórmula da ação que permite decidir por razões de equidade, determina a restituição em virtude da culpa de Caio Graco pela perda dos bens.

Apesar de ser bastante plausível que o caso represente uma ação em juízo, parece difícil crer que Cévola tenha atuado como juiz e que os réus tenham concordado em nomear como juiz o avô da autora, por mais que se tratasse de um homem eminente e

⁴⁴⁸ A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 588.

⁴⁴⁹ A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 589.

⁴⁵⁰ *Roman Law and Rethoric*, in *Revue belge de philologie et d'histoire* 4 fasc. 1 (2006), pp. 72-73.

idôneo. Talvez não valesse correr o risco de uma sentença parcial, a não ser que se tivesse plena confiança da honestidade de Públio Múcio e sua ética de jurista imparcial.

Além disso, o termo *sententia* pode indicar também um parecer jurisprudencial proferido no exercício tradicional do *respondere*. Não seria estranho se Licínia procurasse seu avô jurista em busca do aconselhamento para a ação que pretendia ajuizar, e este lhe fornecesse um *responsum* inovador em matéria de responsabilidade pela restituição do dote. Mas nesse caso se poderia questionar se ele pensava realmente daquela maneira ou se o parecer foi condicionado pela necessidade de ajudar sua neta.

R. A. BAUMAN, por sua vez, defende que a atuação não se deu, na verdade, nem como juiz nem como jurista. Partindo de um texto de Plutarco em que se refere o confisco dos bens de Caio Graco,⁴⁵¹ aí incluídas as *res dotales*, o autor afirma que Cévola advogou perante o Senado a restituição do dote a sua sobrinha. Mas apesar de ter sido acolhida pelos juristas posteriores, a opinião de Cévola não vingou junto aos senadores, pois que Plutarco afirma que Licínia ficou deprovida de seu dote.⁴⁵²

Se for verdadeira esta última interpretação, então não há nenhuma contrariedade à ética profissional do jurista e o princípio da imparcialidade, que se aplica apenas quando o jurista atua como tal, e não quando funciona como advogado, o que era comum no período republicano. Nesse caso, Públio Múcio não tinha nenhuma obrigação de ser coerente com outros pareceres ou de defender a regra existente.

O próprio Quinto Múcio, em sua oração na *causa curiana*, não se valeu de argumentos exclusivamente jurídicos, mas buscou fazer uma exposição acessível aos não iniciados. Até mesmo o jurista, quando atua como advogado, se vale mais da retórica que da jurisprudência, ou se vale de um argumento jurídico mais simples como “o que está escrito deve prevalecer na maioria das vezes”.⁴⁵³ O que demonstra que a ética

⁴⁵¹ Plut. C. Gracchus 17,5: τὰ δὲ σώματα καὶ τούτων καὶ τῶν ἄλλων εἰς τὸν ποταμὸν ἐρρίφη, τρισχιλίων ἀναιρεθέντων: καὶ τὰς οὐσίας αὐτῶν ἀπέδοντο πρὸς τὸ δημόσιον. ἀπεῖπαν δὲ πενθεῖν ταῖς γυναιξί, τὴν δὲ Γαίου Λικιννίαν καὶ τῆς προικὸς ἀπεστέρησαν. “Os corpos de Caio e Fúlvio e dos outros assassinados, que somavam três mil, foram jogados no Tibre; sua propriedade foi vendida e o valor pago ao tesouro public. Além disso, suas mulheres forma proibidas de lamentar, e Licínia, mulher de Caio, ficou também sem seu dote.” Baseado na tradução inglesa da Loeb Classical Library edition, de 1921, disponível em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Caius_Gracchus*.html.

⁴⁵² *Lawyers in Roman Republican Politics* cit., pp. 286-287. Também F. HORAK, *Ética* cit., pp. 168-170, entende que a atuação se deu junto ao Senado.

⁴⁵³ Cic. de orat. 1,57,244: *Ipsē ille Mucius paterni iuris defensor et quasi patrimoni propugnator sui, quid in illa causa, cum contra te diceret, attulit, quod de iure civili depromptum videretur? Quam legem recitavit? Quid patefecit dicendo, quod fuisset imperitis occultius? Nempe eius omnis oratio versata est in eo, ut*

jurisprudencial não é descumprida quando, atuando como advogado, o jurista deixa temporariamente de lado o raciocínio estritamente jurídico, valendo-se dos artifícios retóricos para convencer seu auditório.

De qualquer forma, embora o respeito à tradição fosse uma característica da jurisprudência romana, os juristas não eram escravos dela, podendo propor inovações como a de Públio Múcio, muito provavelmente originadas da necessidade de tutelar adequadamente os interesses dos clientes, sem que isso constituísse qualquer desrespeito à sua ética profissional. Basta pensar na utilização da *mancipatio* para a celebração de negócios jurídicos originalmente fora de seu escopo, ou as muitas ficções empregadas para fazer avançar o direito, principalmente na atividade do pretor, aconselhado por juristas.

A própria constituição do direito romano da época como um sistema aberto, de *ius controversum*, permitia a coexistência de pareceres divergentes, o que não reflete de modo algum a desonestidade dos juristas, mas a própria indeterminação semântica de qualquer linguagem, dentre ela a jurídica, que abre espaço para interpretações diversas e fornece aos interessados os argumentos para defender suas causas.⁴⁵⁴

scriptum plurimum valere oportere defenderet, at in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eius modi causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docentur. “No que diz respeito ao próprio Múcio, defensor do direito de seu pai e protetor de seu patrimônio, por assim dizer, o que referiu, naquela causa, ao discursar contra ti, que parecesse tirado do direito civil: Que lei ele leu? O que revelou pelo discurso que estivesse muito oculto aos ignorantes? Sem dúvida todo o seu discurso se ocupou da defesa de que o escrito deve ter muito mais peso. Mas todos os meninos se exercitam nesse gênero diante de seus professores, quando aprendem a defender, em causas desse tipo, ora o escrito, ora a equidade.”

⁴⁵⁴ Cic. de orat. 1,57,241-242: *Licet igitur impune oratori omnem hanc partem iuris non controversi ignorare, quae pars sine dubio multo maxima est.* 242. *In eo autem iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquebit.* “O orador, portanto, pode ignorar impunemente toda essa parte incontestada do direito, parte que, sem dúvida, é a maior. 242. Por outro lado, naquela parte do direito em que divergem os mais peritos, não é difícil ao orador encontrar alguma autoridade para sustentar a causa da parte que defende e então, como se tomasse para si lanças providas de uma correia, as brandir com os músculos e forças do orador.” Tradução livre do autor.

4. A ATIVIDADE CONSULTIVA DURANTE O PRINCIPADO

4.1. Uma ciência de especialistas e sua relação com o governo imperial

No início do Capítulo 3, viu-se como a jurisprudência se encontrava nas mãos dos *amplissimi et clarissimi viri*, expoentes da aristocracia da república que cumulavam a função de jurista com o exercício das magistraturas, e como ela se inseria no modelo de saber unitário que essa mesma aristocracia construira. Viu-se também a mudança na origem social dos juristas ocorrida no final da república, com a afluência dos membros da ordem equestre, ao mesmo tempo em que a concepção de saber integral se desfazia e os juristas passavam a se dedicar mais exclusivamente ao direito, deixando inclusive de exercer as magistraturas ou de percorrer o *cursus honorum* completo.

No período imperial, as famílias eminentes da república não estão mais representadas nas listas de juristas conhecidos, com exceção de Cássio Longino, descendente de um dos assassinos de César, neto de Quinto Élio Tuberão por parte de mãe e bisneto (pronipote) de Sêrvio Sulpício Rufo. Os demais provêm de famílias romanas urbanas, que haviam aparecido apenas nas últimas décadas da república, de famílias itálicas em ascensão ou, o que é mais frequente a partir do século II d.C., de famílias romanas presentes nas províncias. As velhas famílias haviam se extinguido ou exaurido e foram substituídas por novos grupos e, embora as famílias das quais os juristas provinham ainda fossem romanas e na maioria senatoriais, a genealogia não contava mais e até mesmo o filho de um liberto, como Pégaso, pode integrar o número dos juristas mais eminentes.⁴⁵⁵

A própria natureza da profissão de jurista, seguindo o processo que já se iniciara na república, é compreendida de forma diversa. Não se trata mais de um saber aristocrático, mas um saber de especialistas, concentrados no estudo do direito apesar de terem ainda uma formação mais ampla em disciplinas como a gramática e a retórica e de ocuparem magistraturas e cargos na administração imperial, nutrindo com eles uma relação diversa daquela existente no tempo da república.

⁴⁵⁵ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 185-186.

F. SCHULZ, ao traçar uma tipologia dos juristas clássicos, os divide em três grupos. Um deles é formado por aqueles que participam da coisa pública como o faziam durante as últimas décadas da república, cumprindo total ou parcialmente o *cursus honorum*, ou exercendo exclusivamente a profissão de jurista, sem ocupar cargos públicos. A partir de Vespasiano, teria surgido um novo tipo de jurista, o jurista burocrático, que embora por vezes ocupasse magistraturas republicanas, fazia sua carreira principalmente como integrante da administração imperial e do *consilium principis*, o verdadeiro centro de decisão política do momento, recebendo um estipêndio pela sua atuação.⁴⁵⁶ A esses dois tipos se contrapõem os juristas que não são nem integrantes da administração, nem ocupantes de cargos no *cursus honorum*, nem exercem a atividade consultiva, sendo apenas professores e escritores, como Gaio, Florentino e Marciano.⁴⁵⁷

O surgimento do jurista burocrático está ligado a uma mudança nas relações entre juristas e príncipes, que se tornam mais amigáveis e de maior colaboração principalmente após Adriano, ao contrário do que ocorrera no período Júlio-Cláudio. Liga-se também, conforme C. A. CANNATA,⁴⁵⁸ ao progressivo declínio das magistraturas republicanas e sua perda de importância, que devia implicar na perda do interesse em seu exercício por parte dos juristas e, em contrapartida, no aumento de interesse pelos cargos imperiais.

A função de jurista era algo estreitamente ligado à tradição republicana e, uma vez instaurado o novo regime por Augusto, era natural que os juristas, ou alguns deles, adotassem uma atitude não muito favorável ao novo estado de coisas, ainda que o *princeps* os tenha tentado atrair para o novo regime com o oferecimento de cargos e muito provavelmente pela concessão do *ius respondendi*.

Aulo Cascélio recusou o consulado oferecido por Augusto,⁴⁵⁹ assim como fez Labeão,⁴⁶⁰ cuja liberdade incorrupta Tácito opõe ao *obsequium dominantibus* de Ateio

⁴⁵⁶ *Storia* cit., pp. 187-189. Segundo M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo 'ius controversum' all'autorità del principe)*, in F. MILAZZO (org.), *Ius Controversum e Auctoritas Principis – Giuristi Principe e Diritto nel Primo Impero – Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanístico 'G. Boulvert' – Copanell 11-13 giugno 1998*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 44, Pégaso (consul em 70 d.C. e *praefectus urbi* sob Vespasiano) é um exemplo da nova carreira percorrida pelos juristas, que mescla a atividade intelectual com o exercício de funções político-administrativas tanto republicanas quanto características do império. O mesmo se vê em Javoleno Prisco, cônsul e depois governador de Síria e da África, além de integrante do *consilium* de Trajano, Nerácio Prisco, governador da Panônia e depois membro do *consilium* de Trajano e Adriano, Juvêncio Celso e outros.

⁴⁵⁷ *Storia* cit., p. 195. O autor ressalta que não é tão simples colocar cada jurista num grupo específico, pois há casos intermediários.

⁴⁵⁸ *Historia* cit., p. 73.

⁴⁵⁹ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,45.

Capitão, alçado ao consulado por Augusto para que pudesse suplantar a Labeão, embora lhe fosse inferior na ciência do direito,⁴⁶¹ e que o próprio Capitão menciona como alguém obstinado em se ater às regras da antiga república,⁴⁶² uma espécie de intransigência aristocrática em renunciar a suas prerrogativas e privilégios.⁴⁶³

Não há notícias de que Trebácio Testa, mestre de Labeão, tenha ocupado cargos públicos, o que J. PARICIO considera um indício de que também ele recusou um consulado oferecido por Augusto,⁴⁶⁴ mas não exclui sua colaboração com o príncipe no caso da instituição dos codicilos, que afirmou não ser contrária à *ratio iuris*.⁴⁶⁵

No caso de Capitão, e por que não no de Trebácio (que já aconselhara Júlio César), a adesão ao novo regime é explícita. Mas mesmo Labeão, apesar de sua hostilidade frente a Augusto, não leva sua oposição às últimas consequências, atingindo-se um equilíbrio

⁴⁶⁰ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,47.

⁴⁶¹ Tac. Ann. 3,75: *Namque illa aetas duo pacis decora simul tulit: sed Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur.* A valoração negativa que Tácito fazia de Capitão (no aspecto político e não em sua qualidade como jurista) aparece em Tac. Ann. 3,70.

⁴⁶² Gell. 13,12,1-2: *In quadam epistula Atei Capitonis scriptum legimus Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani iurisque civilis doctum adprime fuisse. "Sed agitabat" inquit "hominem libertas quaedam nimia atque vecors usque eo, ut divo Augusto iam principe et rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iussum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset.*

⁴⁶³ A. SCHIAVONE, *Anni difficili: Giuristi e principi nella crisi del primo secolo*, in A. DE VIVO, E. LO CASCIO (a cura di), *Seneca uomo politico e l'età di Claudio e di Nerone. Atti del Convegno internazionale (Capri 25-27 marzo 1999)*, Edipuglia, 2003, p. 40. Para o autor (p. 43), é apenas aparente a contradição entre essa atitude fiel à tradição e a afirmação pomponiana de que Labeão *plurima innovare instituit*. A fidelidade ao passado se dava mais no âmbito do pensamento sobre a constituição; as inovações dizem respeito ao direito privado, em cujo âmbito *"le novità adottate servivano solo a fondare su basi più solide e adeguate il tradizione primato della giurisprudenza come fonte di diritto, che Labeone voleva a tutti costi salvaguardare."*

⁴⁶⁴ *Los juristas cit.*, pp. 69 e 88.

⁴⁶⁵ Inst. 2,25pr.: *Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. nam cum decederet in Africa scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, cuius deinceps reliqui auctoritatem secuti, fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata quae iure non debebat solvit, dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat quin codicilli iure optimo admitterentur.* "É corrente que antes dos tempos de Augusto não havia direito de fazer codicilos; e o primeiro a introduzi-lo foi Lúcio Lêntulo (do qual também tiveram origem os fideicomissos). Pois, ao morrer na África, escreveu codicilos confirmados por testamento, nos quais pedia a Augusto, mediante um fideicomisso, lhe fizesse algo. E tendo-lhe o divino Augusto satisfeito a vontade, daí por diante os demais, imitando-lhe o exemplo, cumpriam os fideicomissos; e a filha de Lêntulo pagou legados que não devia. Diz-se que Augusto convocara os juristas, entre eles também Trebácio, cuja autoridade então era máxima; e lhes perguntara se essa prática podia ser admitida, e se não discrepava da razão jurídica o uso do codicilo. E Trebácio persuadiu a Augusto, dizendo que isso era utilíssimo e necessário aos cidadãos, por causa das grandes e prolongadas viagens que faziam os antigos, nas quais, quem não pudesse fazer testamento, poderia contudo fazer codicilos. Depois desses tempos, como também Labeão fizesse codicilos, já a ninguém era duvidoso fossem eles admitidos por muito bom direito."

precário, mas decisivo, que guiaria a transição da república e seu primado dos juristas para o acordo entre juristas e governo que caracteriza o século II d.C., compromisso estabelecido no início do principado, apesar de alguma tensão.

Segundo A. SCHIAVONE, Labeão opta por não contestar abertamente a legalidade do principado, ainda que não renuncie a questioná-la de forma indireta.⁴⁶⁶ Augusto, por seu turno, que se apresenta como um restaurador da república, aceita a superioridade da ciência jurídica na criação do direito, ainda que tenha concorrido com ela por meio de sua legislação comicial (em matéria de matrimônio e processo, por exemplo) e buscado influenciar de certo modo a atividade dos juristas com a criação do *ius respondendi*, mas sem tentar transformar o principado numa autocracia legisladora. Preserva-se assim um dos aspectos essenciais da república aristocrática: o caráter jurisprudencial do direito, uma espécie de ordenamento sem soberano, tendo no centro um forte grupo de especialistas que eram os depositários da tradição.⁴⁶⁷

E se sob Tibério a relação entre os juristas e o imperador parece ter sido amigável, como no caso de Capitão,⁴⁶⁸ Nerva *pater (Caesari familiarissimus)* e Massúrio Sabino, que dele obtém o *ius respondendi*, ela parece sofrer uma decomposição com os outros imperadores da dinastia Júlio-Cláudia.⁴⁶⁹

Suetônio, ao narrar como Calígula destruiu estátuas de homens ilustres, pensou em abolir os poemas homéricos e eliminar das bibliotecas as obras e imagens de Virgílio e Tito Lívio, afirma que o imperador pretendia abolir a ciência dos juristas:

Quasi scientiae eorum omnem usum aboliturus, saepe iactavit se mehercule effecturum ne quid respondere possint praeter eum.

Como se quisesse abolir todo o uso da ciência dos juristas, com frequência se jactava de que certamente faria com que não pudessem responder sem o seu concurso.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ Como faz num episódio citado em Gell. 13,12 e no qual, ao ser citado pelos tribunos para responder a uma acusação, afirma que tais magistrados, segundo a tradição republicana, não tem o direito de citar ninguém, mas apenas de apreender.

⁴⁶⁷ *Anni difficili* cit., p. 41.

⁴⁶⁸ A respeito de seu apoio a Augusto e Tibério, Suet. gramm. 22.

⁴⁶⁹ Segundo M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., p. 436, “durante la dinastia giulio-claudia le spinte alla rottura con la nobilitas tradizionale ed alla orientalizzazione del potere del princeps si traducano in ostilità verso il ruolo sociale e le forme di pensiero della giurisprudenza.”

⁴⁷⁰ Suet. Cal. 34.

Não se sabe se Calígula levou a cabo seu intento, mas, se isto ocorreu, deve ter sido algo efêmero. Já o imperador Cláudio, embora não tenha chegado a esse tipo de excesso, nutria uma predileção pelo exercício da jurisdição, que ele exercia quase de forma maníaca,⁴⁷¹ o que teria dado causa a certa antipatia pelos juristas, cuja concorrência doutrinal lhe era insuportável.⁴⁷² Tanto é assim que, quando morreu, os juristas emergiram das sombras como quem renascesse, segundo a descrição de Sêneca.⁴⁷³ Outro episódio representativo das difíceis relações entre juristas e imperadores seria o exílio de Cássio Longino, determinado por Nero,⁴⁷⁴ ainda que sem relação alguma com sua posição de juristas, mas apenas por razões políticas de outra ordem.⁴⁷⁵

Assim, de Tibério a Nero o que se vê é uma espécie de regressão da jurisprudência, uma esterilização, confirmada pelo pequeno número de juristas e pareceres.⁴⁷⁶ Mas a situação começa a mudar com os imperadores flavianos, como Vespasiano, que chama Cássio Longino de volta do exílio⁴⁷⁷ e em cujo reinado Pégaso exerce o cargo de *praefectus urbi*.⁴⁷⁸ quando se instaura um novo tipo de relação entre os príncipes e os juristas. Vespasiano chama de volta Cássio Longino, ao mesmo tempo em que Célio, Sabino e Pégaso ocupam altas funções na administração imperial.⁴⁷⁹

No reinado de Domiciano, ainda que parcela dos juristas tenha feito parte da oposição estóica ao imperador,⁴⁸⁰ nada indica que a atividade dos juristas tenha sofrido restrições reais, e eles continuam a gozar de grande favor sob Nerva e Trajano. É nessa

⁴⁷¹ Sen. apocol. 12,3: *quis nunc iudex toto lites audiet anno*.

⁴⁷² Cf. A. MAGDELAIN, *Ius respondendi*, in *Ius imperium auctoritas - Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990, p. 103 ssct., p. 117, que fala em “profunda antipatia”, e F. DE VISSCHER, *Le “ius publice respondendi”*, in *RHDFE* 15 (1936), pp. 630-631, para quem houve nesse tempo uma “oposição sistemática” aos juristas por parte do imperador.

⁴⁷³ Sen. apocol. 12,2: *iuris consulti e tenebris procedebant, pallidi, graciles, vix animam habentes, tamquam qui tum maxime reviviscerent*. “Os jurisconsultos saíam das sombras, pálidos, magros, quase sem vida, como quem acaba de renascer.” Tradução livre do autor.

⁴⁷⁴ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,51-52; Tac. Ann. 16,9; Suet. Ner. 37.

⁴⁷⁵ A. SCHIAVONE, *Anni difficili*, p. 44, nota, contudo, que mesmo durante o difícil período dos Júlio-Cláudios, os juristas agem, com prudência, sem adotar uma tendência hostil ao principado. Até mesmo Cássio, que acaba por se expor e ser exilado, tem essa postura cautelosa, resignando-se em várias ocasiões ao silêncio. Os juristas não raro buscam colaborar com o novo regime, ainda que com certas garantias que não constituem uma verdadeira resistência, instaurando um novo relacionamento entre intelectuais e governo, que prepara o terreno para o surgimento da figura do jurista burocrático. A aceitação do principado era cada vez mais uma opção obrigatória e o exemplo de Labeão servia apenas como um modo de defender a independência da jurisprudência enquanto saber especializado, e de garantir no interior desse saber alguns espaços de autonomia, e não como modo de afrontar o regime que se consolidava.

⁴⁷⁶ Cf. A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 118; A. SCHIAVONE, *Anni difficili* cit., p. 38.

⁴⁷⁷ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,52.

⁴⁷⁸ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,53.

⁴⁷⁹ Cf. J. PARICIO, *Los juristas* cit., p. 72; F. DE VISSCHER, *Le “ius respondendi”* cit., p. 631.

⁴⁸⁰ F. DE VISSCHER, *Le “ius respondendi”* cit., p. 631. Juvêncio Celso, por exemplo, se envolve na conjuração citada em Dio. Cass... 67,13.

época que Plínio Menciona Javoleno como jurista que responde *publice* e que são publicadas as coleções de *responsa* de Pláucio, Minício, Urseio Feroz e Nerácio Prisco, o que indica uma atividade consultiva em pleno exercício.

Sob Trajano⁴⁸¹ e Adriano, se assiste ao renascimento da ciência jurídica, que pode ser percebido pelo crescimento no número de juristas, em contraposição à rarefação do período anterior. Mas esse “renascimento” ocorre sob uma nova forma.

Se durante a dinastia Júlio-Cláudia os juristas se conservaram um tanto a parte do novo regime, sem assumirem cargos tipicamente imperiais, e mantiveram seu modo de atuação tradicional, exercendo as magistraturas republicanas ou participando do círculo próximo do príncipe, a partir de Vespasiano, no entanto, e mais ainda com os Antoninos, a jurisprudência foi associada à administração imperial, que não podia ficar sem o auxílio de técnicos no direito. Os juristas, cujo interesse no exercício das magistraturas republicanas declinara juntamente com elas,⁴⁸² são chamados e aceitam se colocar então a serviço do imperador, como funcionários, assessores ou membros do *consilium principis*. Com Adriano, em cujo reinado esse *consilium* se institucionaliza, a jurisprudência se encontrava definitivamente engajada na burocracia imperial, e essa colaboração permitiu a ela retomar seu fôlego.⁴⁸³

Durante o principado, há também uma mudança na forma como os juristas encaravam o exercício dos cargos públicos, de tradição republicana ou mais típicos do novo regime, e sua relação com a atividade de jurista.

Devido à mudança constitucional, o exercício das magistraturas e cargos públicos em geral dependia da boa vontade com o príncipe, e não da eleição pelos cidadãos, que, se existiam, eram meros simulacros... (estudar melhor). Nesse contexto, assim como já ocorria de certa forma no final da república, a jurisprudência não era um meio de adquirir *gratia* junto ao povo e com isso alcançar as magistraturas, o que agora dependia de outros fatores.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Segundo J. PARICIO, *Los juristas* cit., p. 72, Trajano chega inclusive a pensar no jurista Nerácio Prisco como seu sucessor.

⁴⁸² Cf. C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 73.

⁴⁸³ Cf. A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., pp. 118-119.

⁴⁸⁴ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 271.

Segundo M. BREONE,⁴⁸⁵ ainda que no *Enchiridion* de Pompônio a ligação entre *honores* e *scientia iuris* ainda está viva, ela se manifesta de forma diferente em relação à tradição aristocrática, expressa com mais nitidez por Cícero. Em primeiro lugar porque a realidade política é diversa e o exercício dos *officia* republicanos se mistura ao exercício de cargos imperiais. Mas, além disso, o poder e o pretígio podem se manifestar por novas vias.

Para Cícero, o jurista, assim como o orador, deveria assumir o papel de direção política da cidade, que pertence, sobretudo, à ordem social de que ele faz parte. A imagem do cidadão que se afasta da vida pública para se dedicar ao estudo, embora apareça em algum escrito seu, é contrária ao programa cultural por ele delineado por e segundo o qual a ciência jurídica está intimamente ligada aos *honores* e ao *gradus dignitatis*, que em sua época entravam em decadência, levando consigo a jurisprudência.⁴⁸⁶

Pompônio, por sua vez, não vislumbra interdependência entre o trabalho intelectual e a participação na vida pública. É o que ocorre com Labeão, que escolhe permanecer seis meses afastado da cidade, dedicando-se exclusivamente ao estudo nesse tempo. Aqui aparecem a *qualitas ingenii* e a *fiducia doctrinae*,⁴⁸⁷ que têm um valor emblemático e deixam claro que os juristas tinham agora a consciência de uma nova *dignitas*, oriunda da capacidade individual e não de sua fortuna social ou política. As concepções haviam mudado desde Cícero. Agora o *ingenium* era exaltado numa forma estranha à tradição aristocrática.⁴⁸⁸ É o que Pompônio expressa ao dizer que Sabino *non census nec clarum nomen avorum, sed probitas magnos ingeniumque facit*.⁴⁸⁹

Para Pompônio, portanto, o jurista é, sobretudo, um homem da ciência. Sua atuação pode incluir a carreira política e uma elevada posição social, mas não é isso que o distingue como jurista. Para dar sentido à vida de um cidadão, a atividade científica agora basta. E

⁴⁸⁵ *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1975, p. 138.

⁴⁸⁶ M. BREONE, *Tecniche* cit., p. 139.

⁴⁸⁷ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,47.

⁴⁸⁸ M. BREONE, *Tecniche* cit., pp. 139-140. O autor afirma mais adiante (p. 141, nt.13) que essa concepção já aparecia no conceito de *virtus* expresso por Salústio, contrário à tradição aristocrática, pois atribui ao *ingenium* um lugar mais importante, fazendo com que a *virtus* perca seu caráter exclusivista: não se trata mais de uma virtude possível apenas aos aristocratas e nem mesmo derivada exclusivamente do serviço à *res publica*. Qualquer das *bonae artes* pode ser hábil a conseguir *gloria*. Esse pensamento assinala uma ruptura com as concepções tradicionais, na mesma época em que juristas como Aquílio Galo, Aulo Cascélio, Aulo Ofílio e Trebácio Testa se abstêm de percorrer a carreira política ou de fazê-lo completamente.

⁴⁸⁹ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,35 e 50.

isso Sabino e Labeão, embora tenham dado origem a escolas diferentes, tinham em comum: a dedicação ao ensino e estudo.⁴⁹⁰

E o exercício dos cargos da administração imperial, que os juristas deviam enxergar apenas como um meio de vida, não era visto por eles como um *munus* semelhante ao exercício das magistraturas durante a república, ou seja, como participação no governo da *res publica*. Menos ainda a participação no *consilium*, ou o relacionamento pessoal que nutriam com os imperadores na condição de *amici* ou *comites*, ainda que nessa condição eles tenham conseguido influenciar na política interna e externa e no estabelecimento de normas jurídicas gerais, soluções judiciais, provimentos administrativos e *negotia publica* em geral.⁴⁹¹

Em resumo, embora grande parte dos juristas continue participando da política e do governo durante o Principado, isto ocorre de maneira diversa: não mais como os aristocratas independentes do tempo da república, mas cada vez mais como funcionários do poder imperial, como “juristas burocratas”, figura que apenas se consolida no final do século II d.C. Além disso, não existe mais relação necessária entre *iuris scientia* e *honores*,⁴⁹² pois que ruira o modelo de romano integral da aristocracia e o exercício da jurisprudência não era mais um meio de pavimentar o acesso ao *cursus honorum*, encontrando sentido em si mesmo, o que representa a culminação de um processo em curso desde o final a república, como se viu no capítulo anterior.⁴⁹³

4.2. A dinâmica das consultas

Durante o principado, a função do jurista é ainda responder às consultas dos interessados, nos mesmos moldes da experiência republicana, mas ocorrem algumas mudanças nessa atuação, como o declínio do *cavere* e do *agere* e certa ampliação no horizonte do *respondere* em sentido estrito: além dos simples particulares, seus advogados,

⁴⁹⁰ M. BRETONI, *Tecnica* cit., p. 142.

⁴⁹¹ V. GIUFFRÈ, *Giuristi e politica* cit., p. 109.

⁴⁹² Como se constata pela existência do terceiro tipo de jurista mencionado mais acima na classificação feita por F. SCHULZ, o jurista que nem mesmo se dedica à atividade consultiva, sendo apenas professor e escritor.

⁴⁹³ Para M. BRETONI, *Tecnica* cit., p. 138, essa convicção de que a jurisprudência encontra em si mesma sua validade é, ao mesmo tempo, contrastante com o ideal republicano e nitidamente contrária à ideia de jurista burocrata, o que mostra que os próprios juristas (ou ao menos Pompônio) tinham ciência da mudança de sua posição social, mas não se enxergavam como meros servos da vontade imperial.

magistrados e juízes, também o imperador lhes procurava em busca do aconselhamento em matéria de direito, de forma ocasional ou chamando-os para seu *consilium*. Outra mudança importante é a introdução do *respondere ex auctoritate principis*, ou *ius respondendi*, com a qual o imperador parece ter interferido na atividade consultiva dos juristas.

4.2.1. O declínio do *cavere* e *agere*

Apesar dos últimos juristas republicanos, como Sérvio, Cascélio, Ofílio e Trebácio, terem ainda exercido o *cavere*, ao tempo de Cícero a prática cotidiana de dar conselhos, especialmente a gente de menor importância, passara às mãos de jurisconsultos menores e dos escribas subordinados. Os grandes jurisconsultos agiam somente em defesa de seus amigos ou de gente importante, ou mesmo quando a questão surgida fosse insolitamente difícil.⁴⁹⁴

No período clássico, por sua vez, os jurisconsultos continuavam esporadicamente a assistir as partes na feitura de contratos e testamentos, que raramente eram realizados sem a assistência de um profissional.⁴⁹⁵ Mas os juristas eminentes cada vez mais se distanciavam desse tipo de atividade, deixando-a a cargo de simples escribas. O que faziam agora era discutir os aspectos teóricos da documentação em seus escritos e seu ensino.⁴⁹⁶

Esse declínio do *cavere* encontra sua explicação em alguns fatores, como o estabelecimento, durante a república, de um corpo de fórmulas negociais mais ou menos suficientes, a atitude mais livre dos juristas clássicos com relação à forma e a formação de um corpo de *experts* na redação de atos jurídicos, os *tabelliones*.⁴⁹⁷ Assim, como já

⁴⁹⁴ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 96

⁴⁹⁵ Ainda que não se tratasse necessariamente de um jurista propriamente dito, mas de algum prático do direito. Em Suet. Ner. 32, refere-se a presença de *studiosi iuri* na confecção de testamentos: *Ante omnia instituit ... ut ingratorum in principem testamenta ad fiscum pertinerent, ac ne impune esset studiosis iuris, qui scripsissent vel dictassent ea*. Exemplos de confecção de testamento sem o auxílio de um jurista ou qualquer profissional encontram-se em Scaev. 3 resp. D. 31,88,17 (*testamentum scripsi sine ullo iuris perito*) e CIL X, 4919 (Venafro): *qui testamento scripsit anos XXV sine iuris consulto*.

⁴⁹⁶ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 200; Segundo A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., pp. 122-123, “sous l’Empire, la création d’actes nouveaux était passée de mode. En ce domaine, la pauvreté de la jurisprudence classique contraste avec la puissance novatrice du deuxième âge républicain. La forme des actes, sous le principat, avait tendance à se stéréotyper. Les jurisconsultes travaillaient encore dans une certaine mesure à leur établissement, notamment à celui des testaments. Mais c’était surtout l’affaire de praticiens, pour lesquels il n’était pas question de brevet impérial.”

⁴⁹⁷ C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 74; A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 122; G. BRAGA DA CRUZ, *O*

começava a ocorrer na república, essa atividade se torna mera rotina e, portanto, dispensa a presença de um jurisconsulto, agora engajado muito mais no *respondere* propriamente dito e em sua atividade literária e didática.

Um exemplo de como a estabilização das formas negociais podia tornar desnecessário receber o auxílio de um jurista para redigir contratos pode ser encontrado em Vitruvius, quando ele afirma que o arquiteto deve ter conhecimentos jurídicos e justifica sua afirmação da seguinte maneira:

<p><i>Iura quoque nota habeat oportet ea, quae necessaria sunt aedificiis communibus parietum, ad ambitum stillicidiorum et cloacarum et luminum. Item aquarum ductiones et cetera, quae eius modi sunt, nota oportet sint architectis, uti ante caveant, quam instituant aedificia, ne controversiae, factis operibus, patribus familiarum relinquantur, et ut legibus scribendis prudentia cavere possit et locatori et conductori. Namque si lex perite fuerit scripta, erit ut sine captione uterque ab utroque liberetur.</i></p>	<p>É necessário que o arquiteto conheça também as regras que dizem respeito às paredes comuns dos edifícios, à disposição das calhas, esgotos e janelas, ao escoamento das águas e outros assuntos semelhantes, para evitar, antes da construção dos edifícios, que depois dela surjam controvérsias envolvendo os patresfamilias, e também para que possa redigir um contrato de locação que garanta os interesses de ambas as partes. Pois se tais contratos forem redigidos com esmero, ambas as partes estarão a salvo de embustes.⁴⁹⁸</p>
--	---

O texto parece indicar que uma espécie de *cavere* podia exercida pelo arquiteto, sem a necessidade de recorrer a um jurisconsulto, o que significa que os juristas não mais se dedicavam a tal atividade como antes e que isso se devia a certa divulgação do conhecimento jurídico, de modo que outras pessoas além deles podiam conhecer o regramento de certas questões e se precaverem de acordo com tal conhecimento, por exemplo, redigindo contratos imobiliários da melhor maneira.

Durante o principado, também o *agere* também entra em declínio, tendo em vista, primeiramente, o grau de desenvolvimento e estabilização que alcançara o edito, o que

jurisconsultus cit., p. 192.

⁴⁹⁸ Vitr. 1,1,10.

tornava difícil o surgimento de casos novos para os quais ele não fornecesse um meio de tutela. Assim, perde um pouco de sua importância a atuação do jurista que auxiliava a parte a sugerir uma nova fórmula.⁴⁹⁹

Esse declínio, aliás, é paralelo ao do próprio *officium praetoris*, forma de produção do direito que, em seu duplo aspecto (*ius dicere* no caso concreto e o estabelecimento de normas gerais através do edito), por ser típica de um regime republicano, tendia a perder seu sentido e esgotar-se na conformação política do império.⁵⁰⁰

Na primeira fase do principado, o *ius praetorium* é ainda uma fonte viva do direito.⁵⁰¹ Há notícias de ao menos duas mudanças efetuadas no edito por Cássio Longino, em sua pretura, por volta de 27 d.C.⁵⁰² Intervenções pretorianas datadas do século I d.C. são também atestadas por Gaio.⁵⁰³ Foram concedidas ações para tutela das disposições do *senatus Velleianum*, de 46 d.C., e do *sentausconsultum Trebellianum*, de 56 d.C. Com base no *senatusconsultum Macedonianum*, do tempo de Cláudio ou Vespasiano, surgiu uma *exceptio* no edito.⁵⁰⁴ Mas são bastante pontuais, como se vê, as mudanças introduzidas, pois o núcleo principal do edito já se consolidara ao fim da república e era somente repetido pelos pretores no império.

Paralelamente, começa a se apresentar uma tendência de concentração do poder normativo em mãos do imperador, que se mostra bem nítida em Adriano⁵⁰⁵ e com a qual a produção do direito na *iurisdictio* do pretor se mostrava abertamente contrastante. Mas como o *ius praetorium* gozava de grande prestígio e reconhecimento, além de estar enraizado na tradição romana, não seria interessante para o imperador reprimir de forma autoritária o poder normativo do pretor. A solução encontrada foi a idéia de *reordenação*, mais do que de mudança brusca.

Adriano, então, incumbe o jurista Sálvio Juliano de proceder a uma redação definitiva do edito dos pretores. Concluído o trabalho, o texto reordenado pelo jurista,⁵⁰⁶

⁴⁹⁹ Cf. G. BRAGADA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 193.

⁵⁰⁰ M. BREONE, *História* cit., p. 112.

⁵⁰¹ F. GALLO, “*Princeps*” e “*ius praetorium*”, in *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001), p. 06.

⁵⁰² Ulp. 12 *ad. ed.* D. 4,6,26,7 (promessa de uma *restitutio in integrum*); Ulp. 76 *ad. ed.* D. 44,4,4,33 (retirou do edito a *exceptio metus*, por acreditar que a *exceptio doli* bastava; posteriormente, outros pretores reinseriram a exceção no edito).

⁵⁰³ Gai. 2,253 e Ulp. 29 *ad. ed.* D. 14,6,11.

⁵⁰⁴ Para estes e outros exemplos, veja-se A. WATSON, *The development of the praetor's edict*, in *JRS* 60 (1970) pp. 117-118, e M. BREONE, *História* cit., p. 109.

⁵⁰⁵ Cf. F. PRINGSHEIM, *The Legal Policy and Refoms of Hadrian*, in *JRS* 24 (1934), pp. 143-144.

⁵⁰⁶ Segundo J. PARICIO, *Historia y fuentes de derecho romano*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon

por proposta de Adriano (*oratio principis*), foi aprovado por um *senatusconsulto*, que também proibiu modificações posteriores por parte dos pretores.⁵⁰⁷ O edito agora era *perpetuum*, não mais no sentido de que tinha duração anual, mas de que era *eterno*.⁵⁰⁸

O modo como se deu a redação final do edito também aponta para a perda de poder normativo pelo pretor. Se antes competia a ele proceder às revisões necessárias do edito de seus antecessores, agora, na redação final do edito, o pretor não tomou qualquer parte. Por ordem do *imperador*, o texto foi revisado por um *jurista* e aprovado pelo *senado*. As futuras modificações também não competem mais ao pretor, mas sim ao imperador e ao senado. O pretor, assim, perde o poder de emanar normas gerais e abstratas.⁵⁰⁹

Afora a imposição da aplicação analógica, que tolhe o poder criador do pretor no caso concreto, é certo que, antes mesmo da revisão do edito, o pretor já não se valesse dele com frequência. Disso dá mostras a pouquíssima quantidade de intervenções pretorianas durante o principado.

Outras circunstâncias, anteriores à reordenação do edito por Juliano, já faziam com que o *officium* do pretor entrasse em declínio. Uma delas é a progressiva afirmação, frente ao processo formular, da *cognitio extra ordinem*, procedimento que não mais conhece a bipartição de instâncias ou o uso da fórmula. O processo, na *cognitio* não é conduzido pelo magistrado republicano e julgado por um *iudex priuatus*. Quem realiza as duas tarefas é a mesma pessoa, um funcionário imperial (ou mesmo um magistrado, que, no entanto, no novo regime político, encontra-se subordinado ao imperador), inserido na hierarquia

Areces, 1988, pp. 150-151, o trabalho de Juliano provavelmente se limitou a dar certa unidade ao texto tradicional do edito, sem efetuar modificações substanciais, o que não exclui que tenha inserido alguma nova cláusula (como a *nova clausula Iuliani* sobre a *collatio bonorum* dos emancipados).

⁵⁰⁷ Const. Tanta 18.

⁵⁰⁸ F. GALLO, *Princeps* cit., p. 11. O autor salienta que a reordenação não era mero estratagema para esconder a retirada do poder normativo do pretor. Tratava-se, também, de uma real necessidade: o texto submetido à reordenação se formara de forma aluvional, com os acréscimos e inovações introduzidos paulatinamente pelos pretores, sem atenção ao aspecto sistemático. Além disso, a ordenação anterior do edito remonta a Aulo Ofílio, jurista do período republicano. F. PRINGSHEIM, *The legal policy* cit., p. 148, também elenca outra razão para a redação final do edito. Segundo ele, um edito em permanente mudança não era compatível com um sistema burocrático, como o que tendia a criar Adriano. Um magistrado como o pretor, que se sujeitava aos editos que ele mesmo publicava não poderia funcionar junto ao grupo de funcionários imperiais. Ao tirar do pretor o poder de modificar o edito, Adriano inseria o *ius praetorium* dentro do sistema imperial, tornando-o coerente com sua estrutura hierárquica e burocrática.

⁵⁰⁹ Cf. F. GALLO, *Princeps* cit., p. 11. Deve-se ressaltar, como lembra J. GAUDEMET, *Les institutions de l'antiquité*, 7ª ed., Paris, Montchrestien, 2002, p. 343, que a redação final do edito não lhe tirou a força de fonte de direito. Mesmo no processo da *cognitio extra ordinem*, que suplantará o processo formular, os juízes aplicarão o regramento presente no *Edictum Perpetuum*, o qual, ademais, será objeto de comentário pelos juristas durante muito tempo. O edito não é mais fonte de direito novo, o que não significa que não mais seja fonte de direito.

burocrática cujo topo é o *princeps*. As decisões por ele tomadas, diante disso, encontram-se sujeitas a recurso, até o imperador.

Esse tipo de processo, inicialmente, aplica-se somente a determinadas matérias⁵¹⁰ e convive com o processo formular, mas, dentro daquela mesma tendência à concentração de poder já citada, acaba, com o tempo, por se afirmar na generalidade dos casos, até que o processo formular caia em desuso.

Ausentes a fase *in iure* do processo e o emprego da fórmula, ausentes os mecanismos para que o *agere* dos juristas se desenvolva livremente como antes e contribua para a criação de direito através do processo.⁵¹¹

4.2.2. *Respondere*

No item 3.3.1.1, definiu-se o *respondere* em sentido estrito como uma atividade distinta do *cavere* e do *agere*, consistente em dar pareceres sobre questões jurídicas controversas, antes ou durante um processo, sobre a interpretação das leis e costumes ou sobre direitos e obrigações resultantes de um ato jurídico já realizado e viu-se como, para tanto, eram procurados por diversos atores do mundo do direito.

Os juristas do principado continuam sendo chamados a responder esse tipo de consulta, como fica claro pela tentativa imperial de interferir nessa atividade por meio do *ius respondendi*,⁵¹² pela referência de Gaio aos *responsa prudentium* como uma das partes dos *iura populi romani*,⁵¹³ pelas fontes que se referem de forma mais geral ao *respondere* dos juristas clássicos⁵¹⁴ e pela ampla literatura problemática oriunda dessa atividade, que se plasma em *libri responsorum, quaestionum, digestorum, epistularum*.⁵¹⁵

⁵¹⁰ Como, por exemplo, aquelas ligadas aos novos cargos de pretor criados durante o império, como o pretor *de liberalibus causis*. Os novos pretores operavam sob o regime da *cognitio* e não do processo formular. (J. GAUDEMET, *Les institutions* cit., p. 478).

⁵¹¹ Frise-se que esta era apenas uma das possibilidades de colaboração dos juristas. Embora não o façam mais pelo *agere*, vão fazê-lo em suas obras, em seu *respondere* e, mais tarde, como integrantes do *consilium principis* e da burocracia imperial.

⁵¹² Pomp. l. s. *ench.* D. 1,2,2,48-50.

⁵¹³ Gai. 1,7.

⁵¹⁴ Gell. 13,10: *Labeo Antistius iuris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit et consulentibus de iure publice responsitavit*; Pomp. l. s. *ench.* D. 1,2,2,48; Plin. Epist. 6,15,3: *Est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis atque etiam ius civile publice respondet: quo magis quod*

Assim como na república, eram consultados pelos advogados das partes, como se pode inferir, além de passagens do Digesto,⁵¹⁶ de um trecho das Instituições Oratórias de Quintiliano em que ele, assim como fizera Cícero, insta os patronos a conhecer o direito, principalmente para não dependerem do conhecimento de outros ao defenderem as causas em juízo, e para que, mesmo quando aconselhados por alguém, possam verificar se o conselho dado é correto. E mesmo que acabem consultando um jurista com antecedência e possam preparar seu discurso, nos debates em juízo surgem questões repentinas que o advogado deve estar pronto para responder, já que pode não haver um juristas a lhe acompanhar no tribunal e, mesmo quando o houver, a rapidez com que a questão deve ser respondida pode dificultar a comunicação entre eles.⁵¹⁷

Eles são consultados também por outros juristas, talvez menos renomados, que tinham se formado na capital, atuavam na Itália ou nas províncias e possuíam um conhecimento razoável do direito, mas não conseguiam se manter completamente atualizados. Nesse caso, surgindo alguma dificuldade, deviam se dirigir a algum juristas da capital, provavelmente seu mestre. Além disso, quando ocorresse uma consulta por correspondência, para a qual era necessária a correta formulação do problema jurídico, eles podiam funcionar como intermediários entre as partes e os juristas mais “graduados”, informando-os e esclarecendo-os sobre os fatos.⁵¹⁸

tunc fecit et ridiculum et notabile fuit; Ulp. 6 ad. ed. D. 3,1,1,3: qua aetate aut paulo maiore fertur nerva filius et publice de iure responsitasse.

⁵¹⁵ Ainda que, como salienta F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 404, seja por vezes distinguir nesses livros quais opiniões versam sobre um caso real e quais dizem respeito a casos hipotéticos

⁵¹⁶ Proc. 5 *epist.* D. 50,16,125; Proc. 6 *epist.* D. 31,47 Proc. 8 *epist.* D. 31,48; Scaev. 1 *quaest.* D. 3,5,34 (uma consulta feita a Paulo num caso concreto que envolvia uma demanda em andamento); Paul. 14 *quaest.* D. 42,1,41pr.; Paul. 1 *quaest.* D. 21,1,56 (que no entanto não diz expressamente se há um processo em andamento); Paul. 11 *quaest.* D. 31,83.

⁵¹⁷ Quint. inst. 12,3,1-3: *Iuris quoque civilis necessaria huic viro scientia est et morum ac religionum eius rei publicae quam capesset. Nam qualis esse suasor in consiliis publicis privatisve poterit tot rerum quibus praecipue civitas continetur ignarus? Quo autem modo patronum se causarum non falso dixerit qui quod est in causis potentissimum sit ab altero petiturus, paene non dissimilis iis qui poetarum scripta pronuntiant? Nam quodam modo mandata perferet, et ea quae sibi a iudice credi postulaturus est aliena fide dicet, et ipse litigantium auxiliator egebit auxilio. Quod ut fieri nonnumquam minore incommodo possit cum domi praecepta et composita et sicut cetera quae in causa sunt in discendo cognita ad iudicem perfert: quid fiet in iis quaestionibus quae subito inter ipsas actiones nasci solent? Non deformiter respectet et inter subsellia minores advocatos interroget? III. Potest autem satis diligenter accipere quae tum audiet cum dicenda sunt, aut fortiter adfirmare aut ingenue pro suis dicere? Possit in actionibus: quid fiet in altercatione, ubi occurrendum continuo nec libera ad discendum mora est? Quid si forte peritus iuris ille non aderit? Quid si quis non satis in ea re doctus falsum aliquid subiecerit? Hoc enim est maximum ignorantiae malum, quod credit eum scire qui moneat.*

⁵¹⁸ F. SCHULZ, *Principios* cit., p. 266, e P. KRUGER, *Historia* cit., p. 149, que invoca em favor de sua afirmação um trecho de Scaev. 3 *resp.* D. 34,3,31pr.

Segundo M. TALAMANCA, no período tardo-clássico, quando as formas de contato pessoal típicas da jurisprudência republicana haviam entrado em declínio, destaca-se da generalidade dos consulentes um tipo especial, que o autor chama de *correspondente* do jurista e que a ele se dirige por meio de carta, para obter uma resposta sobre algum caso, sem que vá necessariamente levar o parecer a juízo como *responsum signatum*. Esses correspondentes têm, ao que parece, apenas um relacionamento ocasional com o jurista, ao contrário dos clientes, termo que, segundo o autor se refere, àqueles que buscam um parecer do jurista para exibi-lo em juízo na forma de um *responsum signatum*.⁵¹⁹

Mas as consultas de um jurista a outro jurista podiam não ter relação alguma com um caso real, versando apenas sobre questões hipotéticas, como as que se encontram frequentemente nos *libri quaestionum*, e que representam, mais do que um *respondere* em sentido estrito, o desenvolvimento da discussão entre especialistas ou entre mestre e discípulo.

É provável que também os juízes, além de meramente receber os pareceres trazidos pelas partes, consultassem os juristas, pois que não haveria razões para abolir uma prática consolidada desde os tempos da república. Um indício (se não uma comprovação) de que essa prática permanecia pode ser encontrado numa passagem de Aulo Gélio,⁵²⁰ na qual ele relata de forma detalhada um caso em que atuou como *iudex*, e informa que buscou a solução do caso em primeiro lugar na literatura jurídica, pois que não teve como consultar pessoalmente um jurista (*quoniam vocis, ut dicitur, vivae penuria erat, ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem*).

Embora não afirme expressamente, o texto dá a entender que era costume dos juízes procurar diretamente um jurista, o que é razoável imaginar tendo em vista que a ausência de formação especializada devia tornar difícil aos juízes leigos o acesso às obras dos juristas, embora não fosse esse o caso de Gélio, cuja formação intelectual lhe permitia consultar até mesmo obras a respeito do *officium iudicis* na língua grega.

O texto ainda fornece um exemplo de como o juiz buscava se cercar de um *consilium* de homens de confiança que lhe auxiliasse em sua tarefa. Gélio afirma que, não obtendo sucesso em sua busca nos livros, voltou-se aos amigos que ele convocara para constituir seu *consilium*, homens escolhidos por sua experiência e contato com os assuntos

⁵¹⁹ *I clienti* cit., p. 483, nt. 2.

⁵²⁰ Gell. 14,2,1 e ss.

jurídicos,⁵²¹ mas cuja opinião julgou por demais formalista. Por fim, ele recorre a Favorino, filósofo amigo seu, que dá uma opinião diametralmente oposta à do *consilium*, mas que Gélcio igualmente não acolhe, acabando por proferir o *non liquet*.⁵²²

Comentando o texto, H. LEVY-BRUHL afirma que não há como saber se algum jurista integrava esse *consilium*. Segundo o autor, Gélcio era próximo do jurista Sexto Africano, mas seria de esperar que o mencionasse expressamente caso consultado, o que pode indicar tanto que não havia nenhum jurista no conselho convocado como que o caso ocorreu quando Gélcio era ainda jovem ou numa época em que os dois homens ainda não tinham começado sua amizade.⁵²³

Durante o principado, os juristas continuam também a aconselhar os magistrados, de forma ocasional⁵²⁴ ou como membros de seu *consilium*,⁵²⁵ mas essa atuação, embora se amplie e institucionalize nessa época, não apresenta mais, segundo F. SCHULZ,⁵²⁶ o mesmo caráter da república, pois, ao integrar o *consilium* do magistrado, os juristas não atuam como aristocratas independentes, e sim como funcionários remunerados pelo seu serviço.

Embora o Principado tenha hesitado em reconhecer o princípio de que as magistraturas deveriam ser ocupadas por funcionários de carreira, é certo que, a partir de Adriano, se estabelece a norma de que os magistrados responsáveis pela administração da justiça (cônsules, pretores, governadores de província, *praefecti urbi* e *praefecti praetorio*) deveriam ter a seu lado um conselheiro jurídico permanente. Esses conselheiros eram chamados de *adessores*, *comites*, *consiliari* ou *studiosi iuris*. Aos poucos o *adessor*, função que alguns juristas no período clássico tardio exerceram,⁵²⁷ adquire uma

⁵²¹ Gell. 14,2,9: *Tunc ibi amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres (...)*

⁵²² Gell. 14,2,25: *propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum.*

⁵²³ *Juge et Prudent*, in RHD 40 (1962), p. 26. T. A. J. MCGINN, *Communication and the Capability Problem in Roman Law: Aulus Gellius as Iudex and the Jurists on Child-Custody*, in RIDA 57 (2010), p. 271, nt. 20, nega qualquer possibilidade do texto sugerir a presença de um jurista no conselho consultado por Gélcio.

⁵²⁴ Ulpiano (Ulp. 11 ad ed., D. 4,4,3,1) se refere a uma consulta feita a Celso por um pretor: *Unde illud non ineleganter celsus epistularum libro undecimo et digestorum secundo tractat, ex facto a flavio respecto praetore consultus*. Em outra passagem (Ulp. 19 ad sab., D. 23,4,2), é Papiniano a ser consultado: *Papinianus Iuniano praetori respondit*. Sálvio Juliano, por sua vez, lembra como convencera os pretores que o consultavam a manumitir os escravos, seguindo o exemplo de Javoleno: *An apud se manumittere possit is qui consilium praebeat, saepe quaesitum est. Ego, qui meminisse iavolenum praeceptorem meum et in africa et in syria servos suos manumisisse, cum consilium praeberet, exemplum eius secutus et in praetura et consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi*. (Iul. 42 dig. D. 40,2,5).

⁵²⁵ Cels. 35 dig. D. 31,29pr.: *Pater meus referebat, cum esset in consilio duceni veri consulis*.

⁵²⁶ Storia cit., p. 211.

⁵²⁷ É o caso de Papiniano, provavelmente assessor do prefeito do pretório (l. s. de off. curat. rei pub. D. 22,1,3,3: *praefectis praetorii suasi*) segundo W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen* cit., p. 224) e F. SCHULZ

competência independente, que ia além da mera função consultiva, tornando-se uma espécie de secretário chefe que levava as decisões já prontas a seu superior e, em certos casos, decidia ele mesmo.⁵²⁸

Também o imperador busca o conselho dos juristas, inicialmente segundo o costume republicano, consultando-os ocasionalmente, como ocorre com Trebácio em relação à introdução dos codicilos por Augusto,⁵²⁹ ou chamando aqueles juristas que fossem *amici* seus a fazer parte de um *consilium* de corte republicano e que ainda não havia encontrado sua institucionalização completa, que ocorre na dinastia dos Antoninos, principalmente a partir de Adriano. Daí em diante, se torna um órgão permanente, com funcionários remunerados, dentre os quais muitos dos grandes juristas conhecidos do período.⁵³⁰

O Digesto conserva alguns registros da presença dos juristas no *consilium* e nas discussões ali ocorridas,⁵³¹ bem como sua influência na formulação dos rescritos imperiais. Num caso de direito sucessório submetido à apreciação de Marco Aurélio, pode-se constatar o papel por eles exercido como auxiliares do príncipe. Meciano e Juliano aparecem como interlocutores diretos do imperador, assim como outros juristas, dentre os quais provavelmente estava Marcelo, membro do *consilium*. E ao formular uma nova orientação normativa, o *princeps* leva em conta tanto a doutrina antiga, no caso a opinião de Próculo, morto um século antes, quanto o parecer dos juristas contemporâneos.⁵³²

(Storia cit., p. 194); também Paulo e Ulpiano, assessores de Papiniano quando este ocupou o cargo de prefeito do pretório. Segundo W. KUNKEL, *Herkunft* cit., p. 244, nt. 502, a presença de Paulo como assessor de Papiniano é atestada em Paul. 3 *quaest.* D. 12,1,40 (*Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani, Praefecti Pretorio, Iurisconsulti, cautio huiusmodi*). F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 406, referindo-se a essa passagem, assevera que *auditorio* designa o tribunal do *praefectus praetorio* e não uma instituição escolar. W. KUNKEL aduz ainda como prova outras fontes não jurídicas (hist.. Aug., vita Pesc. Nigri 7,4; vita Alex. Sev. 26,6), que atestam também a presença de Ulpiano como *adessor* (*Die Römischen Juristen* cit., p. 246).

⁵²⁸ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 211.

⁵²⁹ Inst. 2,25pr

⁵³⁰ Cf. M. BRETONNE, *Storia* cit., p. 216; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 212. Membros do *consilium* de Trajano foram Aristão, Javoleno e Nerácio. Os dois últimos participaram ainda do *consilium* de Adriano, juntamente com Celso, Juliano e provavelmente Abúrnio Valente. Pactumeio Clemente, que talvez tenha atuado no conselho de Adriano, certamente fez parte do conselho de Antonino Pio, juntamente com Vindio Vero, Marcelo e Meciano. Os dois últimos encontramos também no *consilium* de Marco Aurélio, assim como Cervídio Cévola. Trifonino e Menandro participaram do *consilium* de Alessandro Severo, e o último também do de Caracala. Papiniano? Paulo e Ulpiano atuaram também no conselho de Severo. (Cf. F. SCHULZ, *Storia* cit., pp. 189-194, W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen* cit., pp. 244-246)

⁵³¹ Paulo, em seus *libri decretorum*, menciona discussões ocorridas no *consilium*. Em Paul. 3 *decr.* D. 29,2,97, cita uma divergência sua com Papiniano e, em Paul. 3 *decret.* D. 49,14,50, Papiniano e Mésio sugerem uma opinião inovadora, da qual Trifonino discorda.

⁵³² Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 37,14,17pr.: *Divi fratres in haec verba rescripserunt: "comperimus a peritioribus dubitatum aliquando, an nepos contra tabulas aviti liberti bonorum possessionem petere possit,*

Ainda na idade severiana pode-se ver o jurista Paulo aconselhando o imperador de uma forma que M. BRETONNE qualifica como quase paritética,⁵³³ situação que se alteraria em pouco tempo, fazendo com que os juristas atuem cada vez mais como meros instrumentos da vontade imperial.

De qualquer forma, é certo que, pelo menos até o final do período clássico da jurisprudência, o parecer do jurista continuava a estar presente nas decisões de magistrados e funcionários imperiais, seja em Roma ou nas províncias, assim como nos *decreta* e *rescripta* do imperador, elaborados pelos próprios juristas que estavam presentes no conselho imperial e que eram ouvidos sempre antes de qualquer decisão mais importante.⁵³⁴

4.3. *Ius publice respondendi*

4.3.1. As fontes e sua crítica

Embora seja agora ombreado e por vezes superado pela dedicação ao ensino e escrita, o *respondere* permanece como a principal função dos juristas. Mas não poderia deixar de sofrer os efeitos da mutação constitucional que se operara, trazendo ao primeiro posto na *res publica* a figura do *princeps*.

E essa intervenção imperial na atividade consultiva dos juristas romanos, segundo a narrativa de Pompônio, parece não ter demorado a ocorrer. No seu *Enchiridion*, o jurista do século II d.C. descreve a introdução do *respondere ex auctoritate principis*, ou *ius publice respondendi*:

48. <i>Et ita ateio capitoni massurius sabinus successit, labeoni nerva, qui adhuc eas</i>	48.E assim a Ateio Capitão sucedeu Massúrio Sabino e a Labeão, Nerva, os
--	--

si eum libertum pater patris, cum annorum viginti quinque esset, capitis accusasset, et proculum, sane non levem iuris auctorem, in hac opinione fuisse, ut nepoti in huiusmodi causa non putaret dandam bonorum possessionem. cuius sententiam nos quoque secuti sumus, cum rescriberemus ad libellum caesidiaie longinae: sed et volusius maecianus amicus noster ut et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens religione rescripti nostri ductus sit ut coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere. sed cum et ipso maeciano et aliis amicis nostris iuris peritis adhibitis plenius tractaremus, magis visum est nepotem neque verbis neque sententia legis aut edicti praetoris ex persona vel nota patris sui excludi a bonis aviti liberti: plurium etiam iuris auctorum, sed et salvi iuliani amici nostri clarissimi viri hanc sententiam fuisse".

⁵³³ Storia cit., p. 221.

⁵³⁴ G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 204.

dissensiones auxerunt. Hic etiam nerva caesari familiarissimus fuit. Massurius sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a tiberio caesare hoc tamen illi concessum erat.

49. *Et, ut obiter sciamus, ante tempora augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se <si> populo ad respondendum se praepararet.*

50. *Ergo sabino concessum est a tiberio caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. Huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.*

quais aumentaram ainda mais essas dissensões. Também este Nerva foi de grande familiaridade a César. Massúrio Sabino foi do ordem equestre e o primeiro a responder publicamente. Depois disso este benefício começou a ser oferecido, todavia este já lhe fora concedido por Tibério César.

49. E saibamos de passagem, antes dos tempos de Augusto o direito de responder publicamente não era dado pelos príncipes, mas os que tinham confiança nos seus estudos respondiam aos que consultavam; e em todo caso, não davam respostas reconhecidas, mas geralmente eles próprios escreviam aos juízes ou testemunhavam aqueles que os consultavam. O divino Augusto foi o primeiro a determinar, a fim de que a autoridade do direito se tornasse maior, que eles respondessem pela autoridade dele próprio; e desde aquele tempo começa a ser pedido isto como benefício. E por isso o ótimo príncipe Adriano, como uns varões, ex-pretore, pedissem que lhes fosse permitido responder, determinou-lhes por rescrito que isso não costumava ser pedido, mas que costumava ser oferecido e, por isso, se alguém tivesse confiança em si mesmo ele próprio (Adriano) se alegrava que este alguém se preparasse a responder ao povo.

50. Portanto, foi concedido por Tibério César a Sabino que ele respondesse ao povo; este foi recebido na ordem equestre já com idade avançada, de aproximadamente cinquenta anos. Ele não teve amplas faculdades, mas foi geralmente auxiliado por seus ouvintes.⁵³⁵

Gaio, por sua vez, ao definir os *responsa prudentium*, qualifica-os como *sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere*,⁵³⁶ expressão na qual a maioria dos romanistas entrevê uma referência ao mesmo instituto descrito por Pompônio, o que seria confirmado pelo texto das Institutas de Justiniano, que se inspiram na passagem gaiana:

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.

As respostas dos prudentes são as sentenças e as opiniões daqueles a quem era permitido estabelecer o direito. Pois desde muito tempo se determinara houvesse jurisconsultos que interpretassem publicamente o direito, aos quais César deu o direito de responder, e se chamavam jurisconsultos, cujos pareceres e opiniões gozam de uma autoridade tal, que foi constituído não seja lícito ao juiz afastar-se da resposta deles.⁵³⁷

Trata-se, segundo K. TUORI,⁵³⁸ de um conjunto de evidências em favor do *ius respondendi* que é difícil de refutar ou contradizer, mas que é forte desde que se olhe apenas para essas três fontes, pois no resto da literatura latina não há referência ao instituto. Quando se fala em *ius publice respondere*, não se menciona qualquer intervenção

⁵³⁵ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,48-50.

⁵³⁶ Gai. 1,7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*

⁵³⁷ Inst. 1,2,8.

⁵³⁸ *The ius respondendi and the freedom of roman jurisprudence*, in *RIDA* ..., p. 317.

imperial⁵³⁹ e o que se vê nas referências é que o *responsum* era a forma mais comum de comunicação utilizada pelos juristas, e que não havia classes especiais de *responsa*. Para o autor, apesar dos romanistas do século XX terem buscado confirmar a existência do instituto com base em fontes não jurídicas, os resultados dessa tentativa foram desalentadores. E mesmo o texto das institutas de Justiniano, que parece uma referência mais direta ao *ius respondendi*, não oferece uma confirmação, pois seu valor é contestado, em se tratando de um texto pós-clássico.⁵⁴⁰

Se o ceticismo de K. TUORI ainda parece um pouco mitigado, pois que de certa forma não nega a autenticidade do texto de Pompônio, mais radical é o de F. CANCELLI, para quem o *ius respondendi* é uma lenda criada pelos bizantinos para explicar a criação do direito por meio da atividade dos juristas.

Segundo o autor, o príncipe, se quisesse controlar a formação do direito, tinha outras formas para atingir as mesmas finalidades que não a concessão de uma patente aos juristas. Poderia, por exemplo, regular e reformar o processo ou cercar-se de um corpo de funcionários fiéis, o que efetivamente aconteceu.⁵⁴¹

Além disso, a inexistência de outras fontes sobre o tema militaria contra a veracidade de Pompônio, pois uma instituição assim tão importante não poderia passar despercebida aos historiadores do principado e outros eruditos. Quando tratam dos juristas, os historiadores não dão qualquer sinal da existência do *ius respondendi*, ou qualquer distinção entre juristas privilegiados, excluídos ou independentes. Tácito, quando fala da preferência de Augusto por Capitão ao invés de Labeão, não refere nenhum privilégio concedido àquele. Quintiliano, por sua vez, certamente teria lembrado aos oradores que era melhor se valer em juízo de *responsa* de juristas autorizados⁵⁴² e Gélcio, normalmente tão minucioso, não fez qualquer menção ao *ius respondendi*.⁵⁴³

⁵³⁹ Argumento já presente em F. CANCELLI, *Il presunto 'ius respondendi' istituto da Augusto*, in *BIDR* 29 (1987), p. 551.

⁵⁴⁰ K. TUORI, *The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence*, in *RIDA* 51 (2004), p. 301. Um resumo da conclusão cética do autor encontra-se na p. 309: “A general survey of the Roman sources does not result in a confirmation of the historicity of the institution. The use of the words *ius respondendi* in the literature does not correspond to the theory of an imperial privilege. The oft-proposed link between the title *iuris consultus* and the *ius respondendi* is likewise not justified by either literary or epigraphical sources. Similarly, the use of the word *responsum* in the literature does not indicate a difference of rank between *responsa* given by different jurists, let alone that a jurist would have given opinions under imperial authorisation.”

⁵⁴¹ F. CANCELLI, *Il presunto ius respondendi* cit., p. 544.

⁵⁴² Quint. inst. 12,3,7, de fato, ao afirmar que da jurisprudência como um todo se extrai a máxima de decisão

Gaio, por sua vez, não estava falando de *responsa* especiais, mas de toda a obra dos *prudentes*, vivos ou mortos, para o caso específico ou num geral. Era natural que assim fizesse, já que desde a república a jurisprudência constava no elenco das fontes de direito. Para F. CANCELLI, *responsa* no texto de Gaio se refere à atividade jurisprudencial como um todo, tanto no caso concreto, tanto na recolha de pareceres na literatura, e *eorum* se refere a todos os juristas, sem qualquer distinção.⁵⁴⁴ E essa atividade criava direito independentemente da vontade do imperador,

Para F. CANCELLI, o príncipe buscava a colaboração dos juristas, consultando-os ocasionalmente ou chamando-os ao seu *consilium*, sem interferir em sua atuação cotidiana. Tanto é assim que vários princípios jurídicos surgem por uma interação entre decisões imperiais e interpretações jurisprudenciais, com o príncipe se valendo dos pareceres em seus rescritos, o que, segundo o autor, não teria ocorrido se existisse um *ius respondendi*, pois que este bastaria para expressar a vontade normativa do príncipe.⁵⁴⁵

Mas se é assim, como explicar a referência ao instituto no texto de Pompônio? A explicação residiria no fato de que, no Dominato, era difícil compreender como o direito podia se formar por obra de simples particulares que não eram legisladores e não tinham uma permissão superior. Assim, teria havido uma reinterpretação da atividade dos juristas, como se ela ocorresse por uma delegação imperial e como se os pareceres vigorassem por força da vontade do imperador, o que levou à interpolação do texto de Pompônio para fazer constar a existência de um *ius respondendi* jamais verificado na prática.⁵⁴⁶

Contra o ceticismo radical de F. CANCELLI e sua afirmação de que o *ius respondendi* é uma invenção pós-clássica, pode-se argumentar, em primeiro lugar, que os compiladores, e mesmo alguns glosadores pós-clássicos, se tinham motivos para modificar

para o caso concreto, não faz qualquer distinção entre os *responsa*.

⁵⁴³ F. CANCELLI, *Il presunto ius respondendi* cit., pp. 544-545.

⁵⁴⁴ *Il presunto ius respondendi* cit., pp. 547-548.

⁵⁴⁵ *Il presunto ius respondendi* cit., p. 553. Para o autor, os juristas teriam conservado sua liberdade: “*Si può affermare che la giurisprudenza nel principato, salvo certi adattamenti al nuovo regime, continuò a fare quello che fin allora aveva praticato, con nessuna ingerenza diretta del principe; e come i responsa erano dati in gran parte in matèria privatistica, così rimasero determinante per i processi privati nel momento e in seguito: senza una speciale abilitazione del principe, preclusiva o distintiva che fosse.*”

⁵⁴⁶ F. CANCELLI, *Il presunto ius respondendi* cit., p. 559-565. O autor invoca ainda em favor de sua tese a Paráfrase de Teófilo às Institutas, texto que retiraria todo valor histórico da notícia sobre o *ius respondendi*. Teófilo afirma que o povo, o senado e o príncipe concederam aos juristas o *ius condere*. Quando afirma que *permittebatur eis publice respondere, id est legis interpretari*, Teófilo não diz quem permitiu, o que leva F. CANCELLI (p. 568) a concluir que “*lui e i suoi contemporanei non sapessero nulla di un ius respondendi storico, e se lo erano finto e figurato per dare spiegazione a un fenomeno altrimenti inconcepibile nel loro tempo.*”

o direito clássico em alguns pontos e adaptá-lo a seu tempo, não tinham razão alguma para modificar a história.⁵⁴⁷

E ainda que lhes fosse difícil ou impossível compreender a razão para o valor normativo das obras dos juristas (se é que eles não compreendiam, já que se tratava de uma realidade conhecida por quem lidava com o direito), é difícil imaginar que Justiniano ou os compiladores buscassem explicar esse fato por meio da invenção de uma lenda, justamente quando o Digesto vinha regular legislativamente essa força normativa, ainda mais uma lenda que contém elementos contrários à concepção imperial, pois no texto de Pompônio se afirma, em duas oportunidades (ao descrever a situação antes de Augusto e na resposta de Adriano aos *virī praetorīi*) o valor da *fiducia sui* como fundamento da atuação dos juristas.⁵⁴⁸

Mesmo quando não gerou um ceticismo radical, o texto de Pompônio, em virtude de suas irregularidades e contradições,⁵⁴⁹ foi alvo de várias propostas de emenda, para saná-las por meio da inserção ou retirada de palavras ou mudanças na pontuação. A crítica textual teve também sua fase interpolacionista mais radical, representada por H. SIBER, que remove do texto as partes que considera supérfluas,⁵⁵⁰ e F. SCHULZ, para quem quatro mãos intervieram na composição do texto, algumas delas pós-clássicas, além de algumas glosas ao longo do texto.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 435; C. A. CANNATA, *Iura condere*, in F. MILAZZO (org.), *Ius Controversum e Auctoritas Principis – Giuristi Principe e Diritto nel Primo Impero – Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico ‘G. Boulvert’ – Copanell 11-13 giugno 1998*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 34-35; M. HORVAT, *Note in torno allo ius respondendi*, in *Synteleia Arangio-Ruiz 2*, Napoli, Jovene, 1964, p. 72, afirma que “scopo delle interpolazioni giustinianee, in generale, fu quello di adattare il diritto dei secoli precedenti, dell’età classica, alle nuove esigenze ed alle necessità del sesto secolo; ed il problema della formazione del diritto attraverso lo *ius respondendi* non poteva interessare più ora che il potere legislativo era, e da tempo, l’unica fonte normativa.”

⁵⁴⁸ C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 36, para quem, “se quella del *ius respondendi* non fosse stata una realtà storica, i compilatori non si sarebbero sognati di inventarla per complicar le cose, in quanto essa contiene l’affermazione che il valore normativo delle opere dei giuristi non dipendeva all’origine dalla volontà imperiale, ma proveniva da un potere che, all’epoca repubblicana, spettava ai giuristi in modo autonomo.”

⁵⁴⁹ Como a contradição entre o §48 e o §49: Sabino foi o primeiro a *publice respondere*, por concessão de Tibério, mas Augusto é quem instituiu o *respondere ex auctoritate principis*.

⁵⁵⁰ *Der Ausgangspunkt des ‘ius respondendi’*, in SZ 61 (1941), pp. 399-400. O autor considera o § 49 uma inserção posterior e liga os §§ 48 e 50 da seguinte forma: *Massurius Sabinus publice primus respondit: posteaque illi concessum est ut ex auctoritate eius responderet: qui in equestre ordine ...* Sua reconstrução do § 49 é bastante mutiladora e resulta no seguinte texto: *Et ut obter sciamus, ante tempora Augusti qui fiduciam... consulentibus neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus augustus, ut maior iuris consultorum auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent.*

⁵⁵¹ Segundo F. SCHULZ, *Storia* cit., pp. 208-210, as quatro mãos seria as seguintes: 1ª mão (clássica, com algumas glosas): *Et ita Ateio ... familiarissimus fuit*, e continua no §50, com *Sabino concessum est*

A tendência que se consolidou, no entanto, foi a superação do ceticismo radical e também das tentativas extremas de reconstrução.⁵⁵² O texto de Pompônio, cujo clacissimo é defendido por A. GUARINO,⁵⁵³ deve ser lido como uma unidade e na forma em que está, sem imputar aos compiladores mudanças radicais, pois que, como já se disse acima, não havia razões para adulterar a descrição histórica de um instituto já desaparecido. Por outro lado, também não havia razão para transmitir o texto palavra por palavra, o que explica as possíveis irregularidades, devendo-se admitir que a cópia de que dispunham os compiladores podia já estar deteriorada.⁵⁵⁴

Admitido o respeito ao texto como um todo, o que os autores defendem é a necessidade de mínimas correções no texto,⁵⁵⁵ face aos prováveis erros de copistas, ainda que as propostas de correção sejam as mais variadas e não haja consenso em relação a nenhuma delas.

...sustentatus est; 2ª mão (pós-clássica, ainda no §48): *Massurius Sabinus in equestre ordine ... concessum erat*; 3ª mão (clássica, com glosas): *Et ut obter sciamus ... peti hoc pro beneficio coepit*; 4ª mão (pós-clássica): *[Et ideo] optimus princeps ... ad respondendum se <praestaret> [praepareret]*. Apesar de sua crítica radical ao texto, o autor acaba por aderir a uma interpretação tradicional do *ius respondendi*, talvez por dar valor apenas ao §49.

⁵⁵² K. TUORI, *The ius respondendi* cit., p. 299;

⁵⁵³ Il “*ius publice respondendi*”, in *RIDA* 2 (1949), pp. 403 e ss. Para o autor, a razão para a dúvida, além das muitas suspeitas de alteração levantadas contra a obra (*index interpolationum* e Schulz), é o fato de Pompônio ser autor do *liber singularis enchiridion* e também de um *enchiridion* em dois livros. Mas não é possível que Pompônio tenha escrito um pequeno manual em dois livros e depois o tenha resumido ainda mais e confeccionado o *liber singularis*, que deve ser um resumo ou um estrato dos *libri duo enchiridii*, precisamente a introdução histórica do manual pomponiano. Mesmo que confeccionada na época pós-clássica, a obra é clássica, pois que a narrativa sobre a jurisprudência para em Sálvio Juliano. Além disso, referir o *ius civile* como aquele que consta na interpretação dos prudentes sem nenhum escrito não combina com o pensamento pós-clássico e contrasta até mesmo com o ensinamento dado por Papiniano cinquenta anos depois de Pompônio (Pap. 2 *def. D.* 1,1,7). Em sendo assim, por não ser pós-clássica, a consequência metodológica é que não se pode duvidar a priori, como se costumava fazer, das declarações contidas na obra, desvalorizando seu valor informativo para a história do direito romano e da jurisprudência. No que diz respeito ao *ius respondendi*, a demonstração de que o §49 é totalmente clássico estaria na referência a Adriano como *optimus princeps*, como imperador vivo, o que somente pode ter sido feito por Pompônio. Assim sendo, o §49, ao menos em sua estrutura, é de Pompônio e a crítica romanística somente pode se perguntar sobre alterações parciais que possa ter sofrido. B. ALBANESE, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello ius respondendi*, disponível em <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2004/articoli/Prof.%20Albanese%20-%20Appunti.pdf>, p. 1, afirma que o *enchiridion* é um sumário elaborado, feito por um autor não muito competente, talvez um aluno, a partir do trabalho de Pompônio, e que a parte relativa ao *ius respondendi* é uma das menos viciadas. Da mesma opinião é J. PARICIO, *El ius publice respondendi ex auctoritate principis*, in J. PARICIO (org.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, p. 299, para quem as contradições presentes no texto podem ser imputadas a ele mesmo, sem que seja necessário supor intervenções dos compiladores.

⁵⁵⁴ W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., pp. 435-436; ; C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., pp. 34-35; M. HORVAT, *Note* cit., p. 72; F. DE VISSCHER, *Le “ius publice respondendi”* cit., p. 616;

⁵⁵⁵ F. DE VISSCHER, *Le “ius publice respondendi”* cit., p. 616, afirma que o texto de Pompônio já não era originalmente muito claro e que não é justificável, portanto, adicionar correções que lhe deem uma elegância e clareza que nunca possuiu, bastando apenas algumas mudanças de pontuação. Como se poderá ver mais adiante, para o autor bastam tais mudanças porque a forma como interpreta o texto de Pompônio lhe permitem abrir mão das correções de palavras. Assim, como costuma acontecer em relação ao *ius respondendi*, a correção do texto e a teoria adotada pelos romanistas se implicam mutuamente.

T. MOMMSEN,⁵⁵⁶ por exemplo, propõe uma série de correções ao texto. No §48, retirar o *fuit et do*, por considera-lo interpolado (*fortasse interpolatoris sunt*) e substituir o *posteaque* por *nam posteaquam*, com que o texto passa a dizer que Sabino foi não o primeiro a *publice respondere*, mas o primeiro da ordem equestre a fazê-lo depois que se começou a dar esse benefício; além disso, propõe, trocar o *tamen* por *tandem*. No §49, inserir um *si* antes de *populo ad respondendum* e substituir o *praepararet* por *praestaret* ou *praeberet*.

Embora A. GUARINO afirme que as correções de T. MOMMSEN não sejam casuais e tendam para certa leitura do texto,⁵⁵⁷ não parece que isso seja válido para a substituição de *posteaque* por *posteaquam*,⁵⁵⁸ já que aqui deve ter ocorrido um mero erro material dos copistas na interpretação de uma abreviatura. Nos manuscritos em escrita uncial, utilizados pelos compiladores, tanto o *-que* final quanto o *-quam* final são abreviados apenas com “q” ou com alguma variantes como “q̄”. Um exemplo disso é o manuscrito de Gaio, em que o único *posteaquam*, presente em Gai 1,186 é abreviado como “p’teaqualiquis” – *posteaquam aliquis*, de forma que um copista desatento ao contexto da frase poderia facilmente transcrever *posteaque aliquis*.⁵⁵⁹

Mas num geral, a observação de A. GUARINO em relação às correções de T. MOMMSEN faz sentido também em relação a outras propostas, pois que elas condicionam a interpretação da própria natureza e das finalidades do instituto. Por essa razão, a pertinência das alterações será discutida ao longo da exposição sobre o *ius respondendi*.

4.3.2. O conteúdo da medida e seus beneficiários

Pompônio afirma que Augusto *constituit ut ex auctoritate eius responderent*, que isso começou a ser pedido como um benefício e que Tibério concedeu a Sabino o direito de *publice respondere* ou *populo respondere*. Mais tarde, um grupo de *viri praetorii* pergunta a Adriano *ut sibi liceret respondere* e o imperador diz que eles deveriam se preparar *ad*

⁵⁵⁶ T. MOMMSEN e P. KRÜGER, *Digesta Iustiniani Augusti*, vol. I, Berlim, Weimann, 1870.

⁵⁵⁷ Il “*ius publice respondendi*” cit., p. 405.

⁵⁵⁸ Única correção que C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 37, julga realmente importante. Para o autor, as outras correções não são tão importantes, mas visam apenas facilitar a compreensão da passagem num sentido em que ela pode ser compreendida mesmo sem as correções.

⁵⁵⁹ C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 37; M. HORVAT, *Note* cit., p. 712.

populo respondendum. O texto levanta, no entanto, uma série de questões: Qual a natureza da inovação introduzida por Augusto? O que significa *respondere ex auctoritate principis*? É o mesmo que o *publice respondere* concedido por Tibério a Sabino? É um sinônimo de *populo respondere*? O que pediam os *viri praetorii*?

Tais questões, que dizem respeito à natureza do instituto conhecido como *ius respondendi*, têm sido respondidas das mais diversas formas pelos romanistas. De forma bastante simplificada, pode-se verificar uma divisão em duas teorias básicas que, adotando as expressões empregadas por K. TUORI, chamaremos de *teoria da elite* e *teoria da licença*⁵⁶⁰ e cujo ponto de distinção básico é o significado de *ex auctoritate principis*.

A primeira teoria, mais tradicional e majoritária entre os romanistas,⁵⁶¹ defende que o *ius respondendi* consistia na faculdade de dar pareceres *com a autoridade* do príncipe e que os juristas beneficiados com essa faculdade ganhavam maior autoridade em relação aos demais. Já a teoria da licença⁵⁶² afirma que os juristas só podiam exercer a atividade de parecerista *com a autorização* do imperador, ficando excluídos os demais, que podiam, no entanto, se dedicar ainda ao ensino e à redação de literatura jurídica.

Para a teoria da elite, no texto de Pompônio o termo *auctoritas principis* indica não a ideia de permissão, mas se refere à autoridade do príncipe, o enorme prestígio social que ele detinha e que, juntamente com os diversos poderes constitucionais que acumulara, e talvez mais do que eles, fundava sua proeminência frente aos demais cidadãos.⁵⁶³

Com a instituição do *respondere ex auctoritate principis* o que se operava era uma espécie de transferência dessa autoridade a alguns juristas,⁵⁶⁴ cujos pareceres tinham sua autoridade reforçada pela do imperador e passavam a gozar de uma força persuasiva muito

⁵⁶⁰ *The ius respondendi* cit., p. 323.

⁵⁶¹ A ela aderem, por exemplo F. SCHULZ, *Storia* cit., F. DE VISSCHER, *Le "ius publice respondendi"* cit., H. SIBER, *Der ausgangpunkt* cit., A. GUARINO, *Il "ius publice respondendi"* cit., H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., G. PROVERA, *Ancora sul "ius publice respondendi"*, in *SDHI* 28 (1962), M. BRETONNE, *Tecniche* cit., C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., J. PARICIO, *El ius publice* cit., G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit.

⁵⁶² Propositores dessa teoria são, por exemplo, T. Mommsen, *Droit Public Romain*, vol. 5, Paris, Ernest Thorin, 1896 (ainda que com reservas), W. Kunkel, *Das Wesen* cit. (com as mitigações presentes em *Die Römischen Juristen*, como se verá), A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit. (proponente mais radical), V. Arangio-Ruiz, *Storia* cit., M. HORVAT, *Note* cit., R. A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the early Roman empire. A study of relations between the Roman iurists and the emperors from Augustus to Hadrian*, München, C.H. Beck, 1989, O. ROBLEDÁ, *Introduzione* cit.

⁵⁶³ *Res gestae* 34: *auctoritate omnibus praestiti*.

⁵⁶⁴ M. TALAMANCA, *Intervento*, in C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 64; H. SIBER, *Der ausgangpunkt* cit., p. 401; F. SCHULZ, *Principios* cit., p. 209.

maior frente aos juízes e magistrados, como se fossem emanados do próprio príncipe.⁵⁶⁵ Segundo C. A. CANNATA, com a atribuição do *ius respondendi*, o príncipe como que dizia aos juízes: “tenham em mente que este é um dos poucos em quem tenho confiança, ou seja, esses são os pareceres que considero melhores, pois que emitidos por alguém em quem confio.”⁵⁶⁶

Criava-se, assim, uma espécie de elite dentro da jurisprudência, uma diferença de grau entre os juristas, sem impedir, no entanto, o exercício do *respondere* por aqueles que não obtivessem a concessão imperial, já que isto representaria uma tremenda ruptura com a tradição e estaria em total desacordo com a política de Augusto. Juristas não patenteados podiam continuar a dar suas consultas normalmente, *propria et privata auctoritate*, ainda que provavelmente passassem a ser menos procurados pelos consulentes, que deviam preferir juristas cujo parecer fosse dotado da grande força persuasiva obtida com a *auctoritas principis*.^{567 568}

Para vários autores, esse *respondere ex auctoritate principis* é sinônimo de *ius publice respondendi*, expressão que indica o valor público dos pareceres assim emitidos ou o fato de serem proferidos em nome do imperador,⁵⁶⁹ embora haja outras passagens do

⁵⁶⁵ Cf. F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 203; A. GUARINO, *Il “ius publice respondendi”* cit., p. 415; J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 95; H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., p. 18; M. BREONE, *Tecniche* cit., p. 150; G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 346;

⁵⁶⁶ *Iura condere* cit., p. 49. F. GUIZZI, *Potere e consenso nella “costituzione” augustea*, in J. PARICIO (org.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, p. 35, traça uma paralelo entre a concessão do *ius respondendi* e a recomendação de candidatos por parte do príncipe, que era também uma expressão de sua *auctoritas* e acabava adquirindo um valor coercitivo.

⁵⁶⁷ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 203, para quem “tutta l’istituzione era in completa armonia con l’arte di governo di Augusto, che combinava insieme il rispettoso riconoscimento e anche l’esaltazione di un’istituzione reppublicana con la possibilità per il princeps d’influenziare, senza darlo a vedere e sotto forme reppublicane, le decisioni dei giureconsulti.”; M. BREONE, *Tecniche* cit., p. 153; A. GUARINO, *Il “ius publice respondendi”* cit., p. 415; G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 347; C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 45; H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., p. 18; M. BRUTTI, *L’indipendenza* cit., p. 441; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 199-200.

⁵⁶⁸ Segundo M. BREONE, *Tecniche* cit., p. 150, a *auctoritas principis* não alude apenas ao seu prestígio, mas implica também uma espécie de assunção de responsabilidade pelo príncipe; ou seja, o príncipe se faz garante dos pareceres emanados dos juristas dotados de *ius respondendi*. Autor é quem aprova de forma autoritativa (*massgeblich*) e eficaz o comportamento de alguém; mas esse *massgeblich* implica uma certa responsabilidade (*Verantwortung*) por parte de quem aprova. J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 95, nt. 4, discorda, pois ainda que o termo *auctor* possa ser entendido como “garante”, não se pode chegar à absurda conclusão de que o *princeps* se tornaria garante de respostas divergentes.

⁵⁶⁹ M. BREONE, *Tecniche* cit., p. 152, nt. 22; C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 80; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 203, afirma que, quando se refere ao *ius respondendi*, o *publice* significa *nomine rei publicae*, como em Caes. bell. 1,16; Caes. civ. 2,21; Sall. Cat. 11; Cic. Verr. 2,4,9,20 (*publice commodare*), ILS 5513 (*publice debere*). No mesmo sentido, H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., p. 19.

Digesto em que *publice respondere* indique apenas o exercício da atividade consultiva pelos juristas.⁵⁷⁰

B. ALBANESE fornece uma boa explicação para essa vagueza conceitual no texto do Digesto relativo ao *ius respondendi*. Segundo o autor, pode ser que no tempo de Pompônio se tivesse consolidado a expressão resumida *ius respondendi* ou *ius publice respondendi*, para indicar o objeto da concessão imperial feita a alguns juristas, certamente os mais apreciados intelectual e politicamente pelo príncipe. E o excuro do § 49 serviria justamente para esclarecer o conteúdo do instituto, aprofundando o tema apenas mencionado no parágrafo anterior.⁵⁷¹

A teoria da elite, no entanto, não é assim tão uniforme, já que alguns de seus representantes afirmam haver uma diferença entre o que Augusto instituiu e o que Sabino obteve de Tibério.

Para F. DE VISSCHER, o *respondere ex auctoritate eius* instituído por Augusto pode ser algo diferente de um privilégio pessoal concedido a certos juristas, ganhando essa forma apenas depois de algum tempo, mais precisamente sob Tibério. O que Augusto fazia era revestir, com sua autoridade, pareceres específicos que lhe agradassem. Seria uma espécie de ratificação feita pelo príncipe e obtida em casos raros, quando interesses importantes estivessem em jogo. Assim, não se tratava de uma concessão especial a um jurista determinado, mas o *responsum* de qualquer jurista poderia se tornar autorizado, chancelado pelo imperador após sua emanção, daí porque não há nas fontes nenhuma referência a juristas que tenham gozado desse favor imperial.⁵⁷²

Essa ratificação, segundo o autor, ocorria da seguinte maneira: um jurista submetia seu *responsum* ao imperador, para que ele o revestisse de alguma marca ou inscrição que atestasse ter sido ele proferido *ex auctoritate principis* (provavelmente a aposição do selo imperial). Assim, a autoridade do príncipe não era conferida à pessoa do jurista, mas

⁵⁷⁰ Gell. 13,10: *Labeo Antistius iuris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit et consulentibus de iure publice responsitavit*; Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,48; Plin. Epist. 6,15,3: *Est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis atque etiam ius civile publice respondet: quo magis quod tunc fecit et ridiculum et notabile fuit*; Ulp. 6 ad. ed. D. 3,1,1,3: *qua aetate aut paulo maiore fertur nerva filius et publice de iure responsitasse*.

⁵⁷¹ Appunti cit., p. 2

⁵⁷² Le “*ius publice respondendi*” cit., p. 622. é interessante notar que F. DE VISSCHER, desde logo, começa a utilizar a expressão *responsa ex auctoritate principis*, certamente mais adequada a sua tese, mas que não aparece em Pompônio, onde se fala apenas em *respondere ex auctoritate principis*, referindo-se à atividade e não a seu fruto.

apenas a seu parecer, e esse *responsum* deveria ser escrito e *signatum* pelo próprio jurista, ao contrário do que ocorria antes de Augusto.⁵⁷³

E esse controle, essa verificação pessoal do *responsum* a ser revestido da *auctoritas* imperial combinaria perfeitamente com um dos aspectos fundamentais do regime de Augusto: o caráter essencialmente pessoal do governo do príncipe, que não tem representantes, mas exerce pessoalmente várias funções, assim como o controle das matérias de interesse público.⁵⁷⁴

No entanto, esse tipo de governo não dura muito e, com Tibério, ao governo pessoal do príncipe se sucede o governo dos ministros poderosos. A essa transformação corresponde, no âmbito do direito, a mudança no caráter do *respondere ex auctoritate principis*. Tibério não efetua mais o controle pessoal dos pareceres jurisprudenciais e apenas concede a certos juristas o direito de emanar respostas dotadas de uma autoridade especial. Surge então o *beneficium* do *ius publice respondendi*, concedido em primeiro lugar a Sabino e em virtude do qual a autoridade imperial não é mais conferida a pareceres específicos, e sim confiada a certos juristas.⁵⁷⁵

Contra essa tese pode-se objetar, em primeiro lugar, que o texto não autoriza de forma alguma a conclusão de que Augusto fazia uma verificação pessoal específica de pareceres, e um leitor não condicionado jamais interpretaria o texto dessa forma. Além disso, é difícil pensar que Augusto se propusesse a controlar o mérito de cada *responsum* emitido pelos juristas e que juristas como Labeão e Cascélio se submetessem a isso e apresentassem, de livre e espontânea vontade, seus pareceres para que Augusto os confirmasse. E se não fizessem, poderiam ser coagidos a tanto? Como Augusto faria para

⁵⁷³ Le “*ius publice respondendi*” cit., pp. 623-624. O autor não crê que esses *responsa* fossem submetidos a formalidades de dupla escrita, como ocorria com os atos privados, no intuito de prevenir a adulteração do parecer. *Signata*, no texto, se opõe à prática de comunicação oral pelas próprias partes e se refere apenas à aposição de um *signum*, do selo pessoal do jurista, que atestava a origem do *responsum*, sem qualquer exigência adicional de forma.

⁵⁷⁴ Le “*ius publice respondendi*” cit., p. 625.

⁵⁷⁵ Le “*ius publice respondendi*” cit. Para F. DE VISSCHER (p. 628), a reforma de Tibério foi além disso, pois, ao contrário do que ocorria no *respondere ex auctoritate principis*, a forma escrita não foi mais exigida. Ela ia contra os hábitos tradicionais da jurisprudência romana, formados numa época em que as respostas dadas oralmente eram, ao mesmo tempo, o meio de ensinar o direito. Segundo o autor, a razão para crer que a reforma de Tibério tenha repristinado essa liberdade encontra-se no fato do benefício ter sido concedido justamente ao único grande jurista da época que parece ter exercido a atividade docente e até mesmo feito dela sua principal ocupação. Além disso, se o controle pessoal exercido por Augusto exigia a forma escrita, ela não era mais necessária quando o benefício era concedido ao jurista e não havia mais exame de cada parecer pelo imperador.

constrangê-los? ⁵⁷⁶ Por fim, a sanção ocasional de um parecer ou outro não pode ser chamada de *beneficium*, e o texto de Pompônio é claro em afirmar que desde os tempos de Augusto os juristas começaram a pedir o *respondere ex auctoritate eius* como benefício.

Objecções semelhantes podem ser feitas à tese de H. SIBER, que interpreta *ex auctoritate* como uma espécie de ordem ou incumbência do imperador. Para o autor, o que o que teria ocorrido é que Augusto, em virtude do excesso de atribuições ou por alguma outra razão, às vezes se negava a dar um parecer solicitado por alguém e remetia esse requerente ao jurista, que respondia no lugar do imperador e recebia sua autoridade para opinar no caso concreto. O que Tibério fez, por sua vez, foi dar uma autorização geral a Sabino, para que este respondesse *ex auctoritate eius*, ou seja, com a autoridade do príncipe.⁵⁷⁷

Mais uma vez, o texto não permite chegar a essa conclusão, não há fontes que corroborem a ideia de que Augusto remetia alguns casos à apreciação dos juristas, recusando-se a dar seu parecer, e não se pode dizer com certeza que o que Sabino recebeu era diferente do que Augusto instituiu.⁵⁷⁸

A. GUARINO também considera que o que Augusto institui é diferente do que Tibério concede a Sabino, mas de forma eiversa de F. DE VISSCHER e H. SIBER. Para ele, Augusto se limitou a conceder a alguns juristas uma distinção de valor meramente social, de *respondere ex auctoritate* sua, ou seja, como seus *amici*. Trata-se de uma alta honraria que, a princípio, não configura um *privilegium* ou *beneficium* e que não se traduz em

⁵⁷⁶ A. GUARINO, *Il "ius publice respondendi"* cit., p. 414; W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 428, para quem seria também improvável a estrutura formal de confirmação sugerida por F. DE VISSCHER. A utilização de *signare* para significar "escrever" ou "assinar" não aparece em geral na literatura jurídica clássica. Em Paul. 53 ad. ed. D. 50,16,39pr, ocorre a expressão *subsignare* como *subscribere*, mas apenas como um mero uso linguístico nos veteres e em Festo. Além disso, seria questionável que as ordens imperiais fossem assinadas com um selo. Se isso ocorria, o selo não era o essencial, mas a *subscriptio*. Por fim, o autor argumenta ainda (p. 429) que *signata*, em Pompônio indica os pareceres assinados pelo jurista, e mais como uma *Versiegelung* (selar, fechar) do que *Untersiegelung* (assinar com um selo).

⁵⁷⁷ *Der ausgangpunkt* cit., p. 401: "De Visscher (622) meint, daß er ihm vorgelegte Gutachten einzeln autorisiert habe. Zu solcher nachträglichen Bestätigung eines schon verfaßten Gutachtens paßt aber nicht recht seine Anordnung, 'ut ex auctoritate eius responderent'. Näher liegt, daß er bisweilen wegen Überlastung oder aus anderen Gründen von ihm erbetene Gutachten ablehnte und die Bittsteller an Juristen verwies, die ebensogut wie er selbst zur Erstattung in der Lage seien. (...) In jedem Fall mußte seine 'auctoritas' auf so empfohlene Juristen abfärben. In erhöhtem Maße galt das, wenn Sabinus von Tiberius nicht nur für einzelne Fälle, sondern allgemeinen durch 'beneficium' zu Gutachten 'ex auctoritate eius' ermächtigt wurde." E para o autor o *publice respondere* não é um sinônimo de *ex auctoritate principis*, nem mesmo depois de Tibério, e designa apenas a prática das consultas em público. Tanto é assim que, segundo ele, Sabino recebeu o *respondere ex auctoritate principis* depois que já praticava o *publice respondere*.

⁵⁷⁸ W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 431.

obrigatoriedade jurídica para os julgadores, mas que, obviamente, os juristas passaram a ambicionar, daí porque Pompônio afirmar que se começou a pedi-la como benefício.⁵⁷⁹

Tibério, por seu turno, concedeu a Sabino a faculdade de *publice respondere*, ou *populo respondere*, que significa, segundo o autor, dar respostas “*con effetto vincolante per tutto il populus romanus*.” Depois dessa primeira concessão, os príncipes começaram a conferir a outros juristas o mesmo privilégio.⁵⁸⁰

A. GUARINO admite que embora se possa objetar que Pompônio, ao afirmar que *ante tempora augusti publice respondendi ius non ...dabatur*, quer dizer que Augusto foi o responsável por sua introdução completa, isso não invalida sua interpretação, já que Pompônio, não sendo um “matemático das palavras”, pode ter dito que Augusto deu o primeiro passo, dispondo que alguns dessem respostas em sua autoridade, mas o primeiro jurista a gozar plenamente do benefício foi Sabino, por obra de Tibério.⁵⁸¹

M. BRETONE critica essa tese e confessa não compreender o raciocínio segundo o qual Tibério transformou o *respondere ex auctoritate principis* no *beneficium* de *publice (populo) respondere*, ou seja, dar pareceres com eficácia vinculante. Para o autor, as duas expressões são equivalentes e não há nenhuma razão para enxergar a diferença alegada por A. GUARINO. Além de não se poder datar com certeza a transformação do instituto num verdadeiro *beneficium*, essa transformação não influi em seu *conteúdo*, mas apenas na *forma* em que era concedido,⁵⁸² como se verá no item 4.3.4.

Dentro da teoria da elite, mesmo quando se concorda que o *ius respondendi* teve o mesmo conteúdo desde sua introdução por Augusto, variam ainda as opiniões a respeito da eficácia dos pareceres emitidos pelos juristas beneficiados. Para alguns autores, eles eram vinculantes desde o tempo de Augusto; para outros, como Guarino, foi Tibério quem determinou essa eficácia vinculante; há quem entenda que foi o rescrito de Adriano mencionado em Gai. 1, 7 a estabelecer essa regra, mas outra parcela de autores defende

⁵⁷⁹ Il “*ius publice respondendi*” cit., p. 415.

⁵⁸⁰ Il “*ius publice respondendi*” cit., p. 416. A essa tese aderiu J. PARICIO, *El ius publice* cit., pp. 93-94, que invoca em favor dela as seguintes razões: “*Su interpretación parece armonizar bastante con el carácter vacilante y de respecto a la tradición republicana que presenta el principado augusteo, y asimismo se adecúa bien con el carácter institucionalizado del Principado de Tiberio; todo lo cual, a mi juicio, concuerda con lo respetuosas que suelen ser las épocas fundacionales cuando se goza de un amplio consenso (sea en el ámbito político, o en el religioso, o en otros), mientras que la institucionalización se suele producir con el sucesor o sucesores.*”

⁵⁸¹ Il “*ius publice respondendi*” cit., p. 416.

⁵⁸² *Tecniche* cit., p. 152, nt. 22.

que essa eficácia vinculante foi surgindo com o tempo e que o rescrito apenas confirmou uma regra já existente.⁵⁸³

A teoria da licença tem outra interpretação sobre a natureza da medida instituída por Augusto. Segundo seus defensores o que o primeiro imperador romano fez foi limitar a liberdade de exercício do *respondere*, condicionando-o a uma autorização prévia.⁵⁸⁴

Um primeiro argumento em favor dessa tese viria do próprio texto de Pompônio, que parece opor ao *ius respondendi* o sistema anterior, em que vigorava a liberdade de atuação dos juristas. Antes de Augusto, o direito de *publice respondere* não era dado por ninguém, e quem tinha confiança em seus estudos respondia às consultas dos clientes. Mas depois dele, parece que a *fidúcia sui* não bastava mais, sendo necessário algo mais, uma permissão para o exercício da atividade consultiva.⁵⁸⁵

Além disso, o termo *ex auctoritate principis* deve ser compreendido de maneira diversa, pois não se refere à *auctoritas principis* num geral, mas em um sentido mais específico. Segundo A. MAGDELAIN, além do sentido tradicional de autoridade, prestígio, a expressão tem um significado mais restrito, designado também algum ato específico, uma ordem ou uma autorização dada pelo imperador.⁵⁸⁶

Mas para o autor, embora o termo *auctoritas* indique, em diversas fontes uma ordem imperial,⁵⁸⁷ isto não ocorre em relação ao *ius respondendi*, um *beneficium* que não

⁵⁸³ Essa questão será tratada no item 5.2, daí porque, por ora, limitamo-nos a apresentar as principais posições a respeito do tema, sem indicação de seus proponentes, o que ocorrerá mais adiante.

⁵⁸⁴ Na formulação de W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 441, *constituit ut ex auctoritate eius responderent* significa “daß die Gutachtertätigkeit der Juristen – d.h. aller Juristen – im Auftrag oder mit Genehmigung des Kaisers erfolgen sollte.”

⁵⁸⁵ A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 106; M. HORVAT, *Note* cit., p. 712.

⁵⁸⁶ *Ius respondendi* cit., p. 110-111.

⁵⁸⁷ *Ius respondendi* cit., pp. 112-114: A *lex de imperio Vespasiani* (2,7-9) reserva ao imperador o direito de convocar o Senado fora de época, o que ocorre *ex voluntate auctoritateve*. A expressão “C A” no verso de algumas moedas significa *Caesaris auctoritate*, indicando que a emissão foi ordenada pelo imperador. Também nos marcos fronteiros de cidades aparece a expressão *ex auctoritate imperatoris*, para dizer que o traçado das fronteiras foi feito por causa de uma ordem imperial. Nesses casos, *auctoritas* não designa a autoridade, mas uma simples decisão do príncipe, assim como ocorre quando o imperador manda aos herdeiros que respeitem a vontade do testador (Pap. 6 *quaest.* D. 5,3,50,1: *...tamen principal vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis*), ao *paterfamilias* que emancipe seu filho (Ulp. 5 *fideicom.* D. 35,1,92: *.. ex auctoritate divi Severi emancipare eos compulsus...*), ao senhor que venda o escravo que ele maltrata (Coll. 3,3,6, citando uma constituição de 152 *.. ex mea iam auctoritate te ad alienandos eos compellere*), ao magistrado que efetue uma *datio iudicis* (Mod. 8 *reg.* D. 49,3,3 : *dato iudice a magistratibus Populi romani cuiusque ordinis, etiamsi ex auctoritate principis licet nominatim iudicem declarantes dederint, ipsi tamen magistratibus appellabuntur...*). No último texto, como se vê, aparece a expressão quase idêntica àquela presente em Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,49.

impõe nenhuma obrigação ao jurista, tratando-se, isto sim, de um favor que ele solicita ao príncipe, o que remete à ideia de permissão, de autorização prévia.

A utilização de *ex auctoritate* para significar “com a permissão” é atestada, segundo W. KUNKEL,⁵⁸⁸ em passagens de Cícero⁵⁸⁹ e Tito Lívio, quando trata da dependência política dos aliados em relação a Roma e da necessidade de consultá-la antes de agir, emprega *auctoritas* para designar esse consentimento.⁵⁹⁰

No império,⁵⁹¹ encontra-se o uso de *auctoritas* como permissão, por exemplo, na *terminatio* das margens do Tibre, feita *ex auctoritate imperatoris* (Claudio). Os juristas, por sua vez, empregam a expressão *ex* ou *sine auctoritate principis* para se referir a uma autorização imperial⁵⁹² e *auctoritas* para designar a decisão com que o príncipe autoriza a *impetratio dominii* em matéria de garantias reais,⁵⁹³ o refazimento dos muros de um município,⁵⁹⁴ o fim de um arrendamento perpétuo de terras públicas⁵⁹⁵ e a mudança num legado feito a um município.⁵⁹⁶

Bem atestado no período imperial e na linguagem jurídica, seria este, segundo A. MAGDELAINE e W. KUNKEL,⁵⁹⁷ o uso de *ex auctoritate principis* no texto de Pompônio, indicando que Augusto instituiu a obrigatoriedade de uma autorização prévia para o exercício do *respondere*.

⁵⁸⁸ *Das Wesen* cit., p. 439.

⁵⁸⁹ Cic. Phil. 9,13 e Cic. Phil 9,15.

⁵⁹⁰ Liv. 29,12,4: *eo se auerterant Romani ab Aetolorum quo missi erant auxilio, irati quod sine auctoritate sua aduersus foedus cum rege pacem fecissent*. “Os romanos se haviam voltado para aquele lado, em lugar de rumar para onde tinham sido enviados, isto é, em socorro dos Etólios, graças à cólera por descobrirem que estes, sem seu assentimento e contrariamente ao tratado, fizeram a paz com o rei.” Liv. 31,9,1ss: *ceterum, etsi communes socii sint, tamen nisi ex auctoritate populi Romani neque classem neque exercitum defendendi aut oppugnandi cuiusquam causa regem in Graeciam missurum esse*; Liv. 36,31,6ss: *et cum causas oppugnationis exponeret, castigatum leniter, quod tantam rem sine auctoritate sua conatus esset, dimittere exercitum iussit nec pacem omnium bono partam turbare*. – sem a aprovação de Quíntio.

⁵⁹¹ Fontes citadas por A. MAGDELAINE, *Ius respondendi* cit., p. 115.

⁵⁹² Paulo declara que somente o imperador pode autorizar a comutação de uma pena (Paul. 1 sent. D. 42,1,45,1: *de amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam sine principali auctoritate nihil est statuendum*). O mesmo aparece em Ulp. 10 de off. proc. D. 48,19,9,11 (*...ut ex auctoritate eius poena aut permutteretur aut liberaretur*) e Cal. 5 de cogn. D. 48,19,27pr.

⁵⁹³ Tryph. 7 disp. D. 41,1,63,4: *.. cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii*.

⁵⁹⁴ Ulp. 68 ad. ed. D. 1,8,9,4: *Muros autem municipales nec reficere licet sine principis vel praesidis auctoritate*; Macer 2 de off. praes. D. 50,10,3: *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet ...1. Publico vero sumptu opus novum sine principis auctoritate fieri non licere constitutionibus declaratur*.

⁵⁹⁵ Paul 5 sent. D. 39,4,11,1: *... a curatore sine auctoritate principal revocari non possunt*.

⁵⁹⁶ Valens 2 fideicom. D. 50,8,6pr: *Legatam municipio pecuniam in aliam rem quam defunctus voluit convertere citra principis auctoritatem non licet*.

⁵⁹⁷ *Ius respondendi* cit., p. 116; *Das Wesen* cit., p. 441.

Essa interpretação encontraria ainda confirmação no episódio dos *virī praetorīi*, que pedem a Adriano simplesmente para responder às consultas (*ut sibi liceret respondere*), e não suas respostas sejam dotadas da autoridade do imperador.⁵⁹⁸ Assim como mais adiante o texto informa que foi concedido a Sabino *ut populo responderet*, expressão que significa apenas estar à disposição para responder às consultas do povo e não que as respostas sejam qualificadas pela autoridade do imperador.⁵⁹⁹

Também a passagem de Gai. 1,7 traria uma confirmação para a teoria da licença.⁶⁰⁰ Segundo A. MAGDELAIN, ao definir os *responsa prudentium* como as *sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere*, Gaio não descreve um sistema dualista, com dois tipos de jurista, mas afirma apenas que “*pour que les prudents puissent contribuer à la formation du droit grâce à leurs responsa, ils doivent être munis d’une autorisation.*”⁶⁰¹

A idéia de que apenas os juristas autorizados podiam dar consultas seria reforçada, ainda, pela passagem das Institutas de Justiniano, em que se afirma que o título de *iuris consultus* foi reservado apenas para aqueles que obtiveram o benefício imperial e pela ordem dada por Justiniano a fim de que somente fossem utilizados na confecção do Digesto textos de juristas dotados de *ius respondendi*,⁶⁰² ainda que os compiladores não a tenham seguido á risca, pois que juristas republicanos também se encontram presentes na obra.⁶⁰³

W. KUNKEL afirma que interpretar o *ius respondendi* como uma autorização prévia para o exercício do *respondere* ajuda a compreender, em primeiro lugar, o uso

⁵⁹⁸ W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 442; A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 108; M. HORVAT, *Note* cit., p. 714.

⁵⁹⁹ A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 150, nt. 150.

⁶⁰⁰ Embora não declare expressamente que ela confirma sua teoria, W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 442, afirma que o texto de Gaio é iluminado pela interpretação proposta acerca do *ius respondendi*.

⁶⁰¹ *Ius respondendi* cit., p. 109.

⁶⁰² Const. *Deo auctore* 4: *Iubemus igitur uobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur; nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat.* “Portanto vos ordenamos a ler e corrigir os livros pertinentes ao direito romano dos antigos jurisconsultos, a quem os sagrados príncipes autorizaram a redigir e interpretar as leis, a fim de que deles se recolha toda a matéria e, uma vez eliminadas, no limite do possível, todas as repetições e discordâncias, se logre a obra que, de per si, possa substituir as outras.” Tradução de R. POLETTI, *Elementos de Direito Romano público e privado*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p.56.

⁶⁰³ A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., pp. 206-207. Segundo o autor, a qualificação de *iuris consultus* é mencionada com frequência ao lado de títulos oficiais (fontes na p. 207, nt. 23), mas aí não se trata nem de uma etapa do *cursus honorum* nem de um mero título profissional, representando, isto sim, um *beneficium*, uma distinção que se quer deixar registrada.

indiscriminado de *respondere ex auctoritate principis, publice e populo respondere*, que H. SIBER e F. SCHULZ, por exemplo, viam como fruto de falsificações ou distorções do texto. As três expressões, segundo o autor, significam a mesma coisa. Se desde Augusto a atividade de parecerista dependia de uma autorização, de uma licença do príncipe, então só podia responder publicamente (*publice*), ou seja, ao povo (*populo*), quem a tivesse.⁶⁰⁴

E ao contrário do que sustentam os defensores da teoria da elite, essa medida, embora muito restritiva e talvez radical, não contrasta com o caráter do governo de Augusto. Para W. KUNKEL, não se pode construir uma imagem ideal do principado de Augusto e a partir dela julgar as iniciativas tomadas por ele. Ainda que proclamasse um restaurador da república, Augusto era também um genial pragmático, e não hesitava em tomar medidas drásticas quando fosse necessário. E seria justamente esse o caso em se tratando da instituição do *ius respondendi*: para restaurar a autoridade da jurisprudência e do direito, era preciso limitar o círculo de pessoas capazes de fornecer pareceres em juízo.⁶⁰⁵

A interpretação proposta ajudaria a compreender, ainda, por que as escolas jurídicas do império acabam se debruçando sobre questões um tanto distantes da prática, o que deve ter ocorrido pelo fato de que parte dos juristas não podia exercer a atividade prática.⁶⁰⁶ A. MAGDELAIN afirma que o surgimento de juristas que se dedicam exclusivamente à docência tem a ver justamente com a criação do *ius respondendi*, pois é difícil imaginar que renunciassem espontaneamente à honradíssima atividade consultiva, ainda no império o nervo central da jurisprudência, apenas em razão do gosto pela ciência abstrata. A divisão entre *docentes* e *respondentes* se explicaria, portanto, pela necessidade

⁶⁰⁴ *Das Wesen* cit., p. 442; No mesmo sentido, M. HORVAT, *Note* cit., p. 712. A. Magdelain, embora partidário da teoria da licença, não considera equivalentes as três expressões.

⁶⁰⁵ *Das Wesen* cit., p. 447. M. HORVAT, *Note* cit., pp. 715-716, também concorda com a possibilidade de uma medida assim radical, mas entrevê nela motivações menos nobre. Para o autor, o principado de Augusto já era de certa forma uma ditadura militar, apesar da fachada republicana e entre o principado e o dominato não existem diferenças tão grandes. As fontes do direito preexistentes foram suprimidas (legislação comicial, edito pretório, a livre iniciativa dos senatusconsultos) e pouco a pouco a legislação e a jurisdição imperial se tornaram de fato as principais fontes do direito. Nesse contexto, não se podia tolerar uma livre atividade criadora do direito nas mãos dos juristas. Assim, apesar das motivações declaradas (aumentar a autoridade do direito), o que Augusto queria era controlar a jurisprudência: “*Le pubbliche motivazioni degli atti dei dittatori sono di solito false e mendaci: Augusto non aveva ancora la possibilità di occuparsi personalmente della giurisprudenza e se fu costretto a tollerare l’attività dei giuristi, provvide senz’altro a limitare la possibilità di influire sulla risoluzione delle liti e sulla formazione del diritto ad uno stretto circolo d’esponenti senatoria della classe governante.*”

⁶⁰⁶ *Das Wesen* cit., p. 456.

de autorização prévia, que obrigava aqueles que não a obtivessem a dedicar-se apenas ao ensino e à escrita.⁶⁰⁷

Contra a teoria da licença, pode-se questionar, em primeiro lugar, se *ex auctoritate*, no texto de Pompônio, quer mesmo dizer “com autorização”, já que este sentido não é o único atribuível ao termo. Em suas ocorrências em Tito Lívio, *ex auctoritate* aparece muitas vezes ligado a *patrum*, para indicar a *auctoritas senatus* que não significa necessariamente “autorização”

No episódio dos *virī praetorīi*, por sua vez, caso se pressuponha a existência de um *publice* no meio de *liceret respondere*, como fazem alguns autores, e dependendo de como se interprete esse *publice*, o texto pode indicar que a solicitação era de algo mais que o simples exercício da atividade consultiva.

Quanto ao *permissum est*, utilizado como argumento textual para sustentar a teoria da licença, há quem afirme que o texto de Gaio nem mesmo se refere ao *ius respondendi* e, quando muito, a uma autorização imperial. F. CANCELLI, por exemplo, defende que o uso de uma forma impessoal não faz supor qualquer ato positivo de investidura pelo príncipe ou quem quer que seja, mas indica, no máximo, uma ausência de veto ou impedimento. Para o autor, o sujeito do verbo é sociedade como um todo, não apenas o príncipe, mas todos que sempre aceitaram o desenvolvimento do direito por meio dos pareceres dos juristas, e que o fizeram não por meio de autorizações formais, mas pelo consentimento tácito. Assim sendo, o texto indica que ainda no tempo de Gaio havia essa permissão social para que os juristas formassem o direito, sem qualquer referência ao *ius respondendi*.⁶⁰⁸

Também G. NICOSIA, embora não negue, como F. CANCELLI, a existência do *ius respondendi*, não acredita que Gai. 1,7 se refira a esse instituto. O que acontece, segundo o autor, é que os romanistas, em geral, interpretaram essa passagem à luz do texto das Institutas de Justiniano,⁶⁰⁹ quando o que se deveria fazer é o contrário. Assim, concepções

⁶⁰⁷ *Ius respondendi* cit., p. 125.

⁶⁰⁸ *Il presunto ius respondendi* cit., pp. 548-549. Em Gai. 4,30, além disso, Gaio se refere também aos *veteres*, em cuja época não há mesmo que se falar em autorização para o exercício da atividade de jurista, como *iuris conditores*. Para B. ALBANESE, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del ius respondendi*, disponível em <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2004/articoli/Prof.%20Albanese%20-%20Gai.pdf>, p. 2, a permissão de que fala Gaio é o “*riconoscimento della qualità di giureconsulto da parte della comunità*”, e em especial da comunidade dos estudiosos do direito, ou mesmo a convocação para fazer parte do conselho imperial.

⁶⁰⁹ Exemplo dessa atitude encontra-se em C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 29, para quem o texto de Justiniano é uma explicação do *permissum est* presente em Gaio.

pós-clássicas foram projetadas no passado, causando uma interpretação errônea do texto de Gaio.⁶¹⁰

O uso de *condere* para indicar a criação do direito ainda é encontrado no período justinianeu, mas num contexto diverso, que altera em parte o seu sentido. As constituições imperiais são então a única fonte de direito novo, ainda que pressuponham a experiência jurídica passada, para cujo conhecimento os juristas pós-clássicos se valem das obras dos clássicos. Também nessa época o imperador toma conta não só da produção, mas também da interpretação e aplicação judiciária do direito, que tem como ponto de referência a vontade imperial.⁶¹¹

Portanto, quando se fala em *iura condere* nesse período, o contexto é outro. O pano de fundo não é mais a atuação viva e contínua de renovação empreendida pelos juristas por meio do debate doutrinário que contribui para a formação dos *iura populi romani*. Agora, quando se fala nos juristas, a referência é às suas obras, e aos juristas antigos, considerados como os antigos *iuris conditores*, ao mesmo tempo em que subordina esse poder criativo à concessão imperial, querendo com isso reivindicar a posição de único *iuris conditor*, ou *legis lator*, assim como único intérprete do direito.⁶¹²

E o texto das Institutas de Justiniano, embora inspirado nas de Gaio, reflete as conexões do período justinianeu,⁶¹³ o que leva seus autores a empregar o verbo *permittere* para indicar uma concessão imperial e, assim o fazendo, tratar o que chamam de *ius respondendi* como uma faculdade dada pelo imperador aos juristas para que houvesse quem *iura publice interpretarentur*. Chegam até mesmo a afirmar, indo além do texto de Gaio, que somente quem recebia essa faculdade era chamado de *iuris consultus*.⁶¹⁴

Para G. NICOSIA, portanto, Gaio fala dos juristas como aqueles a quem o consenso social sempre consentiu a tarefa de *iura condere* e, ao falar assim, ele tem em mente *todos*

⁶¹⁰ *Iura condere*, disponível em <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2005/articoli/9%20-%20Iura%20condere%20-%20PROF.%20NICOSIA.pdf>, pp. 5-6.

⁶¹¹ G. NICOSIA, *Iura condere* cit., p. 3.

⁶¹² G. NICOSIA, *Iura condere* cit., pp. 3-4. Essa ideia se expressa claramente em certas constituições imperiais: Just. C. 1,14,12,3: *...si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet*. 4. *...is cui soli legis latorem esse concessum est*. 5. *...tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit*.; Just. C. 1.17.2.21: *...ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari*.; Const. Deo auctore 4: *antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praeberunt*.

⁶¹³ G. NICOSIA, *Iura condere* cit., p. 6.

⁶¹⁴ Inst. 1,2,8.

os *juristas*, sem distinção ou limitação alguma, assim como no texto em que ele se refere aos antigos juristas do tempo das ações da lei (quando é inconcebível qualquer ideia de permissão para o exercício da jurisprudência) como aqueles *qui tunc iura condiderunt*.⁶¹⁵

Mas ainda que o texto se refira ao *ius respondendi*, ele não fornece necessariamente um argumento conclusivo em favor da teoria da licença. Quem quer que seja o responsável pela permissão, ela tem como conteúdo não o *respondere*, mas o *iura condere*. O que o texto parece indicar é que alguns juristas tinham a permissão para criar direito, o que não se confunde com a permissão para dar consultas. Assim sendo, pode servir para legitimar também a teoria da licença se for lido como uma indicação da existência de dois níveis de parecer: aquele que *legis vicem optinet* e os demais.

Como se viu, A. MAGDELAIN trazia como argumento para a teoria da licença o texto das Institutas de Justiniano que limita aos juristas beneficiados com a autorização imperial o título de *iuris consultus*. Essa afirmação, no entanto, não é digna de crédito, pois que antes de haver um *princeps* já havia juristas, que sempre foram chamados de *iuris consulti*.⁶¹⁶ Mais uma vez, o que ocorre é uma projeção no passado da situação real do período justinianeu.⁶¹⁷

Pode-se argumentar, no entanto, que o sentido do termo *iuris consultus* mudou durante o império, justamente em função do estabelecimento do *ius respondendi*. Mas as fontes do período não permitem chegar a essa conclusão. Segundo K. TUORI, ainda que *iuris consultus* e outros títulos tenham sido utilizados pela profissão jurídica, não há, afora a Inst. 1,2,8, evidência clara indiscutível de que o termo esteja está diretamente ligado ao benefício imperial.⁶¹⁸ *ius respondendi*.

⁶¹⁵ *Iura condere* cit., pp. 9 e 15, na qual afirma: “Indicando con il termine veteres (così come in numerosi altri luoghi delle Institutiones) gli antichi giuristi, e dicendo che essi iura condiderunt, Gaio si esprime negli stessi termini in cui si esprime quando, con riferimento ai suoi tempi, dice che ai giuristi era riconosciuta la facoltà di iura condere.”

⁶¹⁶ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 205; B. ALBANESE, *Nota* cit., p. 4; G. NICOSIA, *Iura condere* cit., p. 7, nt. 3;

⁶¹⁷ M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., pp. 441-442: “Il passato non si perde, ma si ricostruisce e si inventa nel presente. Qui il primato assoluto dell'autorità imperiale, della sua organizzazione, dei suoi uffici e delle sue leggi domina la prassi e la rappresentazione del diritto. Allo stesso modo, la tradizione che porta il *vetus ius* fino a Giustiniano, da cui egli ordina di trarre i libri dei Digesta, è concepita come necessariamente dipendente dal potere imperiale.” Trata-se da mesma reinvenção do passado presente na *Const. Deo Auctore* 4.

⁶¹⁸ *The ius respondendi* cit., p. 305.

Buscando refutar a tese de A. MAGDELAIN, o autor, compilou uma série de fontes, jurídicas e literárias, na qual o termo *iuris consultus* aparece,⁶¹⁹ e concluiu pela impossibilidade de relacioná-lo à obtenção de *ius respondendi*. Nas fontes epigráficas, por sua vez, o título é atribuído a pessoas que jamais poderiam ter obtido o benefício, levando à conclusão de que se tratava de um termo comum para designar o jurista, assim como *iuris magister*, *iuris peritus*, *iuris prudens*, *iuris studiosus* e outros.⁶²⁰

Mas e se tais fontes apenas desvirtuaram um uso do termo que era preciso na linguagem oficial, aplicando-o a quem não era *iuris consultus*? K. TUORI⁶²¹ afirma que esse argumento, que não pode ser demonstrado, parece construído apenas para apenas para corroborar uma certa hipótese, dando liberdade na escolha da evidência relevante, o que não parece aceitável, ainda mais tendo em vista a utilização do termo desde os tempos da república.

Além dos argumentos textuais, podem ser invocadas outras razões para refutar a teoria da licença, ao menos em sua formulação radical. Em primeiro lugar, Augusto não poderia ter autorizado algo que já o era,⁶²² e pensar que, do dia para a noite, ele tenha condicionado o *respondere* a uma permissão imperial, parece contrastar com a política que adotou diante dos juristas.⁶²³

Ainda que não se parta de um conceito ideal do principado e se tenha em mente o pragmatismo de Augusto, invocado por W. KUNKEL em favor de sua tese, há notícias expressas nas fontes acerca da busca de Augusto pela colaboração dos juristas, como quando procura Terbácio para opinar sobre a introdução dos codicilos, ou quando oferece um consulado a Labeão, provavelmente buscando cooptar para o novo regime aquele que, dentre os juristas, parece ter sido o mais resistente ao principado.

W. KUNKEL, como se viu, ao rejeitar a tese de F. DE VISSCHER acerca da natureza dos *ius respondendi* sob Augusto (verificação pessoal dos pareceres emitidos), questiona: É possível imaginar que juristas como Labeão e Cascélio se submetessem a isso? Que

⁶¹⁹ Paulo emprega o termo em relação a Nerva (Paul. *l.s. de off. praef. vig.* D. 20,2,9) e Papiniano (Paul 3 *quaest.* D. 12,1,40pr). No Codex, Ulpiano (C. 8,37,4) e Modestino (C. 3,42,5). No Código Teodosiano, Scaevola (C. Th. 4,4,3,3). Na literatura não jurídica, *iuris consultus* está ligado a Ateio Capitão (Suet. gramm. 10,2), Cássio Longino (Suet. Ner. 37,1), Juvêncio Celso, Salvio Juliano e Nerácio Prisco (Hist. Aug. Hadr. 18).

⁶²⁰ K. TUORI, *The ius respondendi* cit., pp. 305-307, com ampla coleção de fontes epigráficas.

⁶²¹ *The ius respondendi* cit., p. 307.

⁶²² G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 347, nt. 23.

⁶²³ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 203.

apresentassem de livre e espontânea vontade seus pareceres para que Augusto os confirmasse? E se não era espontâneo, eles teriam aceitado ser coagidos a tanto? Como Augusto faria para constrangê-los?⁶²⁴

Ora, os mesmos argumentos podem ser invocados contra a teoria da licença: É de se imaginar que Labeão, por exemplo, que chega até mesmo a recusar o consulado oferecido por Augusto, seu submetesse à necessidade, aparentemente desonrosa para um jurista já estabelecido, de buscar uma autorização imperial para aquilo que já vinha fazendo havia tempo? Como Augusto faria para constranger um jurista como esse a buscar a autorização?

Indo além, pode-se perguntar: Como o imperador fiscalizaria o exercício “ilegal” da consultoria jurídica por quem quer que fosse? Havia sanção para isso? As fontes são completamente omissas a respeito, mas seria inconcebível que essa tarefa fosse um monopólio reservado apenas a alguns juristas e que um cidadão não pudesse consultar um amigo mais ou menos versado no direito.⁶²⁵

É consenso, em ambas as teorias, que o *ius respondendi* não dizia respeito nem ao *cavere*, nem ao *agere*, nem à atividade didática ou científica, mas apenas ao *respondere* em sentido estrito, à emanção de pareceres para serem utilizados em juízo. Em sendo assim, é possível que o imperador tenha limitado a liberdade de atuação dos juristas, ao mesmo tempo em que atuavam com total liberdade os profissionais de menor brilho, que cada vez mais auxiliavam os particulares na redação de contratos e testamentos?

Ora, então os imperadores davam liberdade profissional para simples práticos e redatores de documento, mas não para os juristas, personagens mais honrados e relevantes na sociedade? Deve-se admitir certo nível de mesquinhez por parte do imperador, e principalmente de Augusto (que em outros campos buscou honrar a aristocracia), para crer que eles beneficiassem homens de baixa condição (talvez não pertencentes nem mesmo à ordem equestre que eles tanto promoveram) e colocassem de lado gente mais importante. Ou se tratava de uma espécie de medo da jurisprudência, que os levava a marginalizá-la, o que não parece ser o caso.

⁶²⁴ *Das Wesen* cit., p. 428.

⁶²⁵ H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., p. 18.

Além disso, se considerarmos que a prática negocial, ainda que de forma menos nítida, implique na criação de direito novo, como conceber que fosse concedida a esses práticos a liberdade para inovar, e aos juristas, herdeiros de uma tradição venerada na cidade, não pudessem fazê-lo sem a permissão do imperador?

Outra questão delicada diz respeito ao modo como um jurista poderia se habilitar para obter a autorização imperial sem poder, antes disso, exercer a atividade consultiva. Se o *ius respondendi* era uma licença para atuar, como um jurista se mostraria à altura da obtenção dessa licença? Se não o fazia apenas com a atividade científica e didática, mas sim ao se mostrar como um consultor experimentado e de qualidade, como isso poderia ocorrer, se era proibido atuar como consultor antes da autorização?

J. PARICIO,⁶²⁶ por exemplo, rejeita a teoria da licença e sustenta que, além das fontes não afirmarem que o imperador proibia a prática consultiva àqueles não dotados de *ius respondendi*, deve-se ter em mente que a própria concessão do benefício era provavelmente o fruto da notoriedade de um jurista, alcançada justamente através dos *responsa* que emitira.⁶²⁷

Nem mesmo o argumento de W. KUNKEL com base no contexto anterior (para restabelecer a autoridade dos pareceres era preciso limitar o círculo de juristas, o que Ausguto fez vedando o exercício aos não autorizados) é decisivo em favor da teoria da licença, pois que a instituição de um *ius respondendi* nos moldes em que o compreende a teoria da elite também responde à mesma necessidade.

Ao invés de tolher o exercício da jurisprudência, o imperador apenas confere sua própria autoridade aos juristas que julga competentes, fazendo com que seus pareceres ganhem maior consideração do que tinham durante a república e que as opiniões dos demais pouco pouco sejam deixadas de lado, ou mesmo que eles nem mesmo sejam mais consultados.

Por fim, embora a compreensão do *ius respondendi* como autorização prévia possa explicar a concentração de alguns juristas no ensino e no estudo, há outras explicações possíveis, como a perda de interesse pela atividade consultiva, que desde o final da república não se mostrava tão capaz de angariar fama e reconhecimento social suficientes

⁶²⁶ *El ius publice* cit., p. 100.

⁶²⁷ Como dá a entender o imperador Adriano ao responder a consulta dos *virii praetorii*. Eles deviam se preparar para responder ao povo e então aguardar pela concessão do benefício.

para garantir o sucesso eleitoral, que no principado, inclusive, depende de circunstâncias bem diferentes. Mas se não se quiser enxergar o *respondere* como uma atividade assim tão interesseira, a concentração no estudo e no ensino pode ser explicada por uma mudança de concepção quanto à atividade intelectual, que é agora, de certa forma, autossuficiente e basta, como se viu mais acima (item 4.1) para dar sentido à vida do cidadão.

Diante das fraquezas apontadas na teoria da licença, não é possível acolhê-la, ao menos em sua formulação mais radical (A. MAGDELAIN), que sustenta a impossibilidade de consultas sem a autorização do príncipe e a supressão da liberdade jurisprudencial por Augusto.⁶²⁸ Tanto é assim que o próprio W. KUNKEL,⁶²⁹ acabou por mitigar a tese da autorização prévia.

Esclarecendo um ponto que já se encontrava de certa forma presente no artigo publicado em 1948, ele afirmou, em seu estudo sobre a origem e a posição social dos juristas romanos, que depois da reforma de Augusto, apenas os juristas autorizados poderiam emitir *responsa* em sentido técnico, ou seja, pareceres que pudessem ser utilizados em juízo com a pretensão de que o juiz os seguisse. Quem não tivesse *ius respondendi*, certamente poderia dar conselhos ou informações sobre o direito, mas estes conselhos não tinham nenhuma autoridade perante o juiz e não podiam nem mesmo ser chamados de *responsa* em sentido técnico.⁶³⁰

⁶²⁸ *Ius respondendi* cit., p. 116: “Le texte ne dit pas qu’à coté des juristes brevetés d’autres continuaient à délivrer librement leurs consultation. Pas plus que les Institutes de Gaius, L’Enchiridion juris ne décrit la coexistence de deux types de prudents. Comme Gaius, au contraire, il fait état d’un système unitaire et soumet tous les juristes désireux d’exercer l’activité de jurisconsulte à l’obligation d’être dotes d’une autorisation impériale. Ainsi les trois définitions du *jus respondendi*, données par les *viri praetorii*, Gaius et l’Enchiridion juris, convergente vers le même point: la suppression de la liberté jurisprudentielle par Auguste.” Um argumento adicional trazido pelo autor (pp. 126 e ss.), e que não se encontra em outros defensores da teoria da licença, é que, ao contrário do que defendem os adeptos da teoria da elite, os *responsa* de juristas privilegiados não eram vinculantes, mas tinham todos o mesmo valor, pois fora da autorização não havia outros pareceres. A questão da eficácia dos *responsa prudentium* será tratada mais adiante (item 5.2.3).

⁶²⁹ Segundo C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 48, nt. 52, explica que os esclarecimentos de W. KUNKEL vieram pela necessidade de tomar uma posição diante da tese de A. MAGDELAIN, que era uma versão extrema de seu artigo de 1948, e para quem a liberdade da jurisprudência no *respondere* tinha sido suprimida.

⁶³⁰ *Die Römischen Juristen* cit., pp. 282-283, onde o autor afirma que o *ius respondendi* é “ein Patent, von dessen Besitz überhaupt die Befugnis zur Erteilung von Responsen abhing” e que “Responsen in diesem technischen Sinne waren freilich nur diejenigen Gutachten, die vor Gericht produziert werden konnten, mit dem Anspruch, daß der Richter ihrer Autorität folge. Auch wer das *ius respondendi* nicht besaß, konnte zweifellos Ratschläge und Rechtsauskünfte erteilen; sie waren aber für die Gerichte ohne jene Autorität nun eben darum keine *responsa* im technischen Sinne, wenn sie auch wahrscheinlich nicht selten so genannt werden.” Na p. 283, nt. 598, W. KUNKEL afirma ser difícil imaginar que não se pudesse aconselhar nem mesmo um amigo sobre questões de direito sem a autorização imperial. Diante desses esclarecimentos, K. TUORI, *The ius respondendi* cit., p. 324 chega a afirmar que W. KUNKEL mudou sua posição da teoria da licença para a da elite. Outros autores parecem aderir à teoria da licença em sua forma mitigada. De forma mais explícita, M. HORVAT, *Note* cit., p. 712, afirma que defende que quem não tinha a licença podia talvez

Ele se aproxima, assim, da opinião de T. MOMMSEN (em quem se inspirara para construir sua teoria), o qual afirmava que Augusto interveio a fim de vetar a emissão de resposta válidas em juízo aos juristas que não recebessem dele uma específica autorização, mas duvidava da necessidade de uma autorização: o que poderia ocorrer se um jurista desse consultas sem obtê-la é que não seria muito procurado e seus pareceres não seriam levados em consideração.⁶³¹

Ora, está é praticamente a mesma consequência que alguns defensores da teoria da elite enxergam no *ius respondendi*. Embora não fosse proibida, a consulta aos juristas não patenteados deve ter progressivamente rareado, pois que seus pareceres não tinham muita utilidade em juízo.

Assim sendo, o que W. KUNKEL chama de *responsa* em sentido técnico pode ser equiparado ao *publice respondere* quando este é entendido como sinônimo de dar respostas com a autoridade do imperador, e as duas teorias parecem conduzir ao mesmo resultado prático.⁶³² Quer se tenha limitado o número de juristas, quer se tenha conferido a alguns uma autoridade maior, a consequência é que seus pareceres ganhem maior força persuasiva frente ao juiz e os juristas não beneficiados, embora não sejam proibidos de atuar, perdem praticamente toda a possibilidade de influenciar as decisões judiciais.

Afora o caso de Sabino, as fontes não contêm nenhuma referência expressa a juristas beneficiados pela concessão do *ius respondendi*. Para a teoria da licença, é fácil resolver esse problema: como somente os autorizados podiam dar consultas, todos os

dar conselhos a amigos e outras pessoas, embora não pudesse emanar *responsa signata*, capazes de serem apresentados oficialmente em juízo. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 271, por seu turno, afirma que sem o *ius respondendi* “*non era lecito esercitare la consulenza*”, mas isto não representava o estabelecimento de um novo monopólio do saber jurídico, já que qualquer um que conseguisse certo renome podia aspirar à obtenção do benefício imperial (embora não deixe claro como isso poderia ocorrer). Como proponentes radicais da teoria permanecem A. MAGDELAIN (que não se manifestou após o esclarecimento de W. KUNKEL) e R. A. BAUMAN, *Lawyers* cit., pp. 10-13.

⁶³¹ *Droit Public Romain*, vol. 5 cit., p. 193: “*Auguste intervint seulement dans ce domaine pour interdire la délivrance de consultations valables en justice aux jurisconsultes qui n'auraient pas reçu de lui une autorisation spéciale.*” O esclarecimento vinha na nt. 1 da mesma página: “*D'après la suite des explications de Pomponius, il ne paraît pas avoir été positivement prescrit par la loi de prendre l'autorisation de Tempereur; mais celui qui aurait répondu sans avoir cette autorisation aurait fait un acte d'opposition et n'aurait sans doute trouvé ni consultants dans le public ni considération pour ses avis devant les tribunaux.*” Segundo C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 46, F. SCHULZ compreendeu mal interpretação de T. MOMMSEN (como se fosse uma autorização para dar consultas *tout court*) e foi contra. W. KUNKEL, por sua vez, compreendeu mal e concordou.

⁶³² Para A. MANTELLO, *Sulla giurisprudenza del primo Principato*, in *LABEO* 43 (1997), p. 112, saber se Augusto queria atribuir uma patente ou criar uma elite é uma questão mais nominal que substancial. Na nt. 8 (p. 128), o autor questiona: “*dare il “Patent” non significava anche creare ‘truppe scelte’, funzionalmente legate all’ideologia del Principato?*”

juristas de que temos notícia receberam o benefício. Outra forma de identificar os juristas beneficiados seria o emprego do termo *iuris consultus*, que segundo as Institutas de Justiniano se limitou a eles.⁶³³ Mas, como já se viu, a presença desse título não é critério suficiente para identificar a obtenção do *ius respondendi* e, assim como não serve para provar a teoria da licença, também não serve para identificar os beneficiários.

Segundo M. BRUTTI, a menção a *caesari familiarissimus* no caso de Nerva pode ser um indicativo de que gozou do benefício, dependente talvez da amizade com o príncipe. Outras expressões que podem indicar a obtenção do benefício são *plurimum auctoritatis in civitate habuit* ou a afirmação de que *Proculi auctoritas maior fuit* em relação à de Nerva filho e Cassio Longino.⁶³⁴ Mas assim como o emprego de *publice respondere*, não fornecem uma prova conclusiva.

Uma das correções propostas no texto de Pompônio tem implicações quanto aos beneficiários do *ius respondendi*. Se, na esteira de T. MOMMSEN e W. KUNKEL, retirar-se do §48 as palavras *fuit et*, o texto passa a indicar que Sabino foi o primeiro da ordem equestre a receber o benefício, e não o primeiro em absoluto. Assim sendo, até Tibério, a concessão teria sido limitada aos juristas da ordem senatorial.⁶³⁵

Enquanto T. MOMMSEN apenas sugeriu essa correção em sua edição do Digesto, W. KUNKEL buscou desenvolvê-la e dar a ela uma explicação. Segundo o autor, com a passagem para o principado, houve uma mudança na composição social da jurisprudência. Se os senatoriais haviam praticamente desaparecido da jurisprudência no final da república, e os equestres haviam tomado a dianteira, agora são os equestres que desaparecem e um pequeno número de senatoriais começa a dominar a vida do direito. A presença de um jurista equestre como Sabino seria algo raro, até mesmo uma exceção, e

⁶³³ J. PARICIO, *El ius publice cit.*, pp. 99-100, embora seja partidário da teoria da elite e não creia que juristas não beneficiados fossem proibidos de dar pareceres, adere à ideia de A. MAGDELAIN quanto ao título de *iuris consultus* se limitar aos juristas beneficiados.

⁶³⁴ *L'indipendenza cit.*, pp. 443-444.

⁶³⁵ Como já se viu ao longo do capítulo, não se trata da única tentativa de sanar a contradição existente no texto de Pompônio. Para alguns autores, a afirmação de que Sabino foi primeiro é simplesmente inexata (F. SCHULZ, *Storia cit.*, p. 209; G. PROVERA, *Ancora cit.*, p. 352). A. MAGDELAIN, *Ius respondendi cit.*, p. 149, também nega que Sabino tenha sido o primeiro a receber a autorização, mas interpreta o *publice* como “em público” e constrói todo um argumento para demonstrar que Sabino pode ter sido o primeiro a realmente dar suas consultas em público. F. DE VISSCHER, *Le “ius publice respondendi” cit.*, p. 621, o texto não precisa de qualquer alteração e indica que Sabino foi o primeiro a obter um *beneficium* de caráter geral para dar respostas com a autoridade do imperador, ao contrário da chancela de pareceres específicos introduzida por Augusto. Para A. GUARINO, *Il “ius publice respondendi” cit.*, p. 416, o que Sabino obtém é a faculdade de emanar pareceres com eficácia vinculante, enquanto o que Augusto instituiu era apenas uma distinção moral que não conferia aos *responsa* essa eficácia.

apenas na metade do século II d.C. é que se começa a ver um número maior de juristas cavaleiros que permanecem como tais (não passam a integrar a ordem senatorial).⁶³⁶

Para W. KUNKEL, mesmo que a interpretação do *ius respondendi* não fosse a que ele defendia (teoria da licença), seria possível perceber que o desenvolvimento da jurisprudência se baseava numa triagem planejada e que Augusto e seus sucessores utilizaram o *ius respondendi* para conduzir novamente a jurisprudência ao monopólio dos senatoriais, a fim de restaurar a autoridade do direito e da jurisprudência, abalada no final da república pela entrada de elementos duvidosos e de pouca qualidade no estamento dos juristas. E essa limitação combinaria com a direção geral da política de Augusto, pois sua reestruturação da república era principalmente uma restauração da classe senatorial, e ele permitiu apenas de forma cautelosa e modesta que os cavaleiros se envolvessem nos assuntos de governo, e nunca nos quadros da ordem republicana, mas apenas como seus colaboradores pessoais.⁶³⁷

Embora tenha recebido bastante aceitação,⁶³⁸ essa tese suscita algumas objeções pertinentes. Em primeiro lugar, aceitá-la significaria excluir do *ius respondendi* todos os juristas da ordem equestre anteriores a Sabino, incluídos nessa lista amigos pessoais de Augusto. Além disso, ela não se coadunaria com as tentativas que Augusto empreendeu para se aproximar de juristas não senatoriais: mesmo não sendo partidário do imperador, Aulo Cascélio é chamado a cooperar com a causa do *princeps* e recebe dele a oferta de um consulado, que acaba rechaçando; Trebácio Testa é chamado por Augusto para se manifestar sobre a possibilidade jurídica dos codicilos, que ele acaba admitindo por razões de utilidade e conveniência.⁶³⁹

W. KUNKEL busca rebater o argumento de que já sob Augusto havia juristas equestres que devem ter obtido o *ius respondendi*, afirmando que esse fato não é conclusivo, já que se conhecem apenas três juristas do final da república que viveram ou podem ter vivido sob Augusto e que eram da ordem equestre: Aulo Ofílio, Aulo Cascélio e Trebácio Testa.

⁶³⁶ *Das Wesen* cit., pp. 452-453.

⁶³⁷ *Das Wesen* cit., p. 454.

⁶³⁸ Concordam com ela, por exemplo, M. BRETONNE, *Tecniche* cit., p. 146, nt. 3; M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., p. 439, nt. 59; B. ALBANESE, *Appunti* cit., p. 1; C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 50-51, mas para quem a tese de W. KUNKEL pode ser sustentada mesmo sem a correção do texto. Parece que, segundo C. A. CANNATA, a expressão *in equestre ordine* pode se referir tanto ao *fuit* quanto ao *publice primus respondit*.

⁶³⁹ J. Paricio, *El ius publice* cit., p. 91; R. A. BAUMAN, *Lawyers and politics* cit., p. 20.

Para o autor, não se sabe até quando Ofílio viveu, mas devia ser já muito velho, se é que estava vivo, no novo regime, pois já era mencionado entre o círculo de amizades de Júlio César. Além disso, ele não é mencionado no tempo de Augusto e e, em 6 d.C., teria já seus oitenta anos. Cascélio, por sua vez, nasceu por volta de 104 a.C. e poderia ter sobrevivido apenas aos primeiros anos de Augusto. Trebácio, por fim, embora seja o único que desempenhou um papel significativo sob Augusto, morreu pouco tempo depois do começo do novo regime e a última notícia que temos dele é o parecer dado a respeito do codicilo de L. Cornélio Lêntulo, proferido seguramente antes de 5 d.C. Trebácio, aliás, é descrito como cavaleiro em 33 ou 32 a.C., mas pode ser que depois disso tenha se tornado senador. Além disso, é provável que a criação do *ius respondendi* tenha ocorrido na última década de Augusto, tempo no qual nem Trebácio nem qualquer outro jurista equestre do final da república estavam vivos.⁶⁴⁰

J. PARICIO, que considera forçada essa tentativa de justificar a limitação aos senatoriais afirma ser improvável que Sabino, ingresso na ordem equestre depois dos cinquenta anos, tenha recebido o *ius respondendi* apenas em idade já avançada. Outra razão para a rejeição da tese de W. KUNKEL estaria em ser improvável que Augusto tomasse uma medida de cunho tão reacionário e reservasse o privilégio aos senatoriais, excluindo os equestres.

Segundo o autor, ainda que a jurisprudência republicana tenha sido, enquanto privilégio aristocrático, sempre dominada pelo estamento senatorial, é certo que ao final da república, quando a autoridade dos juristas era já estritamente científica (não mais uma autoridade técnica ligada à aristocracia de governo), não era raro encontrar juristas não pertencentes às famílias senatoriais. Assim, pode-se dizer que, durante o século I a.C. e no momento da passagem para o principado, a jurisprudência não é mais uma exclusividade senatorial: vários juristas provém da ordem equestre e por vezes são até mesmo mestres de juristas senatoriais. Não haveria razão suficiente para Augusto arbitrariamente alterar esse quadro.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ *Das Wesen* cit., pp. 445-446. Segundo o autor, ainda que não seja assim, pode-se supor que Augusto tenha simplesmente concedido, sem qualquer pedido, o *ius respondendi* aos juristas que já eram então reconhecidos e que os juristas posteriores tenham tido que pedir pela concessão do benefício. C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 82, oferece, no geral, a mesma explicação de W. KUNKEL a respeito da idade dos juristas equestres próximos a Augusto.

⁶⁴¹ *El ius publice* cit., p. 91.

E nem mesmo a explicação para a suposta exclusão dos equestres convence J. PARICIO. O autor considera ilógico que a solução para o problema do *ius controversum* fosse retornar a uma jurisprudência aristocrática senatorial. Primeiro porque está longe da realidade ligar esse problema, como faz Cícero,⁶⁴² à presença de juristas da ordem equestre, ainda que alguns deles tivessem preparação inferior, já que a existência de controvérsias jurídicas é, na verdade, inerente a um regime de jurisprudência livre, e não decorre da origem social dos juristas. Além disso, a suposta solução encontrada por Augusto estaria em aberta contradição com a sua política de promover os equestres na administração imperial e com a manutenção dos cavaleiros no *album iudicum* (conquista dos tempos da república, que acabara com o monopólio senatorial nesse âmbito).⁶⁴³

4.3.3. O propósito de Augusto

Viu-se no item anterior como o *ius respondendi* tem sido interpretado, basicamente, de duas maneiras: ou como a necessidade de autorização prévia para o exercício do *respondere* (teoria da licença), ou como o direito de dar pareceres dotados da autoridade do imperador (teoria da elite).

Mas qual o objetivo de Augusto ao instaurar uma medida como essa, qualquer que tenha sido sua exata natureza? A resposta de Pompônio é simples: o *ius respondendi* foi instituído *ut maior iuris auctoritas haberetur*, para que fosse maior a autoridade do direito.

Vários autores, desde C. FERRINI, afirmam que o texto deve ser emendado com a colocação de *consultorum* após *iuris*, para esclarecer o sujeito do *responderent* que vem logo depois⁶⁴⁴ e porque não era a autoridade do direito como um todo a ser aumentada, mas sim a dos juristas, pois seus pareceres receberiam a autoridade do próprio imperador.⁶⁴⁵

⁶⁴² Cic. off. 2,19,65.

⁶⁴³ *El ius publice cit.*, p. 92.

⁶⁴⁴ A. GUARINO, *Il "ius publice respondendi"* cit., p. 408, nt. 39; B. ALBANESE, *Appunti cit.*, p. 2, nt. 6.

⁶⁴⁵ M. BRUTTI, *L'indipendenza cit.*, p. 440; M. BREONE, *Tecniche cit.*, p. 150.

Outros entendem ser desnecessário o acréscimo, pois que o intuito de Augusto não era aumentar a autoridade dos juristas, e Pompônio sabia disso,⁶⁴⁶ ou porque, ainda que aumentasse a autoridade dos pareceres, era a própria ordem jurídica que saía ganhando,⁶⁴⁷ daí a pertinência da expressão *auctoritas iuris*, comum na língua latina para indicar a força do direito.⁶⁴⁸

Lendo-se o texto de Pompônio sem o acréscimo de *consultorum*, deve-se encontrar uma razão para que se mostrasse necessário aumentar a autoridade do direito por meio da introdução do *ius respondendi*. Essa razão tem sido identificada na existência do *ius controversum* e também na crise de confiança que sofrem os pareceres jurisprudenciais durante o final da república.⁶⁴⁹

Segundo C. A. CANNATA,⁶⁵⁰ a jurisprudência é sempre marcada pela incerteza, mas essa incerteza, quando os pontífices dominavam a jurisprudência, permanecia escondida no interior do colégio, vindo a público apenas a opinião definitiva obtida depois da discussão. Com a abertura do saber jurídico, o *ius controversum* passa a se manifestar em público, mas isso não gera, a princípio, nenhuma incerteza extrema, ao menos enquanto a jurisprudência livre se mantém restrita a um pequeno círculo de homens senatoriais cujas famílias mantinham viva a tradição pontifical.⁶⁵¹

A situação é diferente, contudo, quando os *equites* tomam posse da jurisprudência, quando figuras duvidosas (como Lúcio Valério) se inserem no círculo dos pareceristas e quando a proliferação de juristas menos competentes parece ter ocasionado grande

⁶⁴⁶ C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 51. Para o autor, o que ele tinha em mira era controlar a autoridade dos juristas e justificar a medida afirmando que desejava aumentá-la seria apenas um discurso mistificador do qual Augusto não necessitava.

⁶⁴⁷ W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p.452, nt. 37. C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 51, faz afirmação semelhante, mas entende que, no texto em questão, *ius* designa a parte do direito produzida pela *iuris scientia*, que via sua autoridade reforçada pela colaboração do imperador, sentido que B. ALBANESE, *Appunti* cit, p. 2., nt. 6, e M. BRETONNE, *Tecniche* cit., p. 148, consideram improvável.

⁶⁴⁸ A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 127, indica uma série de fontes em que a expressão aparece. Em Cic. de orat. 1,202 (*auctoritas publici iuris*), serve para designar não o prestígio do direito, mas sua autoridade oficial, sua força cogente, assim como em Pap. 1 *resp.* D. 50,1,15pr; Marcian. *l.s. ad ad sen. cons. Turp.* D. 48,16,1,4; Pap. 5 *resp.* D. 26,7,39,6; Vat. Frag. 294,2; Ulp. 36 *ad. ed.* D. 12,3,4pr; Mod. *l.s. de enucl. cas.* D. 40,9,20; Marcian. 6 *inst.* D. 30,112,4; C. 4,64,6; C. 4,13,,2 (286); C. 8,47,3 (286); C. 5,4,19 (405); C. 5,30,3 (472); C. 6,20,3 (230); c. 6,38,2 (293); C. 8,17,7 (293); C. 8, 35,5 (293); C. 8,44,24 (294); C. 8,54,3 (290). *Auctoritas* também aparece, com esse mesmo sentido, ligada a *legum, edicti, senatusconsulti, rescripti, rei iudicatae, iudicati, prudentium*, e a *auctoritas iuris* é a síntese de todas essas expressões.

⁶⁴⁹ Assim se manifestam J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 96, O. ROBLEDA, *Introduzione* cit., p. 118, C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., pp. 44-45 e W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., pp. 448 e ss.

⁶⁵⁰ *Iura condere* cit., p. 44.

⁶⁵¹ W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 451.

confusão na prática jurídica e certa crise de confiança nos pareceres jurisprudenciais.⁶⁵² Segundo A. MAGDELAIN, o que ocorre nessa época é que, com o alargar-se da base de recrutamento dos juristas, a *interpretatio* perde sua homogeneidade, ainda que não se possa falar verdadeiramente de crise na jurisprudência.⁶⁵³

Autores como W. KUNKEL⁶⁵⁴ e C. A. CANNATA⁶⁵⁵ relacionam esse aumento da incerteza jurisprudencial com a proposta ciceroniana de *ius civile in artem redigere*, e também com os projetos de codificação aventados por César e Pompeu no final da república.⁶⁵⁶ O projeto de Cícero, contudo, parece ter um objetivo específico, que é facilitar ao orador o conhecimento do direito, útil para sua atuação em juízo, e as tentativas de codificação, se é que podem receber esse nome, tinham em mira, ao que tudo indica, a imensa quantidade de leis existentes no final da república,⁶⁵⁷ e não a atuação dos juristas.

De qualquer modo, todos esses fatos podem indicar que se sentia uma necessidade de reforma do direito, que permaneceu viva no tempo de Augusto e que ele enfrentou de maneira diversa daquela pretendida por César. Sem levar adiante o projeto de codificação, Augusto manteve intacta a estrutura da ordem jurídica, de modo que os juristas mantiveram o comando na interpretação e aperfeiçoamento do direito, mas ao mesmo tempo buscou impor algum regramento à atividade dos juristas com a instituição do *ius respondendi*.⁶⁵⁸

A forma desse regramento é discutida pelos romanistas, mas quer se tenha operado uma limitação no número de juristas em exercício ou um reforço dos pareceres de alguns

⁶⁵² W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 115, e *Das Wesen* cit., p. 452: Segundo o autor, conhece-se pouco sobre esse lado obscuro da jurisprudência republicana, pois só nos chegaram os nomes de juristas ilustres que estabeleceram as bases para o direito clássico e aqueles menos importantes foram omitidos com razão. Mas as queixas de Cícero contra a decadência da jurisprudência em comparação com a do século II a.C. (Cic. off. 2,19,65) podem ser consideradas como um testemunho eloquente da existência desse submundo (Unterwelt) de juristas. Da crise de confiança nos pareceres tem-se notícia em Cic. Caec 23,65ss, texto do qual se falará com mais detalhes no item relativo à eficácia dos *responsa* durante a república.

⁶⁵³ *Ius respondendi* cit., p. 129.

⁶⁵⁴ *Das Wesen* cit., pp. 448-449.

⁶⁵⁵ *Iura condere* cit., p. 44.

⁶⁵⁶ Segundo Suetônio, quando César foi assassinado tinha em mente uma série de projetos, dentre eles o de *ius civile ad certum modum redigere atque ex imensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessária in paucissimos confere libros*. (Suet. Iul. 44,2) Isidoro de Sevilha fala de tal projeto, mas atribui a ideia a Pompeu e o início de realização a César (Isid. Etym. 5,1,5).

⁶⁵⁷ P. CERAMI, *La crisi della libera res publica*, in J. Paricio (org), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, pp. 19-20, relaciona esses projetos com a proliferação de *leges publicae* ocorrida no final da república, época na qual elas eram utilizadas como meio de luta política, o que gerava uma constante alternância entre promulgação e ab-rogação de leis, conforme se alternavam no poder as diversas facções. Contra esse clima de incerteza é que Pompeu e César teriam se voltado ao pretender uma codificação.

⁶⁵⁸ W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., pp. 449-450.

juristas escolhidos, sem tolher a liberdade dos demais, o que Augusto tinha em mente era fazer com que os *responsa* fossem novamente respeitados em juízo, ao contrário do que vinha ocorrendo e que as controvérsias, naturais em um sistema jurisprudencial, fossem conduzidas a níveis aceitáveis.⁶⁵⁹

Além desse objetivo primário, Augusto, quando instituiu o *ius respondendi* talvez tivesse outras intenções, de caráter mais político. Segundo G. BRAGA DA CRUZ, como os juristas eram dotados de grande prestígio e influência sobre a “opinião pública” e talvez não vissem com bons olhos a concentração de poder nas mãos de Augusto, ele precisava trazê-los para seu lado e vinculá-los à nova situação política, e o fez concedendo aos mais influentes o privilégio de responder com a autoridade do *princeps*.⁶⁶⁰

Também A. MAGDELAIN, embora compreenda o *ius respondendi* como autorização prévia para o *respondere*, afirma que o príncipe, que já buscara estabelecer relações pessoais com os juristas pelo oferecimento de cargos, pretendia agora controlar a jurisprudência como um todo, atrair os juristas para a órbita imperial e ligá-los ao novo regime ao submetê-los a uma espécie de patronato.⁶⁶¹

Além disso, talvez o imperador buscasse, aos poucos, criar uma espécie de “jurisprudência oficial”, subordinada a sua fiscalização. No programa centralizador que implantava, era preciso transformar a jurisprudência, com suas qualidades e influência, num meio de expressão da vontade do estado, e para isso serviria dar valor oficial aos *responsa* dos jurisconsultos mais destacados.⁶⁶² Com isso, de certa forma, o príncipe

⁶⁵⁹ Para A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 130, “*le jus respondendi pouvait servir à restaurer l'autorité du droit en vidant le forum de l'encombrement des mauvais responsa, qui égaraient les juges.*” Embora para o autor isso signifique tolher o exercício aos juristas não beneficiados com o *ius respondendi*, a frase também poderia ser aplicada num contexto em que, embora mantida a liberdade de exercício, apenas os pareceres autorizados pudessem ter algum efeito em juízo e, assim, capta bem o intuito da instituição.

⁶⁶⁰ *O jurisconsultus* cit., p. 194: “*Distinguir os mais influentes e mais prestigiados com a concessão dum privilégio tão amplo seria, na verdade, uma maneira astuta de os vincular à nova situação política, obrigando-os a defender o imperador e as novas instituições constitucionais, que mais não fosse, por gratidão para com quem tinha sabido reconhecer o seu mérito e premiá-lo.*” Parece que, agindo assim, Augusto atua ainda nos marcos do regime republicano, instaurando como que um patronato da jurisprudência e valendo-se das relações de *amicitia* que essa distinção poderia gerar para sustentar seu poder. No mesmo sentido, O. ROBLEDA, *Introduzione* cit., p. 118.

⁶⁶¹ *Ius respondendi* cit., p. 105.

⁶⁶² G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 195. Pode-se aventar a hipótese de que os juristas, embora não todos, buscando obter o benefício imperial, pensassem duas vezes em proferir um parecer que contrariasse a vontade do *princeps*, o que implica uma espécie de controle sutil da atividade jurisprudencial.

buscava se impor como o moderador de todo o direito e revesti-lo do caráter estatal, o que César já desejara fazer.⁶⁶³

A esse intuito político do *ius respondendi* também C. A. CANNATA faz referência. Para o autor, no contexto de centralização poder que se instaura com o principado, ocorre uma progressiva inutilização das instituições republicanas menos viáveis ou em aberta contradição com o controle da *res publica* pelo príncipe.

Dentre as instituições que sobrevivem está a jurisprudência, cujo caráter não estatal, não enfraquece sua importância, já que os juristas desfrutavam, de certo modo, de um poder análogo ao de Augusto, um poder pessoal que, embora reconhecido somente de fato, não era por isso mais fraco. E o imperador não podia se desinteressar dessa instituição ou se confiar à complacência dos juristas, dentre os quais havia grandes opositores seus, como Labeão.⁶⁶⁴

Para enfrentar a questão, o expediente adotado foi conceder aos juristas ilustres o direito de dar *responsa* em nome do príncipe, *ex auctoritate eius*, medida que se amolda ao tipo de política feito por Augusto: não ignorou a autoridade dos juristas e nem se pronunciou sobre a prática judicial de usarem os juízes sua própria discricionariedade. Mas, segundo C. A. CANNATA, essa liberalidade era só aparente, pois com ela o príncipe se reservava o direito de decidir quais juristas teriam maior autoridade e, além disso, restringia essa autoridade apenas ao *responsum*, à solução de um caso específico.⁶⁶⁵

Para os adeptos da teoria da licença, o expediente foi ainda mais radical, pois que Augusto teria condicionado o próprio exercício do *respondere* a uma autorização prévia, reduzindo os juristas, segundo M. HORVAT,⁶⁶⁶ a um estado de dependência, pois não decidia apenas quais teriam mais autoridade (embora essa fosse uma consequência natural da limitação ao exercício), mas quais poderiam e quais não poderiam dar pareceres.⁶⁶⁷

⁶⁶³ O. ROBLEDA, *Introduzione* cit., p. 118.

⁶⁶⁴ *Historia* cit., p. 65.

⁶⁶⁵ *Historia* cit., pp. 65-66.

⁶⁶⁶ *Note* cit., pp. 715-716.

⁶⁶⁷ A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 109, afirma que o que ocorreu foi “*l’asservissement de la jurisprudence*.”

4.3.4. O destino do instituto

Segundo F. SCHULZ, assim como tantas outras medidas de Augusto, o *ius respondendi* também não perdurou. Sob os imperadores posteriores, alguns juristas mais eminentes e de oposição provavelmente não pediam qualquer autorização ou patente ao príncipe e continuavam a dar seus *responsa* como haviam feito seus antepassados republicanos, por sua própria autoridade. Além disso, é improvável que imperadores como Cláudio e Calígula, cuja atitude era de aversão pelos juristas, tenham concedido esse suplemento de autoridade a seus pareceres. E se o concederam, o fizeram com pouca frequência.⁶⁶⁸

Para F. WIEACKER, o instituto não sobreviveu a Tibério. Além das fontes não mencionarem explicitamente de *ius respondendi* (a presença de *publice respondere* não basta), impera um novo clima nas relações entre juristas e imperadores desde os Flávios e seria improvável a concessão de *ius respondendi* por Calígula, Cláudio e Nero. A recordação do instituto apenas se mantém em autores como Gaio e Pompônio, por serem representantes da escola sabiniana que se jactavam do fato de Sabino ter recebido esse privilégio.⁶⁶⁹

No entanto, como demonstra J. PARICIO, não há elementos que permitam chegar a essa conclusão. Em primeiro lugar, o próprio Pompônio fala que, depois de Tibério, o benefício passa a ser solicitado, o que leva a crer que continuou em vigor. Além disso, é teoricamente improvável que ele tenha sido extinto e não se tenha posto em seu lugar nenhuma medida equivalente. Por fim, ainda que sob imperadores como Calígula, Cláudio e Nero o exercício da profissão de jurista tenha sido penoso, como o exercício de qualquer profissão na mesma época, é difícil, tendo em vista as fontes de que se dispõe, sustentar o desaparecimento do *ius respondendi*.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ *Storia* cit., p. 204. Para A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 117, o *ius respondendi* se tornou, nas mãos dos imperadores posteriores a Tibério, um temível instrumento de opressão da jurisprudência e embora Cláudio não tenha chegado aos excessos de Calígula, sua antipatia pelos juristas deve tê-lo tornado avaro na concessão do benefício, fazendo com que os juristas perdessem um pouco de sua relevância mesmo sem persegui-los de forma explícita.

⁶⁶⁹ *Respondere* cit., pp. 80ss.

⁶⁷⁰ *El ius publice* cit., p. 101.

A passagem na qual Suetônio menciona a intenção de Calígula quanto aos juristas⁶⁷¹ não leva necessariamente a crer que o *ius respondendi* tenha sido abolido. Ainda que se afirme que o imperador desejava abolir a aplicação da ciência dos jurisconsultos e pretendia que os juristas não pudessem emitir *responsa* sem o consultarem (*praeter eum*), não se afirma que isso de fato aconteceu. E se aconteceu, deve ter sido algo tão fugaz quanto o próprio governo de Calígula. Além disso, parece natural admitir que os juristas que já gozavam do benefício continuassem a tê-lo. A antipatia de Cláudio pelos juristas, representada satiricamente em Sêneca, também não induz à conclusão de que a oposição do imperador tenha afetado o *ius respondendi*.⁶⁷²

Por fim, o desterro de Cássio Longino por Nero⁶⁷³ se deu por razões que nada tem a ver com a eminência de Cássio como jurista e, portanto, com o *ius respondendi*, apesar de constantemente citado como indicativo da situação dos juristas sob esse imperador. Além disso, Sabino, que com certeza teve o *ius respondendi*, encontra-se ainda vivo e exercendo sua profissão até a época de Nero,⁶⁷⁴ ou seja, esteve atuante sob os outros dois imperadores mencionados (Calígula e Cláudio). Se a faculdade outorgada por Tibério houvesse sido suprimida por um deles, Pompônio certamente o mencionaria, assim como menciona sua concessão. Prova adicional da sobrevivência do instituto é o pedido feito a Adriano por alguns *virii praetorii* e refistrado por Pompônio.⁶⁷⁵

O que se pode afirmar com apoio explícito das fontes é que, desde os tempos de Augusto o *respondere ex auctoritate eius* passou a ser solicitado como *beneficium*,⁶⁷⁶ ou seja, como concessão graciosa do príncipe, conforme a definição presente no Digesto.⁶⁷⁷

⁶⁷¹ Suet. Cal. 34.

⁶⁷² J. PARICIO, *El ius publice cit.*, p. 102.

⁶⁷³ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,51-52; Tac. ann. 16.7ss; Suet. Ner. 37.

⁶⁷⁴ Gai. 2,218.

⁶⁷⁵ J. PARICIO, *El ius publice cit.*, p. 103. M. TALAMANCA, *I clienti cit.*, p. 507, nt. 104, também defende a sobrevivência do *ius respondendi*. Ele afirma que o texto de Pompônio dá a entender essa vigência, correlata à vigência do *responsum signatum* como forma de comunicação do parecer dado com base nele. Além disso, seria estranho que o *ius respondendi* tivesse entrado em declínio justamente numa época em que os maiores juristas publicam *libri responsorum* (com exceção do próprio Pompônio, que, no entanto, tem *libri epistularum*).

⁶⁷⁶ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,49: *et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*.

⁶⁷⁷ Iav. 13 epist. D. 1,4,3: *beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus*. “Devemos interpretar do modo mais amplo o benefício do imperador, que emana, por assim dizer, da sua divina indulgência.” Em Cels. 33 dig. D. 50,17,191, pode-se notar a plena liberdade do príncipe na concessão dos *beneficia*: *Neratius consultus, an quod beneficium dare se quasi viventis caesar rescripserat, iam defuncto dedisse existimaretur, respondit non videri sibi principem, quod ei, quem vivere existimabat, concessisset, defuncto concessisse: quem tamen modum esse beneficii sui vellet*,

Assim sendo, a novidade estaria está no crescente caráter discricionário de sua concessão. Se sob Augusto se trata como que de um reconhecimento da autoridade pessoal do jurista, que passa a ser acrescida e garantida pela do imperador, aos poucos a concessão do *ius respondendi* se torna uma manifestação da indulgência imperial e, como tal, deve ser requerida e solicitada.⁶⁷⁹

A. SCHIAVONE considera essa mudança, que coincide com o período em que as relações entre juristas e príncipes parecem ter se decomposto, como uma degeneração do instituto, pois que não mais se tratava necessariamente do reconhecimento do talento e da autoridade dos juristas, mas da concessão graciosa do príncipe, um *beneficium*, dada provavelmente àqueles que lhe fossem fiéis, independentemente dos méritos alcançados.⁶⁸⁰

Diversa é a orientação que se encontra na resposta que Adriano dá à solicitação de alguns *virii praetorii* e que Pompônio deixa registrada ao tratar do *ius respondendi*, muito provavelmente porque assinala, a seu ver, um retorno ao passado em que a qualidade do jurista é que lhe fazia merecedor do reconhecimento imperial.⁶⁸¹

Após narrar como depois de Augusto se começou a pedir o *respondere ex auctoritate eius* como benefício, Pompônio relata o episódio:

<p><i>Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo virii praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.</i></p>	<p>E por isso o ótimo príncipe Adriano, como uns varões, ex-pretóres, pedissem que lhes fosse permitido responder, determinou-lhes por rescrito que isso não costumava ser pedido, mas que costumava ser oferecido e, por isso, se alguém tivesse</p>
--	---

ipsius aestimationem esse.

⁶⁷⁸ B. ALBANESE, *Appunti* cit., p. 3, nt. 9; A. SCHIAVONE, *Anni difficili* cit., p. 40.

⁶⁷⁹ M. BREONE, *Tecniche* cit., p. 154. Para o autor, o que muda é a *forma* de concessão do *ius respondendi*, e não, como sustentam F. DE VISSCHER e A. GUARINO, seu *conteúdo*.

⁶⁸⁰ *Anni difficili* cit., p. 40. J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 99, afirma, no entanto, que ainda que no âmbito de um poder ilimitado e não submetido a controle tudo seja possível e não se possa descartar a falta de critérios durante o período Júlio-Cláudio, o mais provável é que houvesse certo rigor na concessão do *ius respondendi*, mesmo quando este se tornou um *beneficium*, já que deixar de concedê-lo a juristas de reconhecida fama e outorgá-lo a juristas medíocres não deve ter sido habitual e, além disso, desvirtuaria a própria finalidade do instituto. Por outro lado, segundo o autor, não parece ter sido estritamente necessário para a obtenção do benefício que o jurista contemplado fosse um grande partidário do regime imperial, tendo em vista que ao conceder o *ius respondendi* a algum jurista que não lhe fosse favorável, o imperador não corria grandes riscos: se um *responsum* não interessasse ao *princeps*, podia-se sempre conseguir o parecer contrário de outro jurista patenteado (favorável a ele) de forma a neutralizar o primeiro.

⁶⁸¹ M. BREONE, *Tecniche* cit., p. 154; W. KUNKEL, *Das Wesen* cit., p. 444;

confiança em si mesmo ele próprio (Adriano) se alegrava que este alguém se preparasse a responder ao povo.⁶⁸²

Ao afirmar que o costume não era pedir pelo *ius respondendi*, mas sim aguardar pela concessão imperial, baseada no mérito demonstrado na prática do direito, Adriano estaria declarando que o *ius publice respondendi* não devia ser encarado como um *beneficium*, ou seja, uma manifestação da discricionariedade absoluta do príncipe, como ocorria anteriormente, mas sim como um reconhecimento da perícia do jurista. Cabia, a quem o quisesse, se preparar no estudo do direito para estar em condições de poder dar respostas ao povo que fossem dignas de ser consideradas como aprovadas pela vontade imperial.⁶⁸³

As palavras do rescrito, portanto, não sem ironia, indicam uma nova mudança no instituto. Parece que, ao menos em seu pensamento de fundo, o rescrito de Adriano retoma as tradições antigas: era a prática livre e assídua das consultas que tornava os juristas aptos a obter o favor imperial e o *ius respondendi*. Isso explicaria a própria localização do episódio, que desempenha uma função dentro da narrativa do *Enchiridion*,⁶⁸⁴ logo em seguida à referência a Augusto e os primeiros tempos do instituto.⁶⁸⁵

Para A. MANTELLO, o rescrito representa até mesmo uma condenação à prática precedente de solicitar a concessão, condenação que é feita por meio da defesa de um princípio diverso, segundo o qual a outorga do *ius respondendi* deveria ser feita *motu proprio* pelo príncipe.⁶⁸⁶

⁶⁸² Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,49.

⁶⁸³ G. PROVERA, *Ancora cit.*, p. 355; B. ALBANESE, *Appunti cit.*, pp. 7-8; J. PARICIO, *El ius publice cit.*, p. 104. Para M. BREONE, *Tecniche cit.*, p. 159, “il *ius respondendi* non può formare oggetto di un *petere ala stregua di un beneficium*, perché l’attribuirlo non è una manifestazione di indulgentia; l’imperatore può (e, in un certo senso, deve) concederlo, a coloro che lo abbiano meritato.”.

⁶⁸⁴ Para M. BREONE, *Tecniche cit.*, p. 160, o episódio dos *virii praetorii* tem um significado na trama narrativa de Pompônio. Nas palavras de Adriano ele encontra a confirmação para a ideia subjacente à sua obra: a de que a jurisprudência carrega consigo um valor autônomo e antigo: a confiança nos próprios estudos, que dava base ao *respondere* na república, é respeitada pelo príncipe, que a considera como condição para obter o *ius respondendi*.

⁶⁸⁵ Cf. J. PARICIO, *El ius publice cit.*, p. 104, e F. De Visscher, *Le “ius publice respondendi” cit.*, p. 647, para quem essa distinção concedida poderia representar um primeiro passo na carreira do jurista dentro da administração imperial. O imperador o julgava merecedor do *ius publice respondendi* e, se ele justificasse a confiança imperial, podia ser chamado para integrar o conselho imperial.

⁶⁸⁶ *Sulla giurisprudenza cit.*, p. 123.

O texto de Pompônio, apresenta uma perplexidade que deve ser enfrentada para sustentar a interpretação de que Adriano inova ao retomar as tradições antigas. Trata-se da presença da expressão *et ideo* para iniciar o relato e o emprego do verbo *solere* para indicar que não se deveria solicitar o *ius respondendi*.

Pompônio, como se viu, relata que desde o tempo de Augusto se começou a pedir o *respondere ex auctoritate principis* como benefício, mas logo em seguida afirma que, por isso (*et ideo*) Adriano disse num rescrito que o *respondere* (o *publice*, ou *ex auctoritate principis* deve ser subentendido) costuma ser concedido espontaneamente e não mediante requisição. A contradição é nítida: o texto diz que se estabeleceu a prática de pedir o benefício e que “por isso”!? Adriano afirmou que a prática era diametralmente oposta.⁶⁸⁷

O emprego do verbo *solere* também traz problemas, pois não há referências nas fontes a respeito do momento em que se deixou de pedir e se iniciou o costume de aguardar a concessão do *ius respondendi*. Se foi Adriano o responsável pela mudança, por que afirmou que já era um costume? E se não era costume pedir, então por que os *virii praetorii* se dirigiram ao imperador? Afinal, era costume solicitar ou aguardar que o imperador concedesse o benefício?⁶⁸⁸

Para A. MAGDELAIN, o *praestari solere* significa que Adriano era liberal na concessão do benefício, e não parcimonioso (“o costume é conceder...”). O verbo *petere* indicaria uma petição que pode ou não ser satisfeita e, ao dizer que *hoc non peti*, Adriano afirma que a demanda dos *virii praetorii* não é uma *petitio* propriamente dita, pois a concessão é certa, automática, e o emprego de *peti* é impróprio. Assim, Adriano estaria concedendo, e não negando o pedido que lhe foi feito.⁶⁸⁹

W. KUNKEL afirmava que o que os *virii praetorii* pediram foi a licença, a permissão para atuar como consultores, e a resposta de Adriano era apenas uma forma amável de concessão do pedido, pois o que eles queriam não era algo que se pedia como graça imperial, mas uma dádiva que eles mesmos ofereciam ao público.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ Contradição apontada por B. ALBANESE, *Appunti* cit., p. 4.

⁶⁸⁸ Algumas dessa perplexidades são notadas por A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 119, nt. 67, ainda que num outro contexto, pois com essas questões ele buscava demonstrar a veracidade da teoria da licença;

⁶⁸⁹ *Ius respondendi* cit., p. 121.

⁶⁹⁰ *Das Wesen* cit., p. 443. O autor, assim, parece enxergar os próprios *virii praetorii* como sujeitos do *praestari*, e não, como se faz comumente, o imperador.

Também D. DAUBE tentou sanar a contradição, afirmando que o rescrito de Adriano foi emanado logo depois de uma constituição na qual ele, ao tomar o poder, confirmou todos os benefícios anteriores dos quais os súditos gozavam, assim como fizera Tito.⁶⁹¹ Assim, o que os *virī praetorīi* foi uma desnecessária confirmação do benefício que já haviam obtido anteriormente. Daí a afirmação de Adriano de que isso não se costumava pedir.⁶⁹²

Essa tese, contudo, não encontrou aceitação na doutrina romanística. M. HORVAT afirma que tal interpretação seria muito plausível desde que sua premissa principal (a renovação dos *beneficia* do antecessor) fosse pelo menos referida de alguma forma no texto.⁶⁹³ Para M. BREONE, o nexa estabelecido por D. DAUBE não encontra apoio nas fontes, pois não há nenhum dado que confirme que o pedido foi feito a Adriano logo que ele subiu ao trono ou que os *virī praetorīi* já tivessem o benefício, ao invés de estar pedindo pela primeira vez.⁶⁹⁴

E o confronto com as fontes citadas por D. DAUBE elas não induz à suposição de que Pompônio se refira à confirmação de benefícios. Além disso, o verbo *praestare* jamais é empregado para se referir à confirmação de um *beneficium*. Para tal finalidade os romanos usam o verbo *confirmare* e por vezes *servare, custodire beneficium*. *Praestare* aparece, por sua vez, num rescrito do próprio Adriano, significando *conceder* e a expressão *praestare beneficium* é recorrente nas constituições imperiais e na literatura. Por fim, se os *virī* já possuíam o *ius respondendi* antes de Adriano, seria inexplicável e até mesmo ofensivo que o imperador os aconselhasse a se preparar para responder ao povo.⁶⁹⁵

Também segundo B. ALBANESE a conjectura não encontra apoio nas fontes disponíveis sobre Adriano e depende de duas suposições: que os imperadores posteriores a Tito seguiram seu exemplo, e que Adriano responde aos *virī* apenas depois de ter confirmado o benefício. Mas ainda que fosse correta a tese de D. DAUBE, não justificaria por que Adriano afirmou que o *ius respondendi ex auctoritate principis* costumava ser simplesmente concedido e não requerido.⁶⁹⁶

⁶⁹¹ Suet. Tit. 8,1; Dio Cass. 66,19,3.

⁶⁹² *Hadrian's rescript to some ex-praetors*, in SZ 67 (1950), p. 515.

⁶⁹³ *Note cit.*, p. 714, nt. 10.

⁶⁹⁴ *Tecniche cit.*, p. 158.

⁶⁹⁵ M. BREONE, *Tecniche cit.*, p. 158.

⁶⁹⁶ *Appunti cit.*, p. 4

No máximo, se poderia afirmar, com D. DAUBE,⁶⁹⁷ que Adriano se referia à prática (*solere*) de confirmar os *beneficia* dos imperadores passados e que com o *peti* ele se referisse também a eles e não à prática de conceder *beneficia* espontaneamente. Assim, o texto original provavelmente dizia “*Et ideo optimus princeps Hadrianus cum <imperare coepisset et> ab eo viri praetorii peterent*”, e os compiladores omitiram a informação desnecessária.

Para B. ALBANESE, no entanto, apesar de engenhosa, essa hipótese não pode ser aceita, porque se baseia numa vaga semelhança entre o relato sobre Adriano e aquele sobre Tito presente em Suetônio. Ele propõe, então, a seguinte leitura do texto: o *et ideo* busca explicar o porque de Adriano rejeitar a pretensão dos *viri praetorii*, o que teria acontecido em virtude do estabelecimento da prática de pedir o *ius respondendi* como benefício, prática que, segundo o autor, é valorada de forma negativa pelo texto de Pompônio, como se fosse um fenômeno repetitivo e superficial (“*una prasssi di facili concessioni di beneficia a semplice richiesta*”). Sendo assim, Adriano buscou inovar em relação ao que se estabelecera desde o tempo de Augusto e afirmou, em um caso provavelmente importante, um pedido coletivo de *viri praetorii*, que não se poderia mais seguir antiga praxe; caberia ao imperador conceder o *ius respondendi* de forma espontânea, desaconselhando aos juristas que viessem pedir isso.⁶⁹⁸

Ele reconhece que sua proposta de interpretação talvez requeira a substituição do *solere* por *debere*, pois que se já não era costume pedir o *beneficium*, o pedido dos *viri praetorii* se mostraria desrespeitoso, se não improvável. Pode ser que o novo costume tenha se iniciado com o próprio Adriano e, assim, ao mencionar o *solere* em seu rescrito, ele se refira a seus próprios precedentes negando os pedidos. Mas também nesse caso se torna difícil explicar o pedido.⁶⁹⁹

O que se pode sugerir, para sanar a contradição, é que Adriano tenha inovado no próprio rescrito e que, como afirma M. BREONE,⁷⁰⁰ o *solere* tenha um valor hiperbólico, significando, na verdade, que dali em diante não mais se deveria pedir pelo *ius respondendi*, mas apenas se preparar para recebê-lo. Tanto é assim, segundo B. ALBANESE,

⁶⁹⁷ *Hadrian's rescript* cit., p. 518.

⁶⁹⁸ *Appunti* cit., pp. 4-5.

⁶⁹⁹ *Appunti* cit., p. 6.

⁷⁰⁰ *Tecniche* cit., p. 159.

que quando se traduz o texto em questão, os autores quase que naturalmente interpretam o *solere* como *debere*.⁷⁰¹

E a prova de que o rescrito estabeleceu um princípio importante está no próprio fato de Pompônio tê-lo referido e na função que o episódio exerce em sua narrativa, ao afirmar o valor autônomo da jurisprudência e a relevância da *fiducia studiorum suorum* como fundamento para o exercício da atividade consultiva, aparentemente restaurada ou reafirmada por Adriano.

Ainda que não se possa concordar com a interpretação de F. SCHULZ, para quem a resposta de Adriano indica que ele não mais faria concessões de *ius respondendi*,⁷⁰² é certo que o instituto, mesmo perdurando,⁷⁰³ tende a perder seu sentido na nova configuração institucional que se delineia.

Como já se viu, os juristas são cada vez mais chamados a integrar o *consilium principis*, que se torna um órgão estável e permanente, e uma nova forma de relacionamento com o príncipe se desenvolve. Nesse contexto, deve ter se mostrado desnecessário conceder individualmente a cada jurista o *ius respondendi* para que pudessem falar com a autoridade do imperador. Agora eles o fariam como membros do *consilium* ou até mesmo como magistrados e funcionários imperiais encarregados da jurisdição.⁷⁰⁴

Essa autorização, aliás, era de certa forma incompatível com o projeto imperial de centralização normativa e interpretativa, levado a cabo, por exemplo, com as constituições imperiais de caráter geral e constituições casuísticas como os rescritos (que são o verdadeiro substituto dos *responsa prudentium*) e decretos.

⁷⁰¹ Appunti cit., p. 6.

⁷⁰² Storia cit., p. 205; M. HORVAT, Note cit., p. 714. Para G. PROVERA, Ancora cit., p. 355, Adriano teria sido pródigo na concessão do *ius respondendi*. Segundo J. PARICIO, El ius publice cit., p. 104, nt. 72, nada há na referência de Pompônio ao rescrito de Adriano que indique a vontade do imperador de não mais conceder o *ius respondendi* e assim suprimi-lo, manifestando, isto sim, o caráter restritivo da concessão. O que pode ter ocorrido, segundo o autor (p. 105), é que a partir de Adriano o *ius respondendi* tenha se limitado quase totalmente aos juristas mais destacados que integravam o *consilium principis*. Também F. GALLO, Interpretazione e formazione consuetudinária del diritto – Lezioni di diritto romano, Ed. Compl., Torino, Giappichelli, 1993, p. 155, nt. 1, defende a permanência do instituto.

⁷⁰³ Um indicativo seria a referência de Gaio ao *permissum est iura condere* como algo existente no presente. Assim, G. PROVERA, Ancora cit., p. 356, F. DE VISSCHER, Le “ius publice respondendi” cit., p. 644, W. KUNKEL, Das Wesen cit., p. 443 (ainda que não fosse muito fácil obtê-lo nessa época); A. GUARINO, Il “ius publice respondendi” cit., p. 418.

⁷⁰⁴ Segundo G. PROVERA, Ancora cit., p. 356, a posição dos juristas como intérpretes autorizados do direito não depende mais do *ius respondendi*, e sim do cargo ocupado.

Assim é que o *ius respondendi* deve ter entrado lentamente em declínio, até desaparecer, por sua irrelevância e incompatibilidade com o poder normativo e interpretativo do imperador.⁷⁰⁵

4.4. Os rescritos e a assunção da atividade consultiva pelo *princeps*

A necessidade de consultas jurídicas, como se tem mostrado desde o início do trabalho, era uma constante na sociedade romana. Num primeiro momento foi suprida pelos pontífices e pelos patronos; com a abertura do saber jurídico, os juristas “leigos” tomaram para si essa tarefa em matéria de direito privado, permanecendo os pontífices como responsáveis pela matéria religiosa.

Durante toda a república e também no principado, os juristas continuam a exercer seu *respondere*, embora com certa interferência imperial consistente no *ius publice respondendi* (ainda que ele não seja interpretado como uma autorização prévia). Mas aos poucos o próprio imperador começa a assumir a função de responder as consultas das partes e juízes, fazendo por meio de seus rescritos.

Isso ocorre não só por uma vontade centralizadora dos príncipes, mas também por algumas razões meramente práticas que se apresentam durante o principado. Como o príncipe tinha competência jurisdicional para decidir litígios em última ou única instância, criou-se o hábito de consultá-lo previamente sobre questões de direito controversas ou duvidosas a serem enfrentadas nos processos, o que era feito para economizar tempo e meios judiciais.

Além disso, é provável que os juristas com *ius respondendi* vivessem geralmente em Roma, de modo que era difícil conseguir um *responsum* longe da capital, onde os magistrados também não conseguiam formar um conselho composto por juristas (ao contrário do que ocorria em Roma). E nem mesmo pedir um *responsum* por carta seria uma

⁷⁰⁵ M. HORVAT, *Note cit.*, p. 716; F. DE VISSCHER, *Le “ius publice respondendi” cit.*, p. 644; W. KUNKEL, *Das Wesen cit.*, p. 444; M. BRUTTI, *L’indipendenza cit.*, pp. 444-445. Segundo A. MAGDELAINE, *Ius respondendi cit.*, p. 120, a afirmação generosa de Adriano não se explica apenas pelo estabelecimento de uma colaboração entre juristas e imperador, mas também pelo fato de que, com a prática dos rescritos, Adriano havia assegurado para si a direção da interpretação do direito, de modo que não havia por que temer os juristas. Em sendo assim, ele podia até mesmo se fazer passar por protetor da jurisprudência, o que dá a entender o texto de Pompônio.

solução, já que a resposta para o caso dependeria de sua correta formulação em termos jurídicos já quando da consulta, para o que seria preciso um jurista. Nessas circunstâncias, recorrer ao imperador parece o meio mais simples e seguro, já que a petição e a resposta eram transmitidas por via burocrática.⁷⁰⁶

Buscava-se o parecer do príncipe também por um duplo fator: como ele estava cercado por um conselho de juristas dotados de grande autoridade, havia a garantia de um parecer tecnicamente qualificado, ao qual se somava ainda a autoridade oficial conferida pelo príncipe.⁷⁰⁷ Assim, ao que parece, as partes e juízes continuavam a procurar o conselho dos juristas, agora mais facilmente acessíveis por meio do *consilium principis*, o que não era nada desvantajoso, pois seu parecer ainda vinha dotado de grande autoridade, maior até do que se fosse emanado *ex auctoritate principis*.

Tais pareceres imperiais recebem a denominação geral de *rescripta*. Em sentido estrito, o nome alude às respostas dadas às petições de particulares, que eram redigidas pela chancelaria *a libellis*, firmadas pelo imperador no próprio *libellus* que continham a petição (daí o nome de *subscriptiones*) e notificadas mediante a exposição ao público. Se a consulta era feita por um funcionário imperial ou um magistrado, a pergunta (*consultatio, relatio*) e a resposta (chamada *epistula* e redigida pela chancelaria *ab epistulis*) tomavam a forma de um intercâmbio de cartas oficiais.⁷⁰⁸

Já se encontram traços dessa prática nos primeiros imperadores,⁷⁰⁹ mas tais opiniões ainda não estavam organicamente colocadas no sistema de fontes, o que vai ocorrer com mais força no século II d.C., principalmente a partir de Adriano. Nessa época o rescrito passa a ser frequentemente ligado a um processo pendente e assim destinado a resolver uma questão controvertida (antes disso se encontravam misturados com outras opiniões que não tinham esse caráter).⁷¹⁰

Entre os *responsa prudentium* e os rescritos imperiais existe uma continuidade histórica certa. Respondem à mesma necessidade de consultas jurídicas, não decidem de plano o caso concreto, pois que porque presumem ser verdadeira a narrativa do solicitante e deixam ao juiz competente a determinação da veracidade dos pressupostos e, no final das

⁷⁰⁶ C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 91.

⁷⁰⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., pp. 245-246.

⁷⁰⁸ C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 91.

⁷⁰⁹ C. A. CANNATA, *Historia* cit., p.91, nt. 229.

⁷¹⁰ C. A. CANNATA, *Historia* cit., pp. 91-92; W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 139

contas, são ambos de autoria dos juristas, com a diferença de que eles não mais atuam em seu próprio nome, mas como membros das chancelarias imperiais ou do *Consilium principis*, redigindo diretamente as respostas imperiais⁷¹¹ ou proporcionando materiais e argumentos para as decisões do príncipe.^{712 713}

Trata-se de uma forma de colaboração entre imperadores e juristas mais eficaz do que aquela tentada por Augusto e Tibério: é mais estreita, pois as discussões se dão no consilium e o rescrito vem dotado de uma autoridade maior que a de um *responsum*, servindo melhor ao intuito de por fim a certas controvérsias interpretativas.

Além de serem seus autores, os juristas são também os responsáveis pela divulgação dos rescritos, que eles mencionam em suas obras⁷¹⁴ juntamente com as opiniões jurisprudenciais, ainda que reconheçam nas constituições imperiais maior autoridade que nos *responsa*. E não se limitam apenas a divulgar seu conteúdo, mas também buscam interpretá-los e extrair deles regras e princípios gerais.⁷¹⁵

Ainda que a atuação dos juristas não tenha perdido seu relevo, ela mudou de caráter. Diante do aumento na prática dos rescritos, a atividade responsorial livre e responsável dos juristas foi perdendo terreno frente ao poder supremo, e o imperador progressivamente se afirmou como único criador e intérprete do direito embora o fizesse certamente com a colaboração dos juristas que lhe eram próximos. Assim, segundo W. KUNKEL, já na primeira metade do século III, os juristas só podiam participar da criação do direito como funcionários imperiais, condição na qual sua liberdade certamente não era a mesma de quando atuavam por sua própria conta.⁷¹⁶

Chega ao fim, portanto, o *respondere* dos juristas romanos enquanto tais. Eles atuam agora como que na sombras, perdendo sua independência, ainda que não tenham perdido sua relevância.

⁷¹¹ Tryph. 8 disp. D. 20,5,12pr.

⁷¹² Paul. 1 decr. D. 4,4,38pr; Ulp. 11 ad. leg. Iul. et Pap. D. 37,14,17pr.

⁷¹³ C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 93; W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 139. Para F. DE VISSCHER, *Le "ius publice respondendi"* cit., pp. 649-650, "le rescrit impérial en matière d'interprétation du droit n'est autre chose qu'un responsum, et tout ce qui le sépare du responsum d'un jurisconsulte officiel c'est qu'au lieu d'être émis par le juriste avec une garantie plus ou moins nominale de l'Empereur ou de l'autorité publique, il l'est désormais par l'Empereur avec la collaboration des jurisconsultes siégeant au Consilium."

⁷¹⁴ Como em Cels. 30 dig. D. 22,3,13 e Iul. 64 dig. D. 4,2,18.

⁷¹⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 247; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 269; C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 92.

⁷¹⁶ *Historia* cit., p. 139.

5. A CRIAÇÃO DO DIREITO NA ATIVIDADE CONSULTIVA DOS JURISTAS

5.1. Exemplos

Toda a atuação dos juristas romanos descrita até aqui rendia frutos: as fórmulas e esquemas negociais se consolidavam na prática cotidiana, os meios processuais sugeridos às partes ou ao próprio pretor acabavam se estabelecendo no edito e dando origem ao *ius honorarium*, e os pareceres dados sobre as mais diversas questões jurídicas podiam também se tornar regras jurídicas postas e guiar o comportamento dos cidadãos.

O *cavere*, desde os tempos da jurisprudência pontifical, deu origem a diversos negócios jurídicos tradicionais do direito romano. Como já se viu no item 2.3, muitos são os exemplos: as fórmulas para instituição de herdeiros (com as de substituição e instituição alternativa), deserdação, nomeação de tutores, *cretio*, legados, *confarreatio*, adrogação, *mancipatio* (com seus diversos usos), *in iure cessio*, *manumissio vindicta*, fórmulas mais antigas de contrato verbal (*sponsio*, *feidepromissio*), *nexum*, *solutio per aes et libram*, *acceptilatio*.⁷¹⁷

Os usos do rito da *mancipatio* são um ótimo exemplo da forma como se expressava a criatividade dos juristas romanos, adaptando uma fórmula antiquíssima para as mais diversas finalidades. Aqui serão mencionados apenas alguns exemplos, pois essa forma de transmissão da propriedade acabou dando origem a toda uma gama de atos *per aes et libram* e que mereceriam um trabalho à parte.⁷¹⁸

A *mancipatio*, que representava a compra e venda das coisas de maior valor e das *personae serviles et liberae*, no tempo da moeda pesada, era realizada na presença de cinco testemunhas e de um *libripens*, todos cidadãos romanos, da seguinte forma: o adquirente tomava a iniciativa e, segurando com a mão a *res* a ser transferida, recitava a fórmula necessária (no exemplo de Gaio, relativo à compra de um escravo): “Eu digo ser este homem meu pelo direito dos quirites, e que tal seja me vendido por meio deste bronze e desta balança de bronze.” Ele então tocava a balança com a barra de bronze e a entregava

⁷¹⁷ F. SCHULZ, *Storia* cit., pp. 42-43.

⁷¹⁸ Sobre os *gesta per aes et libram*, veja-se A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., pp. 359 e ss.

como pagamento à outra parte,⁷¹⁹ que se limitava a consentir e dar sua garantia contra a evicção, ao prestar sua *auctoritas*.⁷²⁰

Em certo período da história, apresenta-se a necessidade de *doar* bens, incluídos os de maior preço, que se transferiam por meio da *mancipatio*, que representava, no entanto, uma compra e venda. Consultados sobre como fazê-lo, os pontífices utilizam esse mesmo rito, mas sugerem que o adquirente (*mancipio accipiens*) ponha na balança uma quantidade irrelevante de bronze (*mancipatio nummo uno*). Assim, mantinha-se íntegra a forma de transferência da propriedade, mas realizava-se uma causa, uma função diferente, a doação. A sugestão, uma vez comumente aceita pela comunidade, torna-se *ius receptum* e esse meio para transferir gratuitamente a propriedade se mantém mesmo depois do surgimento da moeda cunhada.⁷²¹

O rito *per aes et libram* também tem usos fiduciários e um deles acaba por dar origem a uma das principais formas de testamento da história do direito romano. Trata-se da *mancipatio familiae*, utilizada para socorrer aqueles que estavam perto da morte e ainda não haviam feito um testamento nas formas antigas (*calatis caomitiis* ou *in procinctu*) e não houvesse tempo para esperar, por exemplo, a próxima reunião dos comícios. O remédio era transferir todo o patrimônio do *mancipio dans* a um amigo por meio de uma venda fictícia, dando-lhe o encargo de distribuí-lo conforme as instruções do vendedor. O comprador ficava apenas *loco heredis* para executar a vontade do vendedor e, portanto, não se tratava, a rigor, de um testamento, mas de um ato *inter vivos* que transferia ao *familiae emptor* a propriedade dos bens, ainda que ele estivesse juridicamente vinculado a executar as determinações do vendedor quando este morresse.⁷²²

Como na *mancipatio familiae* não se encontrava uma sucessão testamentária, poderia haver inconvenientes quanto à continuidade dos *sacra* e aos créditos e débitos do transferente, já que não se poderia exigir a continuação do culto doméstico ou o pagamento

⁷¹⁹ Gai. 1,119.

⁷²⁰ F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 93.;

⁷²¹ F. GALLO, *Interpretazione* cit., pp. 94-05; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 356

⁷²² F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 98; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 153, segundo o qual, caso o *mancipio dans* se recuperasse da doença, por exemplo, que lhe gerara o temor de morte, podia receber de volta a propriedade dos bens por meio de uma *usureceptio*, mesmo contra a vontade do *emptor*. A *usureceptio*, que, ao lado da *usucapio pro herede*, é um dos modos de adquirir por usucapião sem boa fé so possuidor, tinha lugar em negócios fiduciários, como a entrega de um bem por *mancipatio* a título de garantia real a *mancipatio familiae*, e se processava da seguinte forma: se o devedor estivesse na posse do bem dado em garantia, adquiria sua propriedade se transcorresse o prazo de um ano após o pagamento da dívida. No caso da *mancipatio familiae*, em que não há dívida a pagar, o termo inicial é a própria realização do negócio.

das dívidas nem ao *familiae emptor* (mero executor da vontade do *mancipio dans*) nem aos beneficiados, meros sucessores a título singular. Para remediar esse problema, num primeiro momento os juristas se ativeram à interpretação segundo a qual o *familiae emptor heredis locum obtinebat*. Mas era preciso nomear um herdeiro para superar completamente a dificuldade e essa nomeação deveria ser feita de forma mais simples, para satisfazer a crescente exigência de se fazer um testamento sem ter de esperar a convocação dos comícios.

Assim é que os juristas sugeriram as adaptações necessárias para transformar a *mancipatio familiae* num verdadeiro testamento, o *testamentum per aes et libram*, que acaba por suplantando as formas mais antigas de testamento.⁷²³

Baseando-se na disposição das XII Tábuas segundo a qual *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, modificaram a fórmula pronunciada pelo *familiae emptor*, acrescentando a expressão *quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*. Desse modo, nas instruções que o transferente dava ao *emptor* podia ser incluída uma *heredis institutio*. E a *nuncupatio* contendo tais instruções não precisava mais ser feita oralmente. O transferente agora entrega ao *emptor* algumas tábuas de cera em que constam a instituição do herdeiro, os legados e as outras disposições testamentárias, e que eram guardadas em segredo e abertas apenas quando da morte do testador. Conclui-se o rito com a pronúncia de uma fórmula sacramental para conferir solenidade à entrega das tábuas: *haec ita ut in tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites, testimonium mihi perhibetote*, mesma fórmula pronunciada nas formas antigas de testamento.⁷²⁴

A *in iure cessio* é outra forma de transmissão da propriedade (aplicável também a *res nec Mancipi*) que os juristas acabam adaptando para as mais diversas finalidades. Ela mesma já é uma utilização fictícia da *rei vindicatio*, e ocorre da seguinte maneira: alienante e adquirente compareciam diante de um magistrado e o adquirente então pronunciava a *vindicatio* (*aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium*); o alienante quedava inerte e, se o magistrado lhe pedia para oferecer a *contravindicatio*, não o fazia (comportamento

⁷²³ Para uma descrição do surgimento dessa forma de testamento, veja-se Gai. 2,102 e ss.

⁷²⁴ F. GALLO, *Interpretazione* cit., pp. 98-99; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., pp. 154-155; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., pp. 428-430.

chamado *cedere, cessio in iure*), restando ao magistrado pronunciar a *addictio* da coisa em favor do adquirente.⁷²⁵

Foi aplicada, por exemplo, na *manumissio vindicta* criada para não se ter de esperar até a morte do *dominus* e abertura de seu testamento ou a realização do censo para libertar um escravo (duas únicas formas de manumissão inicialmente existentes). Para que se pudesse realizar a manumissão a qualquer tempo, os juristas sugeriram que se utilizasse a *in iure cessio* numa fictícia ação de liberdade em que o *dominus* permanecia inerte após a pronúncia do *adsertor libertatis*, que tocava o escravo com uma varinha e proclamava sua condição de homem livre (*hunc ego hominem liberum esse aio*). O magistrado então pronunciava a *addictio in libertatem*.⁷²⁶

Interessante exemplo de criação jurisprudencial é o instituto da *emancipatio*, em cujo rito, a fim de liberar um *filius* da *patria potestas*, combinam-se a *mancipatio* e a *manumissio vindicta*. Tal instituto surgiu a partir de uma interpretação sutil da disposição das XII Tábuas que previa, como sanção ao pai que vendesse seu filho por três vezes seguidas, a perda da *patria potestas* (*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*).⁷²⁷

Os juristas, desconsiderando a finalidade da regra, se valeram dela para uma função diversa e sugeriram, então, que o pai que desejasse emancipar seu filho o vendesse a um amigo (*fiduciarius*), que assumia o compromisso de retransferi-lo ao pai (*remancipatio*) ou manumiti-lo (o que também o fazia retonar ao poder de seu pai). Realizada a terceira venda, o filho não estava mais submetido à *patria potestas* e podia agora ser manumitido diretamente pelo *fiduciarius* ou retransferido novamente ao pai (não mais com o status de *filius*, mas de pessoa livre *in mancipio*), para que este o manumitisse.⁷²⁸

⁷²⁵ Gai. 2,24; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 655; F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 102.

⁷²⁶ A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., pp. 678-679; F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 103. A *in iure cessio* foi empregada também para a constituição de servidões prediais (Gai. 2,29) e usufruto (Gai. 2,33).

⁷²⁷ L. XII Tab. IV,2.

⁷²⁸ Gai. 1,132; A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 547; F. GALLO, *Interpretazione* cit., pp. 96-97; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 149; C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 34. A norma das XII Tábuas menciona apenas as três vendas de um “filho”. Diante disso, duas interpretações eram possíveis: ou a palavra filho era empregada em sentido amplo para abranger toda pessoa submetida à *patria potestas* e, portanto, poderia ser empregado o rito da emancipação para qualquer uma delas; ou a regra se referia apenas ao filho e, como era uma sanção, deveria ser interpretada restritivamente, podendo então o pater vender essas outras pessoas quantas vezes quisesse sem sofrer qualquer sanção. Os juristas, no entanto, adotaram uma terceira interpretação e entenderam que filhas e netos estariam livres do pátrio poder após apenas uma venda (e manumissão pelo comprador). Para A. GUARINO (p. 546, nt. 40.3.1), não é possível ter certeza se apenas uma venda bastava para a emancipação de uma filha, e único documento contendo tal ato jurídico de que se tem

Além dessas invenções anônimas, há frutos do *cavere* que carregam o nome do jurista que os concebeu. É o que ocorre com as *actiones Manilii*, ou *Manilianae venalium vendendorum leges* conjunto de fórmulas de compra e venda concebido por Mânio Manílio.⁷²⁹ Também com a *cautio muciana*, meio pelo qual Quinto Múcio Cévola buscou obviar o inconveniente representado pelo fato de que as condições potestativas negativas sem limite temporal só poderiam considerar-se realizadas, a rigor, quando da morte daquele de quem dependessem. Em se tratando de um legado, por exemplo, o jurista sugeriu que o legatário de cuja vontade dependia a realização da condição potestativa recebesse desde logo o legado, comprometendo-se, no entanto, por meio de uma caução (que leva o nome de Cévola), a restitui-lo ao herdeiro se infringisse a condição.⁷³⁰

Aquílio Galo, por sua vez, é o responsável por permitir à *acceptilatio* (que até sua época poderia extinguir apenas obrigações *verbis contractae*) extinguir qualquer tipo obrigação, ao realizar uma *stipulatio novatoria* (*stipulatio Aquiliana*) que unificava várias obrigações anteriormente contratadas pelas partes numa única *obligatio ex stipulatu certi*, passível de extinção por *acceptilatio*.⁷³¹ Esse jurista é também responsável pela possibilidade, antes inexistente, de se instituir, como herdeiros, os *postumi Aquiliani* (netos nascidos após a morte do testador, mas cujo pai, vivo quando da confecção do testamento, tivesse falecido antes do testador).⁷³²

Os juristas contribuíram também para a formação do direito pretoriano, que pode ser considerado uma das obras primas da jurisprudência romana. Fizeram-no, em primeiro lugar, ao aconselhar as partes no processo (*agere*), condição na qual sugeriam novas fórmulas que, conforme o caso, eram acolhidas pelo pretor e colocadas em seu edito.⁷³³

conhecimento menciona a emancipação de uma mulher depois de três vendas.

⁷²⁹ Cic. Leg. 1,4,14; Varro ling. 2,3,5; 2,4,5; 2,5,11.

⁷³⁰ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. I cit., p. 164, nt. 49. Segundo A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., p. 403, o que Q. Múcio fez foi sugerir aos pretores que concedessem ao beneficiário da condição o gozo imediato daquilo que lhes fora atribuído, mediante o compromisso de restituir, celebrado por meio de uma *stipulatio praetoria*.

⁷³¹ A. GUARINO, *Diritto Privato* cit., pp. 842-843; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. II cit., p. 87. Gai. 3,170 e Flor. 8 inst. D. 46,4,18 (*Eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est*, ao que se segue a fórmula da *stipulatio*); Inst. 3,29,2.

⁷³² J. C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. II cit., p. 415. Afr. 2 quaest. D. 28,6,331 (*Si filius et ex eo nepos postumus ita heredes instituantur, ut Gallo Aquilio placuit*); Scaev. 6 quaest. D. 28,2,29pr (*Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit*); Paul l.s. de iure codicill. D. 30,127 (*et optinuit Galli sententia alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri*.) Segundo Schulz, *Storia* cit., p. 97, “Gallo ‘introdusse’ che si potesse istituirla, cioè suggerì ai suoi clienti di redigere il testamento nel modo che si è detto, affermando la validità di tale clausola ed imponendola ai tribunali grazie alla sua auctoritas.”

⁷³³ Aceita a fórmula nova pelo pretor, era provavelmente anunciada por meio de um *edictum repentinum*, estabelecendo-se, depois, no *edictum perpetuum* dos pretores que o seguissem, ou seja, integrando o *edictum tralatitium*, aquela parte do edito dos pretores que era mantida ano a ano.

Mas também atuavam como conselheiros do próprio pretor e, assim sendo, podiam indicar diretamente a ele os mecanismos processuais que consideravam adequados, ou guia-lo na apreciação das sugestões feitas pelas partes e seus conselheiros.⁷³⁴

Fica assim delineada uma dupla contribuição dos juristas para o trabalho do pretor. Com seus *responsa* (proferidos como membros do *consilium praetoris* ou como conselheiros *ad hoc*), eles contribuíam para a formação do edito como *programa de ação*; com seu *agere*, contribuíam para transformar o edito num *repositório de fórmulas* que o pretor acolhia após sugestão das partes que eles assessoravam.⁷³⁵

Assim como ocorria com o *cavere*, a maioria das criações jurisprudenciais que deram origem a mecanismos processuais e institutos de *ius honorarium* é anônima, mas algumas ações são nomeadas após o jurista que as concebeu. Isso ocorre com Aquílio Galo, inventor da *actio de dolo* e da *exceptio doli* (não se pode ter certeza se como pretor ou jurista),⁷³⁶ e Aulo Cascélio, autor do *iudicium Cascellianum*.⁷³⁷

Os juristas, portanto, ao realizar a tarefa da *interpretatio*, que vai além da mera interpretação de textos jurídicos, acabam desempenhando uma função criativa, ainda que o façam sem se distanciar totalmente do direito já estabelecido, pois utilizam as formas já existentes e, com mecanismos sutis, lhes dão uma nova função, como fica nítido no caso da *emancipatio* ou lhe ampliam o âmbito de incidência, como mostram os diversos usos da *mancipatio*.⁷³⁸

⁷³⁴ Segundo M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., p. 409, “rispetto ad altri modi di produzione del diritto, è lo *ius praetorium* quello che di più favorisce e moltiplica gli interventi della giurisprudenza nella prassi e quindi la sua influenza; proprio perchè l'attività giurisprudenziale è alle spalle sia dei decreta (che il più delle volte orienta coi propri consigli) sia degli edicta, che non solo essa ispira, ma che necessariamente interpreta tutte le volte in cui dalle clausole generali risulti appena problematico passare alla scelta di una formula per il caso concreto.”

⁷³⁵ G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 171, para quem (p. 165) tal sistema de criar direito novo estaria condenado ao fracasso “se não fosse apoiado em critérios científicos seguros e uniformes, capazes de impor às decisões do pretor como as mais justas e mais necessárias ao bem estar da sociedade.” Daí porque os pretores evitavam proceder arbitrariamente e “submetiam-se de bom grado aos ditames da ciência jurídica, que assim ia guiando, a par e passo, a sua linha de conduta.” Também M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., p. 406. Podia ocorrer, ainda, que o próprio jurista ocupasse a pretura e, nessa condição, contribuísse para a evolução do *ius honorarium*.

⁷³⁶ Cic. nat. 3,30,74: *iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit*; Cic. off. 3,14,60: *protulerat de dolo malo formulas*.

⁷³⁷ Gai. 4,166 e 4,169.

⁷³⁸ F. DE VISSCHER, *Le “ius publice respondendi”* cit., p. 10, afirma que “Certes ils se considèrent comme les serviteurs de la règle de droit, et ne se permettent jamais de la transgresser ouvertement. Certains d'entre eux se plaisent même, comme Ulpian, à faire l'éloge des dispositions de la loi ou de l'Edit. Ils ne sont pas animés d'un esprit critique négatif et destructeur. Il n'en reste pas moins que, poussés par la nécessité, il leur arrive assez souvent de donner, aux textes un sens différent de leur sens originel, comme le font, du reste,

Tanto é assim que o trabalho dos juristas vem elencado sem hesitação dentre as fontes do direito romano. Papiniano afirma que o *ius civile* é o que advém, dentre outras fontes, da autoridade dos prudentes.⁷³⁹ Pompônio chega mesmo a identificar o *ius civile* como aquele que *sine scripto venit compositum a prudentibus*⁷⁴⁰ ou que *in sola prudentium interpretatione consistit*.⁷⁴¹ Gaio diz que os *iura populi* romani se compõem também pelos *responsa prudentium*.⁷⁴² Fora do círculo dos juristas, Cícero já elencava a *iuris peritorum auctoritas* como uma das partes do *ius civile*⁷⁴³ e fala dos juristas Tibério Coruncânio, Sexto Élio e Publio Crasso como aqueles *a quibus iura civibus praescribebantur*.⁷⁴⁴

As sugestões e opiniões jurisprudenciais, contudo, não se tornavam fonte do direito imediatamente, mas tinham de ser aceitas pela sociedade. A criação do direito pelos juristas era, portanto, sempre algo mediado: ou pela recepção social, ou pela chancela do magistrado (no caso da influência sobre o *ius honorarium*). A sugestão de uma fórmula negocial ou um parecer sobre uma questão controversa de direito deveriam, primeiramente, ser acolhidos no caso concreto e, depois, encontrar a aceitação da comunidade, para que se estabelecessem como regra geral.

Esse é o processo a ser descrito e analisado nos próximos dois itens. Primeiramente, a eficácia das opiniões jurisprudenciais no caso concreto, ao longo da história de Roma; em seguida, a *receptio moribus* e o que a condiciona.

les juristes de tous les pays et de tous les temps. Il leur arrive, également, d'innover plus directement, en inventant des moyens de droit, formules d'actions, d'interdits, etc..." De forma parecida: W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 133; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., pp. 147-148; O. ROBLEDA, *Introduzione* cit., p. 109; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 130 e 132 (para o autor, a norma jurídica era considerada pelos romanos como algo pré-existente às interpretações que os prudentes e os particulares delas faziam nos negócios e processos).

⁷³⁹ Pap. 2 def. D. 1,1,7pr.: *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

⁷⁴⁰ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,5: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.*

⁷⁴¹ Pomp. l. s. ench. D. 1,2,2,12: *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.*

⁷⁴² Gai. 1,2: *Constant autem iura populi Romani ex ... responsis prudentium...*, definidos em Gai. 1,7 como *sententiae et opiniones eorum quibus iura condere permissum est.*

⁷⁴³ Cic. top. 5,28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.*

⁷⁴⁴ Cic. Cato 9,27.

5.2. A eficácia do parecer no caso concreto

Ao tratar da força dos pareceres jurisprudenciais no caso concreto é preciso, em primeiro lugar, distinguir entre os seus destinatários. Ao sugerir-se uma fórmula, o destinatário imediato da opinião jurisprudencial era o próprio cliente que consultara o jurista em busca de auxílio na realização de um negócio jurídico e que certamente acolheria a sugestão que lhe fora dada, ainda que pudesse obter o parecer de mais de um jurista, como ocorre no caso em que quatro deles (Labeão, Ofílio, Cascélio e Trebácio) são consultados antes da confecção de um testamento.⁷⁴⁵ O mesmo se pode dizer das fórmulas de ações sugeridas pelos pontífices no período das ações da lei ou pelos juristas leigos no âmbito do processo formular.

Mas as fórmulas negociais ou processuais tinham também destinatários mediatos, que eram os magistrados e juízes. Um negócio jurídico celebrado segundo a sugestão inovadora de um jurista poderia dar lugar a controvérsias e a pertinência da fórmula sugerida podia acabar sendo analisada em juízo. Da mesma forma, um novo mecanismo processual concebido pelo jurista e indicado à parte que lhe consultara podia ou não ser concedido pelo pretor.

No caso de um *responsum* em sentido estrito, ou seja, um parecer acerca de uma questão jurídica controversa, pode ser que o destinatário fosse apenas o particular, desejoso de resolver seu problema prático, ou o advogado em busca de apoio para sua tese. Nesse caso, talvez se aceitasse apenas o parecer que melhor conviesse aos interesses do solicitante, principalmente em se tratando de um advogado, mas isso podia ocorrer também com o simples particular, como demonstra o exemplo do *rusticanus* frente a P. Licínio Crasso,⁷⁴⁶ que sai insatisfeito e encontra em Galba a resposta que lhe agrada mais. O mais comum, no entanto, é que o *responsum* se destinasse ao magistrado ou ao juiz da causa, caso em que surge a questão: estavam eles obrigados a seguir o parecer do jurista?

⁷⁴⁵ Iav. *I ex post. Lab. D.* 28,6,39pr.

⁷⁴⁶ Cic. de orat. 1,56,239.

5.2.1. Jurisprudência pontifical

É provável que, mesmo não havendo nenhuma norma explícita a respeito, o parecer dos pontífices fosse indiscutível e as fórmulas sugeridas por eles fossem tidas automaticamente. Se alguém contestasse uma opinião desse gênero, a decisão caberia ao órgão jurisdicional, mas a autoridade do colégio pontifical assegurava a aceitação de seu *responsum* no caso concreto.⁷⁴⁷

Essa autoridade tinha um caráter institucional e coletivo, pois que o colégio era um dos órgãos da comunidade e proferia suas decisões e opiniões após uma deliberação conjunta de seus membros, para a qual pode-se traçar até mesmo um certo procedimento.⁷⁴⁸

A autoridade do colégio era garantia e reforçada, ainda, pela unidade que lhe era característica: ainda que houvesse dissensões entre os membros do colégio, elas não vinham a público e a resposta emanada era tida como proveniente do colégio como um todo; até mesmo o pontífice que discordara da opinião de seus pares estava obrigado a segui-la e, por exemplo, auxiliar na realização do ato na conformidade do que decidira o colégio. É o que ocorre em 200 a.C., quando o pontífice P. Licínio Crasso, apesar de vencido numa votação prévia à emanção de um *responsum*, auxilia o cônsul na realização do voto de quantia incerta.⁷⁴⁹

Em se tratando de religião, as fontes romanas são expressas com relação à força das opiniões pontificais. Cícero afirma que a intervenção de um só pontífice em matéria religiosa era suficiente em caso de dúvida para liberar alguém de escrúpulos religiosos⁷⁵⁰ e que aquilo que fora estatuído por três pontífices deveria ser tido como regra para o povo romano.⁷⁵¹

⁷⁴⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p.33; F. SCHULZ, *Storia* cit., p.43; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 132. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Lezioni* cit., p. 162, fala na “forza cogente dell’interprete munito di un’autorità istituzionale, qual era il collegio dei pontefici.”

⁷⁴⁸ M. TALAMANCA, *Intervento*, in C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 64; C. A. CANNATA, *Replica*, in *Iura Condere* cit., p. 79.

⁷⁴⁹ F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in M. SARGENTI e G. LURASCHI (orgs.), *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia, 26-27 aprile 1985*, Padova, CEDAM, 1987, p. 122.

⁷⁵⁰ Cic. har. resp. 7,13: *religionis explanatio uel ab uno pontifice perito recte fieri potest*. “a interpretação em matéria de religião pode ser corretamente feita até mesmo por um único pontífice.” Tradução livre do autor.

⁷⁵¹ Cic. har. resp. 6,12: *De sacris publicis, de ludis maximis, de deorum penatium Vestaeque matris caerimoniis, de illo ipso sacrificio quod fit pro salute populi Romani, quod post Romam conditam huius unius casti tutoris religionum scelere uiolatum est, quod tres pontifices statuissent, id semper populo*

E de fato o que se constata, ao analisar os exemplos de consultas feitas ao colégio mencionados no capítulo 1, é que os particulares e magistrados sempre seguiram a decisão dos pontífices, realizando os votos, dedicações e outros atos religiosos na conformidade do estabelecido pelo colégio, reputado como autoridade máxima em matéria de religião.

Com relação ao direito privado, faltam fontes explícitas a respeito da força dos *responsa pontificum*, mas autoridade do colégio parece suficiente para garantir a aceitação de uma opinião sua no caso concreto, ainda que expressa apenas pelo membro designado a cada ano para responder as consultas dos particulares.⁷⁵²

5.2.2. Jurisprudência “leiga”

Na república, com a abertura do saber jurídico, a situação tende a mudar, pois que os juristas não oferecem a seus “clientes” a segurança de uma instituição como o colégio dos pontífices, mas apenas sua opinião pessoal,⁷⁵³ embora ela se funde na *auctoritas* que detêm enquanto membros da *nobilitas* e como juristas competentes, dignos da confiança dos cidadãos em razão de sua perícia. Com a ampliação, ainda que relativa, no círculo de consultores, perde-se a unidade antes existente, as dissensões podem agora vir a público e o surgimento de opiniões contrastantes, todas elas sentidas como direito vigente, forma o chamado *ius controuersum*, razão ao mesmo tempo de grande desenvolvimento do saber jurídico e diminuição na autoridade dos pareceres específicos, sempre passíveis de contestação por outro jurista, ao contrário do que ocorria com os *responsa pontificum*.⁷⁵⁴

Romano, semper senatui, semper ipsis dis immortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse uisum est. “No que diz respeito aos ritos religiosos públicos, aos grandes jogos, ao culto dos deuses penates e da venerável Vesta, e ao próprio sacrifício que se faz pelo bem do povo romano (sacrifício que, desde a fundação de Roma, foi violado de forma criminoso apenas por este guardião da religião), sempre pareceu, ao povo romano, ao senado e aos próprios deuses imortais, suficientemente inviolável, elevado e sagrado o que três pontífices decidissem.” Tradução livre do autor.

⁷⁵² F. BONA, *La certeza* cit., p. 121: “è *ius* quello che il pontífice singolo o pontífice massimo pro conlegio avranno ritenuto ‘sembrare’ loro recte.”

⁷⁵³ Se antes um pontífice podia responder em nome dos demais, isso não mais ocorre e o jurista responde apenas *uti singuli*.

⁷⁵⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 33; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Lezioni* cit., p. 162; F. BONA, *La certeza* cit., pp. 126. Para C. A. CANNATA, *Historia* cit., pp. 32-34, o fato de que as respostas dos juristas leigos tinham menos autoridade fica patente no exercício do *cavere*, quando era necessária a criação de um novo mecanismo jurídico apto a produzir novos efeitos. Segundo o autor, enquanto os pontífices podiam simplesmente criar uma forma nova, o jurista leigo deveria se valer de uma combinação de regras já existentes, daí porque “ciertos actos jurídicos creados em los siglos III y II a.C. revelan claramente su origen

Nesse contexto, é difícil pensar que os pareceres dos juristas vinculassem o juiz ou magistrado, que ganhariam assim maior liberdade de decisão.⁷⁵⁵ No entanto, ainda que se possa dizer que o *responsum* de um jurista não vincule, será que os responsáveis pela jurisdição podiam simplesmente ignorar o trabalho dos juristas e julgar livremente, sem adotar nenhum *responsum* como razão de decidir?

Para M. TALAMANCA, não era esse o caso, e os juízes deveriam se valer, de algum modo, das opiniões jurisprudenciais, cuja posição de autoridade se explica, na experiência romana, dentre outros fatores, pela ausência de um texto legislativo que permitisse controlar os resultados da *interpretatio* (as XII Tábuas não eram suficientes para tanto, pois eram apenas um pressuposto remoto sobre o qual se desenvolvera uma série de outras regras) e pelo fato dos juízes serem, via de regra, leigos no conhecimento jurídico e, portanto, dependerem da ajuda dos juristas para resolver certas questões de direito. Segundo o autor, era praticamente impossível que um juiz (a não ser que ele mesmo fosse jurista) formulasse uma opinião própria acerca do direito, fora daquelas já existentes no *ius controversum*, e ainda que não adotasse a opinião prevalente, deveria se escorar na autoridade de algum jurista.⁷⁵⁶

É essa a posição defendida por Cícero em seu discurso em favor de Aulo Cecina. Nesse caso, o seu adversário defendia a causa afirmando que não era preciso se submeter à autoridade dos juristas, alegação que, ao que se depreende do texto, era comum na

en la actividad de los primeros juristas laicos, por razón de sua forma compleja, que parece contrastar con la coherencia y el pragmatismo de la jurisprudencia romana.” Tal diferença seria percebida comparando-se a forma simples do testamento calatis comitiis com o complexo ritual da *emancipatio*. Grande parcela de autores, no entanto, como se viu na nt. 98, considera a *emancipatio* como um dos frutos da própria jurisprudência pontifical.

⁷⁵⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 132; A. SCHILLER, *Roman Law* cit., p. 276.

⁷⁵⁶ *Istituzioni* cit., p. 33. Em outra ocasião (*Intervento* cit., p. 64), ele chega a afirmar que os já os *prudentes* republicanos respondiam de forma vinculante para o juiz, que era um leigo e não podia estabelecer qual o direito vigente. No mesmo sentido, G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 162;

época,⁷⁵⁷ revelando certa disseminação da ideia segunda a qual não era necessário que o *ius civile* prevalecesse nas controvérsias judiciais.⁷⁵⁸

Para Cícero a possibilidade de dizer que um jurista opinou de forma errada não deve conduzir à afirmação de que jamais se deve dar atenção a um parecer jurisprudencial, mas sim que não se deve dar atenção a homens incompetentes. Por outro lado, reconhecer que um jurista opinou corretamente e que, mesmo assim, a sentença deve ser diferente do parecer, significa dizer que devem ser proferidas más sentenças. Cícero, ao que parece, defende a existência de uma resposta correta, pois diz não ser possível que se *responda* e se *julgue* diversamente sobre um mesmo ponto de direito: ou o jurista ou o juiz estão errados. Do mesmo modo, não se pode considerar como jurista aquele que dá uma parecer segundo o qual não se pode julgar.⁷⁵⁹

Não raro se julga contra a opinião do jurista, mas para Cícero isto não significa que a tese de seu adversário esteja correta. Em primeiro lugar, deve-se verificar se foi um julgamento certo ou errado: se foi certo, então o direito é o que a sentença disse; se foi errado, é o juiz que deve ser reprovado, e não o jurista. Mas pode ser ainda que se tratasse de um caso controverso, um caso *de iure vario*, no qual a decisão pode ser contrária a um parecer, mas será conforme a outro, e de qualquer forma se terá decidido conforme a autoridade dos prudentes. Como confirmação Cícero aduz a conduta de Crasso na causa

⁷⁵⁷ Cic. Caec. 23,65: *Atque illud in tota defensione tua mihi maxime mirum videbatur, te dicere iuris consultorum auctoritati obtemperari non oportere. Quod ego tametsi non nunc primum neque in hac causa solum audio, tamen admodum mirabar abs te quam ob rem diceretur.* “O que mais me causou estranheza em toda tua argumentação foi dizeres que não é necessário se conformar à autoridade dos jurisconsultos. E ainda que não seja a primeira vez que ouço tal afirmação, nem nesta causa, estava a imaginar por que razão tu o disseste.” A estranheza que Cícero revela se dá, conforme o seguimento do discurso, pelo fato de que, embora fosse comum opor às opiniões dos juristas (que segundo Cícero se limitavam frequentemente a discussões sobre o significado de palavras) as considerações de equidade, era estranho que Pisão, advogado da outra parte, o fizesse ao mesmo tempo em que baseava sua defesa justamente numa interpretação capciosa de palavras.

⁷⁵⁸ Cic. Caec. 24,67: *Cum id miror, te hoc in hac re alieno tempore et contra quam ista causa postulasset defendisses, tum illud volgo in iudiciis et non numquam ab ingeniosis hominibus defendi mihi mirum videri solet, nec iuris consultis concedi nec ius civile in causis semper valere oportere.* “Por um lado, me admira que tenhas sustentado isso no tempo errado e contra a própria causa que defendes; por outro, me parece estranho que tenha sido defendido comumente nos processos, e não raro por homens inteligentes, que não se deve seguir os jurisconsultos e que nem sempre o direito civil deve prevalecer nas causas.”

⁷⁵⁹ Cic. Caec. 24,68: *Nam hoc qui disputant, si id dicunt non recte aliquid statuere eos qui consultantur, non hoc debent dicere iuris consultis, sed hominibus stultis obtemperari non oportere; sin illos recte respondere concedunt et aliter iudicari dicunt oportere, male iudicari oportere dicunt; neque enim fieri potest ut aliud iudicari de iure, aliud responderi oporteat, nec ut quisquam iuris numeretur peritus qui id statuat esse ius quod non oporteat iudicari.* “Pois se os que defendem essa ideia, se o que dizem é que os juristas não opinaram corretamente num certo caso, não devem dizer, por isso, que não é necessário se conformar aos jurisconsultos, mas aos tolos; mas se concordam que eles responderam corretamente e dizem que se deve julgar de outra maneira, dizem então que se deve julgar mal; e não é possível, pois, que se deva julgar e responder de forma diferente acerca do direito, nem que se enumere entre os juristas aquele que afirme ser o direito algo segundo o qual não se deva julgar.”

curiana; ele não defendia seu cliente por meio de um ataque generalizado aos juristas, mas apenas àquela específica opinião de Cévola, que seria contrária ao direito. Além disso, para defender sua tese, Crasso não se limitou a argumentos retóricos, mas trouxe ele mesmo pareceres jurisprudenciais que lhe eram favoráveis.⁷⁶⁰

O que Cícero quer mostrar é que, embora existam controvérsias entre os juristas, o juiz não está autorizado a formular uma opinião própria, mas apenas a escolher entre as opiniões apresentadas no caso, o que é normal e não serve como argumento em favor dos que condenam a autoridade da jurisprudência em todos os casos. Além disso, o *ius civile* é constituído pela parte estável e constante da *interpretatio*⁷⁶¹ e, como tal, deve ser respeitado pelo juiz.⁷⁶²

⁷⁶⁰ Cic. Caec. 24, 69: 'At est aliquando contra iudicatum.' *Primum utrum recte, an perperam? Si recte, id fuit ius quod iudicatum est; sin aliter, non dubium est utrum iudices an iuris consulti uituperandi sint. Deinde, si de iure vario quippiam iudicatum est, {non} potius contra iuris consultos statuunt, si aliter pronuntiatum est ac Mucio placuit, quam ex eorum auctoritate, si, ut Manilius statuebat, sic est iudicatum. Etenim ipse Crassus non ita causam apud viros egit ut contra iuris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scaeuola defendebat, non esse iuris, et in eam rem non solum rationes adferret, sed etiam Q. Mucio, socero suo, multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur.* "Alguém pode dizer: 'Mas às vezes se decidiu de forma contrário aos juristas'. Em primeiro lugar, julgou-se bem ou mal? Se bem, o direito é aquilo que foi decidido; se não, é fácil identificar quem deve ser censurado, os juízes ou os jurisconsultos. Além disso, se o que se julgou era um ponto de direito controverso, não se julgou contra os juristas se a decisão foi contrária ao parecer de Múcio, mas sim em virtude da autoridade dos juristas, se a decisão se conformou ao que Manílio afirmava. Na verdade, nem mesmo Crasso, ao defender a causa perante os centúviro, não se pronunciou contra os jurisconsultos, mas mostrou que a opinião que Cévola defendia era contrária ao direito, e para isso se valeu não apenas de argumentos, mas também da opinião de seu sogro, Quinto Múcio *augur*, e de muitos outros excelentes juristas."

⁷⁶¹ Em Cic. de orat. 1,57,241, afirma-se que o *ius controversum* é a menor parte do direito, embora seja a de maior interesse para o orador, já que o *ius certum* raramente é objeto de controvérsias nos tribunais: *Ac tamen, quae causae sunt eius modi, ut de earum iure dubium esse non possit, omnino in iudicium uocari non solent. Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit quam ei filius natus esset, hereditatem petit? Nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum; ergo in hoc genere iuris iudicia nulla sunt: licet igitur impune oratori omnem hanc partem iuris non controuersi ignorare, quae pars sine dubio multo maxima est.* "Contudo, as causas nas quais não pode haver dúvida a respeito do direito, jamais costumam chegar a juízo. Por acaso alguém pleiteia a herança com base no testamento que um *paterfamilias* fez antes que lhe nascesse um filho? Não, pois é sabido que o nascimento anula o testamento. Assim sendo, não há processos judiciais acerca de tais questões, e o orador, portanto, pode impunemente ignorar toda essa parte incontroversa do direito, parte que, sem dúvida, é a maior." Tradução livre do autor.

⁷⁶² A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., pp. 136-137. Em Cic. Caec. 25,70, reafirma a necessidade de se respeitar o *ius civile*, a interpretação dos juristas, pois do contrário é o próprio direito a ser atingido: *Nam qui ius ciuile contemnendum putat, is uincula reuellit non modo iudiciorum sed etiam utilitatis uitaeque communis; qui autem interpretes iuris uituperat, si imperitos iuris esse dicit, de hominibus, non de iure ciuili detrahit; sin peritis non putat esse obtemperandum, non homines laedit, sed leges ac iura labefactat; quod vobis uenire in mentem profecto necesse est, nihil esse in ciuitate tam diligenter quam ius ciuile retinendum. Etenim hoc sublato nihil est qua re exploratum cuiquam possit esse quid suum aut quid alienum sit, nihil est quod aequabile inter omnis atque unum omnibus esse possit.* "Pois quem considera que o direito civil deve ser desprezado, destruiu não apenas o que dá sustentação aos julgamentos, mas à própria utilidade e vida comum; quem, por outro lado, censura os intérpretes do direito e diz se tratar de homens imperitos, não denigre o direito civil, mas apenas homens; mas se considera que nem mesmo os peritos devem ser seguidos, não prejudica apenas alguns homens, mas enfraquece as leis e os direitos dos cidadãos; o que deveis ter em mente, na verdade, é que não há nada nesta cidade que deva ser guardado com mais diligência que o direito

Assim sendo, a opinião que ele ataca, embora mais ou menos difundida em sua época, é uma exceção ao princípio tradicionalmente aceito de que os pareceres dos juristas deviam ser levados em conta pelos juízes e magistrados e se mostra como uma das facetas da perda de prestígio da jurisprudência no final da república.⁷⁶³

E se não fora assim até então, cabe indagar por que os *responsa* como um todo eram eficazes na prática, e a resposta se encontra na *auctoritas prudentium*, derivada, segundo comumente se afirma, da posição social dos juristas e de sua perícia técnica.⁷⁶⁴

Como se viu no item 3.1, mesmo quando não era mais uma tarefa exclusivamente pontifical, a jurisprudência era exercida apenas pelos homens mais ilustres da cidade, os *amplissimi et clarissimi viri*, que traziam consigo todo o prestígio e autoridade da classe a que pertenciam, a *nobilitas* patrício-plebéia.

A *dignitas* que lhes acompanhava, além de lhes dar uma presunção de idoneidade como ponto de partida para sua atuação com juristas, permitia o acesso às magistraturas, cujo exercício funcionava, ainda, como um reforço de sua autoridade,⁷⁶⁵ assim como as demais glórias civis e militares que serviam ao sucesso eleitoral. Essa ideia parece ser confirmada por um Cícero no *De oratore*,⁷⁶⁶ quando afirma que, depois de construir uma posição social graças a suas qualidades pessoais, Sexto Élio e outros acabaram por fazer

civil. Com efeito, sem ele, não há nada que permita dizer com certeza o que é meu e o que de outrem, nada que possa ser imparcial em relação a todos e cada um.” Também em Cic. Caec. 25,73: *O rem praeclaram vobisque ob hoc retinendam, recuperatores!* “Coisa admirável, juízes, e por isso digna de ser por vó conservada!”

⁷⁶³ A. MAGDELAIN, *Ius respondendi* cit., p. 135. B. W. FRIER, *The rise of the roman jurists – Studies in Cicero’s Pro Caecina*, Princeton, Princeton University, 1985, pp. 184 e ss., oferece uma interpretação distinta do discurso de Cícero. Para o autor, é apenas nessa época que os juristas começam a ter alguma influência sobre os tribunais, e apenas de forma limitada.

⁷⁶⁴ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 33, *Intervento* cit., p. 64; A. SCHILLER, *Roman Law* cit., p. 276; M. BREONE, *Storia* cit., p. 162.

⁷⁶⁵ Segundo F. SCHULZ, *Princípios* cit., p. 193, antes de exercer o cargo, o cidadão já tinha certo prestígio que o permitia alcançar a magistratura. Depois de exercê-la, sua autoridade aumenta, e todo o regramento das magistraturas se constrói para valorizar essa autoridade. Além disso, uma vez magistrado, recebia o direito de utilizar uma série de insígnias, que funcionavam como reforço simbólico de seu poder e autoridade. Talvez se possa dizer o mesmo do exercício do cargo de pontífice, embora a conexão necessária entre jurisprudência e pontificado houvesse desaparecido, como faz A. C. SAENZ, *Cicerón* cit., p. 138, ao afirmar que a autoridade de Tibério Coruncânio é uma *auctoritas* que não presta contas de si mesma e tira sua força da condição de pontífice, mas, ao mesmo tempo, tem sua autonomia individualizadora na eficácia do conselho técnico, de modo que está a meio caminho entre autoridade coletiva e individual. Cumpre relevar, contudo, que o cargo de pontífice talvez fosse conquistado apenas em idade mais avançada, quando o jurista já estabelecera uma carreira bem sucedida.

⁷⁶⁶ Cic. de orat. 1,45,198, citado na p. 72.

pesar mais a sua credibilidade (conseguida na vida política) que sua habilidade técnica ao darem seus pareceres jurídicos.⁷⁶⁷

E em se tratando de uma sociedade altamente hierarquizada e na qual o respeito à autoridade era incutido nos cidadãos desde sua infância, nada mais natural que os conselhos (não apenas em matéria jurídica) dados pelos homens honrados a quem fora confiada a direção da *civitas* fossem considerados dignos de confiança e de ser acolhidos.

Outro fator relevante para a autoridade da jurisprudência era sua limitação a um círculo restrito, uma elite dentro da elite. Os juristas escolhiam seus discípulos e, com isso, evitavam que o número de jurisconsultos aumentasse excessivamente, o que conseravava certa unidade dentro da jurisprudência e, de forma semelhante ao que ocorria com o colégio dos pontífices, garantia a autoridade dos pareceres ao manter as controvérsias num nível aceitável.⁷⁶⁸

A respeito do reforço da autoridade pela limitação a alguns poucos, M. FINLEY afirma que, como a aplicação e eficácia das leis escritas (tidas a princípio como um golpe no domínio da aristocracia) dependia da interpretação, e apenas uma minoria tinha acesso aos documentos fundamentais para estudá-los e refletir sobre eles, o resto da sociedade, em sua maioria iletrada, estava sujeito à interpretação feita por essa minoria, o que reforça a aceitação da elite e sua reivindicação de domínio. Além disso, às regras, valores e sua interpretação era comumente atribuído um caráter santo, de *mos maiorum*, e a evocação do passado gerava nos cidadãos um sentimento de retidão e de continuidade, que reforçava a legitimidade de tais regras.⁷⁶⁹

Mas assim como ocorre em relação ao sucesso eleitoral, a presunção de idoneidade que acompanha a *nobilitas* é apenas um requisito de acesso (aqui, acesso à profissão), e não é suficiente para garantir o sucesso das opiniões jurisprudenciais no caso concreto.

Assim como a *nobilitas* era considerada fonte de legitimação para o exercício das magistraturas, também a jurisprudência devia se aproveitar do fato de ser exercida por integrantes da classe a que Roma confiara seu *imperium*. Mas, se o paralelismo for

⁷⁶⁷ Segundo D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 671, e M. BRETONE, *Storia* cit., p. 162.

⁷⁶⁸ Cf., em parte, C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 37.

⁷⁶⁹ *Politics in the ancient world*, Cambridge, Cambridge University, 1984, pp. 25, 30-31. A continuidade com o passado se expressava de forma simbólica, por exemplo, quando o jurista respondia às consultas em sua casa, sentado na cadeira que herdara de seus antepassados e que o colocava fisicamente acima dos consultantes, reforçando assim sua posição de autoridade, como já se mencionou na p. 120.

admitido, da mesma forma que a competição entre a classe dirigente exigia a demonstração de qualidades pessoais para o acesso aos cargos, também a *auctoritas* de cada jurista, mesmo no período da jurisprudência nobiliar-senatorial, deveria se fundar na *competência individual*. A credibilidade do jurista, portanto, não era um apenas um pressuposto, mas um resultado de sua qualidade.⁷⁷⁰

Um primeiro requisito para ingressar na profissão, então, era fazer parte de uma certa classe. Depois o jurista começava a exercer sua atividade consultiva, cuja aceitação derivava, num primeiro momento, do próprio pertencimento à classe superior (presunção de idoneidade, honradez, *fides*). Mas ele deveria se provar *digno* da confiança dos concidadãos, exercendo seu mister com competência e qualidade.

As fontes ciceronianas carregam testemunhos sobre o valor dado pela opinião pública à competência técnica do jurista republicano. Ao fazer o elogio de Aquílio Galo, Cícero relaciona a *auctoritas* deste à prova de confiabilidade e disponibilidade dada ao povo romano.⁷⁷¹ Mânio Manílio dava *responsa* quando era ainda *adulescens*, ou seja, antes de iniciar uma carreira política que lhe conferisse prestígio social.⁷⁷² Públio Licínio Crasso, ainda no início da carreira política (tanto que acompanhado por um ex-cônsul para lhe angariar prestígio), já era um jurisconsulto conhecido e procurado, até mesmo por alguém de fora da cidade.⁷⁷³ E Públio Rutílio Rufo já fizera sua fama de jurista *íntegro* desde jovem.⁷⁷⁴ Esses são exemplos de juristas que ganharam *auctoritas* antes mesmo de assumir uma posição estável de poder social traduzida em cargos políticos.⁷⁷⁵

A relevância da habilidade profissional, aliás, se torna progressivamente o elemento mais relevante para a autoridade dos juristas, conforme eles provêm cada vez da ordem

⁷⁷⁰ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 673. O próprio fenômeno do *ius controversum* aponta para isso, pois as divergências de opinião entre juristas da mesma classe não podiam ser resolvidas apenas apelando-se à posição de poder social, comum a todos. Segundo M. BREONE, *Storia* cit., p. 162, um prestígio sem talento é algo inconcebível.

⁷⁷¹ Cic. Caec. 27,78, citado nas notas 423 e 430.

⁷⁷² Cic. rep. 3,17: *ut hic iuris noster interpres alia nunc Manilius iura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus, alia solitus sit adulescens dicere nondum Voconia lege lata.*

⁷⁷³ Cic. de orat. 1,56,239, citado na p. 141.

⁷⁷⁴ Cic. off. 2,13,47: *P. Rutilii adulescentiam ad opinionem et innocentiae et iuris scientiae P. Mucii commendavit domus.*

⁷⁷⁵ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 676: “*Che cosa poteva spingere il cliente a rivolgersi a loro, preferendole ad altri giureconsulti attivi nello stesso periodo, magari più anziani e già onorati da magistrature, se non la reputazione di iuris periti meritatasi sul campo, per essere capaci, come Gallo, di cavare dagli impicci i clienti, invece di metterveli? Riprendono paroli di Plauto, si può immaginare che, nel decidere a quale giurista rivolgersi per ottenere consiglio, il cliente si sarà detto: Hic poterit cavere recte, iura qui et leges tenet.*”

equestre, que não carrega consigo o mesmo prestígio automático dos senatoriais,⁷⁷⁶ embora não se possa falar numa relação inversamente proporcional entre posição social e competência técnica.⁷⁷⁷

Se esses são os fatores que garantem a aceitação dos *responsa* num geral, o que que condiciona a escolha, pelo juiz, entre um parecer e outro no caso concreto, quando o embate é entre dois juristas e não entre os juristas e a opinião do juiz (um leigo)? Aqui também a posição social e a competência desempenham um papel, já que a autoridade de um jurista pode ser, em abstrato, maior que a de outro,⁷⁷⁸ mas alguns outros elementos entram em jogo.⁷⁷⁹

Um deles é a própria qualidade do parecer específico, sua aderência à opinião comum⁷⁸⁰ ou mesmo sua atenção à equidade.⁷⁸¹ Nesse caso, ao contrário do que ocorre quando o destinatário final do *responsum* é apenas o particular, a fundamentação deve ter sido algo relevante, como forma de convencer o juiz se a mera autoridade do jurista não bastasse ou se seu parecer fosse contrariado pelo parecer de outro jurista.⁷⁸²

Outro fator importante, tanto para alavancar quanto para barrar a eficácia de um *responsum* no caso concreto era a atuação dos advogados das partes, cujos argumentos, não raro de caráter emocional, podiam fazer com que o juiz ou os jurados (no caso do tribunal dos centúviro, responsável por causas sucessórias) decidissem contrariamente ao parecer de um jurista.

No *De Oratore*, buscando demonstrar como era importante que o advogado conhecesse o direito, Cícero faz Crasso afirmar que, na *Causa Curiana*, tanto ele quanto

⁷⁷⁶ C. A. CANNATA, *Historia* cit., p. 58, e *Potere centrale* cit., p. 70.

⁷⁷⁷ D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 672. Essa relação é estabelecida, por exemplo, por A. DE RUGGIERO, *Responsa prudentium* cit., p. 615.

⁷⁷⁸ Pode ser que o peso da idade funcionasse como fator de diferenciação entre os juristas. Além de denotar a posse de mais experiência de vida, não é difícil pensar que a imagem dos cabelos brancos ou de alguém mais velho produza, nos destinatários do *responsum*, um efeito visual, simbólico e psicológico que redunde em maior confiança no autor do parecer.

⁷⁷⁹ Embora não haja fontes que sustentem a ideia, pode-se imaginar que as relações pessoais nutridas entre o juiz e o jurista colaborassem para a aceitação de um *responsum*. O mesmo se pode dizer quando o parecer fosse solicitado pelo próprio juiz, e não apresentado pelas partes em conflito.

⁷⁸⁰ F. BONA, *La certezza* cit., p. 139, afirma que o jurista provavelmente a levava em conta para garantir o sucesso de sua opinião no caso concreto. Mas talvez isso ocorresse apenas no começo de carreira: conforme se tornassem mais respeitados, os juristas podiam sentir-se mais livres para inovar em relação à tradição.

⁷⁸¹ Quando Cícero, em Cic. Caec 27,78, afirma que uma das qualidades de Aquílio Galo era não separar o *ius civile* da *aequitas*, pode-se concluir as considerações de equidade, ou melhor, soluções equitativas que satisfaziam as necessidades das partes e do povo eram um elemento a condicionar a aceitação do *responsum*, tanto no caso concreto como no futuro.

⁷⁸² M. BRETONNE, *Storia* cit., p. 200.

Quinto Múcio citaram opiniões jurisprudenciais, exemplos e fórmulas em sua argumentação, embora Crasso tenha prevalecido.⁷⁸³ Em seguida, enumera uma série de casos em que a solução dependia, mais do que tudo, de uma questão de direito.⁷⁸⁴

Antonio, contudo, o contradiz e afirma que Crasso venceu naquele caso porque conseguiu ganhar a afeição da plateia, de modo que sua vitória não dependeu das autoridades citadas. Segundo ele, tanto na causa curiana quanto nas outras citadas por Crasso ao afirmar que a solução frequentemente depende de um ponto de direito, havia dissenso sobre o direito entre os próprios juristas e pergunta de que serviria ao orador o conhecimento do direito nessas causas, nas quais a vitória foi obtida por meio da eloquência e não da razão jurídica.⁷⁸⁵

Para mostrar que não é necessariamente o direito que ganha as causas, ele afirma que Crasso se valeu de artifícios diversos da simples razão jurídica para defender a causa de Mânio Cúrio e que a ganhou a maioria dos votos dos centúviro por causa da retórica e não do direito.⁷⁸⁶ O próprio Quinto Múcio, em sua oração, segundo Antonio, não se valeu

⁷⁸³ Cic. de orat. 1,39,180: *Num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili uersari?* “Acaso algum de nós dois deixou de tratar, naquela causa, das autoridades, dos precedentes, das fórmulas testamentais, ou seja, do fulcro do direito civil?”

⁷⁸⁴ Cic. de orat. 1,40,181-184.

⁷⁸⁵ Cic. de orat. 1,56,238-239: *Nam, quod maximas centumviralis causas in iure positas protulisti, quae tandem earum causa fuit, quae ab homine eloquenti iuris imperito non ornatissime potuerit dici? Quibus quidem in causis omnibus, sicut in ipsa M. Curi, quae abs te nuper est dicta, et in C. Hostili Mancini controuersia atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore, non remisso nuntio superiori, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio: 239. quaero igitur, quid adiuerit oratorem in his causis iuris scientia, cum hic iuris consultus superior fuerit discessurus, qui esset non suo artificio, sed alieno, hoc est, non iuris scientia, sed eloquentia, sustentatus.* “De fato, no caso das importantíssimas causas centúvirois que citaste, centradas no direito, qual delas havia que não poderia ter sido defendida de maneira extremamente ornada por um homem eloquente mas sem experiência no direito? Na verdade, em todas essas causas, tal como nessa mesma de Mânio Cúrio que acabas de defender, e como no caso da controvérsia de Caio Hostílio Mancino e no do menino que nascera de uma segunda esposa sem que a primeira tivesse recebido a notificação de divórcio, houve, entre os homens mais experientes, uma enorme discordância em relação ao direito. 239. Pergunto-te, então, de que serviria ao orador o conhecimento do direito nessas causas, uma vez que sairia vencedor o jurisconsulto que se houvesse apoiado, não em sua arte, mas numa alheia, ou seja, não no conhecimento do direito, mas na eloquência.” Tradução de Adriano Scatolin, ligeiramente modificada.

⁷⁸⁶ Cic. de orat. 1,57,242-243: *Nisi uero - bona uenia huius optimi uiri dixerim - Scaevolae tu libellis aut praeceptis soceri tui causam M. Curi defendisti, non adripuisti patrocinium aequitatis et defensionem testamentorum ac voluntatis mortuorum. 243. Ac mea quidem sententia - frequens enim te audiui atque adfui - multo maiorem partem sententiarum sale tuo et lepore et politissimis facetiis pellexisti, cum et illud nimium acumen inluderet et admirarere ingenium Scaevolae qui excogitasset nasci prius oportere quam emori; cumque multa conligeret et ex legibus et ex senatus consultis et ex vita ac sermone communi non modo acute sed etiam ridicule ac facete, ubi si uerba, non rem sequeremur, confici nihil posset: itaque hilaritatis plenum iudicium ac laetitiae fuit; in quo quid tibi iuris civilis exercitatio profuerit, non intellego; dicendi vis egregia, summa festiuitate et venustate coniuncta, profuit.* “A não ser que, na verdade – eu o falarei com a boa vênica deste excelente homem –, tenhas defendido a causa de Mânio Cúrio com os livrinhos de Cévola ou os preceitos de teu sogro, e não tenhas assumido a proteção da equidade e a defesa dos testamentos e da intenção dos mortos. 243. E, na minha opinião – pois te ouvi assiduamente e estava presente –, obtiveste a

de argumentos exclusivamente jurídicos, mas buscou fazer uma exposição acessível aos não iniciados, para facilitar o convencimento da audiência.⁷⁸⁷

Não há como medir o que teria mais peso na generalidade dos casos concretos, mas, a Causa Curiana é um ótimo exemplo de como a arte do orador poderia prevalecer sobre os pareceres de juristas consagrados (Quinto Múcio invoca a autoridade de seu próprio pai, Públio Múcio Cévola), ou de como, ainda que ambas as partes invocassem opiniões jurisprudenciais em apoio de sua tese, a retórica poderia, no final das contas, definir os rumos do processo. No relato da causa encontrado no *Brutus*, fica clara a maneira como a racionalidade do discurso de Crasso (defendendo a intenção contra a letra) se soma à qualidade de sua oratória com a qual ele diverte a plateia e angaria o seu favor.⁷⁸⁸

imensa maioria dos votos com teu humor, tua graça e tuas brincadeiras refinadas, ao zombares daquela precisão excessiva e admirares a inteligência de Cévola, que descobrira que é preciso nascer antes de morrer, e ao reunires, de maneira, não apenas precisa, também divertida e graciosa, vários exemplos tirados das leis, das decisões do senado e da cidade e da linguagem comuns, em que, se seguissemos as palavras, não o sentido, nada se poderia atingir. Dessa forma, aquele processo ficou repleto de bom humor e alegria. Não percebo em que te foi útil a prática do direito civil; útil foi o célebre poder de teu discurso, aliado à graça e à elegância.”

⁷⁸⁷ Cic. de orat. 1,57,244, citado na nota 453. Provavelmente com base nesse texto é que B. W. FRIER, *The rise of the roman jurists. Studies in Cicero's pro Caecina*, Princeton, Princeton University, 1985, p. 136, afirma que não há razões para enxergar na causa curiana uma vitória da retórica sobre a jurisprudência, pois mesmo Cévola, ao defender o caso, estava apenas se valendo de um argumento retórico tradicional, a prevalência do *scriptum*.

⁷⁸⁸ Cic. Brut. 53,197-198: *At uero, ut contra Crassus ab adolescente delicato, qui in litore ambulans scalum repperisset ob eamque rem aedificare nauem concupiuisset, exorsus est, similiter Scaeuolam ex uno scalmo captionis centumvirale iudicium hereditatis effecisse: hoc in illo initio consecutus, multis eiusdem generis sententiis delectauit animosque omnium qui aderant in hilaritatem a seueritate traduxit; quod est unum ex tribus quae dixi ab oratore effici debere. deinde hoc uoluisset eum qui testamentum fecisset, hoc sensisset, quoquo modo filius non esset qui in suam tutelam ueniret, siue non natus siue ante mortuus, Curius heres ut esset; ita scribere plerosque et id ualere et ualuisset semper. haec et multa eius modi dicens fidem faciebat; quod est ex tribus oratoris officiis alterum. 198. Deinde aequum bonum, testamentorum sententias uoluntatesque tutatus est: quanta esset in uerbis captio cum in ceteris rebus tum in testamentis, si neglegerentur uoluntates; quantam sibi potentiam Scaeuola adsumeret, si nemo auderet testamentum facere postea nisi de illius sententia. haec cum grauiter tum ab exemplis copiose, tum uarie, tum etiam ridicule et facete explicans eam admirationem adensationemque commouit, dixisse ut contra nemo uideatur. Hoc erat oratoris officium partitione tertium, genere maxumum. Hic ille de populo iudex, qui separatim alterum admiratus esset, idem audito altero iudicium suum contemneret; at uero intellegens et doctus audiens Scaeuolam sentiret esse quoddam uberius dicendi genus et ornatius. ab utroque autem causa perorata, si quaereretur uter praestaret orator, numquam profecto sapientis iudicium a iudicio uolgi discreparet.* “Mas no entanto, tendo Crasso por sua vez iniciado o discurso falando de um menino mimado que, passeando pela praia, tivesse encontrado uma cavilha e por isso quisesse construir um navio, com este exórdio procurou ele demonstrar que Cévola de modo semelhante construía o processo centumviral de herança a partir da punica cavilha do sofisma. E, com muitas sentenças do mesmo gênero, divertiu os ânimos de todos os que estavam presentes e os conduziu da seriedade para o riso; o que é uma das três coisas que eu disse que devem ser executadas por um orador. Em seguida, afirmou que aquele que fizera o testamento quis e teve a intenção de que Cúrio fosse herdeiro se de qualquer maneira não houvesse um filho que atingisse a maioridade, quer por não ter nascido, quer por ter morrido antes; e que muitos assim o escreviam, e que isso prevalecia e sempre havia prevalecido. Dizendo estas coisas e muitas outras tais, convencia; o que é a segunda tarefa de um orador. 198. A seguir, defendeu a boa equidade, as intenções e últimas vontades dos testamentos: quanto engano haveria nas palavras, não só nas demais coisas, mas sobretudo nos testamentos, se as vontades fossem

A mesma afirmação de superioridade da retórica é encontrada no segundo livro do *De oratore*, em que Antonio confessa que o discurso de um orador pode fazer o auditório julgar contra os fatos, afirmação que, apesar de seu tom irônico, contém um fundo de verdade.⁷⁸⁹ Mais adiante, afirma que o mais importante para o orador é conseguir o favor da audiência, que se rende mais facilmente aos sentimentos que aos argumentos racionais.⁷⁹⁰

O apelo ao sentimento já havia aparecido antes no discurso de Antônio, quando ele afirmara que Crasso, caso houvesse atuado em favor do soldado que reclamava sua herança depois de retornar da guerra e descobrir que o falso anúncio de sua morte fizera com que seu pai redigisse um testamento instituindo outro herdeiro,⁷⁹¹ não teria utilizado

negligenciadas; quanto poder se arrogaria Cévola, se dali por diante ninguém ousasse fazer testamento senão de acordo com a opinião dele. Explicando tais coisas não só gravemente, como ainda fartamente a partir de exemplos, e de maneiras variadas, e também de modo engraçado e jocoso, excitou tamanha admiração e aprovação, que até parecia que ninguém havia defendido opinião contrária. Era esta, pela ordem da enumeração, a terceira tarefa de um orador, pela importância, porém, a maior de todas. Neste ponto, aquele mesmo alguém do povo que tivesse separadamente admirado o primeiro, tendo ouvido este outro, desprezaria o seu juízo anterior; em verdade, porém, alguém inteligente e culto, ouvindo Cévola, julgaria ser o dele um modo de falar mais rico e ornamentado. Mas se, uma vez defendida a causa, se perguntasse a um e outro qual dos oradores levava vantagem, com certeza a opinião do sábio nunca divergiria da do vulgo.” Tradução de D. R. M. RODRIGUES, *Verba e Voluntas no direito romano e no Código Civil brasileiro*, in Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo 11 (2005), pp. 89-90.

⁷⁸⁹ Cic. de orat. 2,7,30: *oratoris autem omnis actio opinionibus, non scientia, continetur; nam et apud eos dicimus, qui nesciunt, et ea dicimus, quae nescimus ipsi; itaque et illi alias aliud eisdem de rebus et sentiunt et iudicant et nos contrarias saepe causas dicimus, non modo ut Crassus contra me dicat aliquando aut ego contra Crassum, cum alterutri necesse sit falsum dicere, sed etiam ut uterque nostrum eadem de re alias aliud defendat, cum plus uno verum esse non possit.* “ora, toda a atividade do orador limita-se a opiniões, não a um conhecimento exato, pois não apenas discursamos diante de pessoas ignorantes, mas também nós mesmos discursamos sobre o que desconhecemos. Desse modo, eles, a cada ocasião, julgam e pensam algo diferente acerca das mesmas questões, e nós muitas vezes advogamos causas contrárias, e não apenas de modo a que Crasso, em alguma ocasião, discursasse contra mim ou eu contra Crasso, sendo que é forçoso que um dos dois esteja mentindo, mas até mesmo a que nós dois façamos, sobre a mesma questão, distintas defesas em distintas ocasiões, enquanto a verdade não pode ser mais de uma.”

⁷⁹⁰ Cic. De orat. 2,42,178: *Haec properans ut et apud doctos et semidoctos ipse percurro, ut aliquando ad illa maiora veniamus: nihil est enim in dicendo, Catule, maius, quam ut faveat oratori is, qui audiet, utique ipse sic moveatur, ut impetu quodam animi et perturbatione magis quam iudicio aut consilio regatur: plura enim multo homines iudicant odio aut amore aut cupiditate aut iracundia aut dolore aut laetitia aut spe aut timore aut errore aut aliqua permotione mentis quam veritate aut praescripto aut iuris norma aliqua aut iudici formula aut legibus.* “Percorro às pressas tais temas, semi-douto que sou e estando entre doutos, para que enfim passemos àqueles pontos mais importantes: de fato, nada mais importante nos discursos, Cátulo, do que o ouvinte ser favorável ao orador, bem como ser influenciado de tal forma a ser governado antes por um ímpeto do ânimo ou uma perturbação que por um julgamento ou uma deliberação: é que os homens julgam muito mais por ódio, amor, desejo, cólera, dor, alegria, esperança, temor, perplexidade ou alguma outra excitação da mente do que pela verdade, uma prescrição, alguma norma jurídica, fórmula processual ou pelas leis.” Tradução de A. SCATOLIN, ligeiramente modificada.

⁷⁹¹ Caso mencionado em Cic. de orat. 1,38,175: *Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius uenisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei uisum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumuiros, cum miles domum reuenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius.* “Que causa mais importante podia haver do que a daquele soldado: um falso mensageiro foi a sua casa para anunciar sua morte; seu pai, acreditando no fato, mudou seu testamento e fez seu herdeiro a quem achou por bem. Quando

argumentos jurídicos para ganhar a causa, mas evocado a presença do pai do soldado a abraçar o filho e recomendá-lo ao tribunal dos centunviros, a fim de emocionar a plateia.⁷⁹²

Toda a argumentação de Antônio para demonstrar que não era necessário ao orador conhecer profundamente o direito é um bom indicativo de que, na prática, a razão propriamente jurídica não necessariamente prevalece. A retórica se mostra, portanto, como um elemento apto *barrar a eficácia* de um *responsum*.⁷⁹³ Mas ela também funciona como um *reforço* da opinião jurisprudencial, e não apenas como barreira, ao menos quanto a uma das opiniões apresentadas no caso, o que fica claro quando Antonio afirma que, nos casos em que o direito é controverso, cabe ao orador escolher dentre as diversas opiniões aquela que lhe é mais favorável e então orná-la com sua retórica.⁷⁹⁴

Como já se mencionou mais acima, a retórica, quando questionava a eficácia dos responsa, acabava pondo em cheque não apenas o parecer de um jurista específico, mas a própria autoridade da jurisprudência, que reagiu a esse ataque da contra a segurança de seus pareceres, segundo W. KUNKEL, transformando o saber jurídico numa autêntica ciência com o auxílio do método dialético oriundo da filosofia grega e garantindo, assim, a integridade do patrimônio jurídico nacional.⁷⁹⁵

morreu, o caso foi submetido aos centúnvios, uma vez que o soldado voltou para casa e pleiteou legalmente a herança paterna como filho deserdado em testamento.”

⁷⁹² Cic. de orat. 1,57,245: *Et, credo, in illa militis causa, si tu aut heredem aut militem defendisses, ad Hostilianas te actiones, non ad tuam uim et oratoriam facultatem contulisses: tu uero, uel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicio positum uideretur, uel si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses; statuisses ante oculos; complexus esset filium flensque eum centum uiris commendasset; lapides me hercule omnis flere ac lamentari coegisses, ut totum illud VTI LINGVA NVNCVPASSIT non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum uideretur.* “E creio que, naquela causa do soldado, se tivesses defendido o herdeiro ou o soldado, terias recorrido às fórmulas hostilianas, não à tua força e capacidade oratórias, não é? Na verdade, se defendesses o testamento, agirias de modo a parecer que toda a autoridade de todos os testamentos dependia daquele processo, ou, se defendesses a causa do soldado, erguerias seu pai do mundo dos mortos com teu discurso, como é teu costume; colocá-lo-ias diante de nossos olhos; ele abraçaria seu filho e, chorando, o recomendaria aos centúnvios; por Hércules, terias obrigado todas as pedras a chorar e lamentar, de modo a parecer que o DECLAROU COM A LÍNGUA não está escrito nas doze tábuas, que preferes a todas as bibliotecas, mas no poema de um professor.” Tradução de A. SCATOLIN, ligeiramente modificada na primeira sentença, com o acréscimo de “não é?”, para reforçar a ironia do que Antonio coloca na forma afirmativa.

⁷⁹³ Na suposição em relação à causa do soldado isto fica ainda mais evidente, pois a retórica barra o raciocínio jurídico ao introduzir elementos “irracionais” para no denate da causa, contra os quais o parecer jurisprudencial não tem como lutar.

⁷⁹⁴ Cic. de orat. 1,57,242, citado na nota 454.

⁷⁹⁵ *Historia cit.*, p. 109: “Así, la jurisprudencia romana se vio casi en peligro de perder su antiguo prestigio y su influencia ante la técnica oratoria de moda, una técnica que estaba en trance de tornar lo bueno en malo y lo malo en bueno, de salirse del uso y de la ley, apelando a una equidad verdadera o solo aparente y de difuminar los claros y precisos conceptos jurídicos con una niebla de lugares comunes y de frases. Pero las generaciones más recientes de juristas trajeron consigo conocimientos filosóficos y jurídicos y comenzaron a elaborar y ordenar las normas jurídicas de la tradición romana con un método perfeccionado. La solidez de

5.2.3. Jurisprudência clássica

A reação contra o estado de coisas do final da república não veio apenas da própria jurisprudência, mas também, como se viu no item 4.3.3, da parte de Augusto, com a instituição do *ius respondendi*,⁷⁹⁶ com o qual se aumentava a autoridade dos pareceres dos juristas, não importa a teoria adotada quanto a sua natureza.

W. KUNKEL, defensor da teoria da licença, afirma que os agraciados, por serem poucos e por terem também autêntica perícia, gozavam de enorme influência, e os juízes privados, sem conhecimentos jurídicos e dependentes da autoridade dos juristas, quase nunca se afastavam de um parecer dado por quem tinha o *ius respondendi*.⁷⁹⁷

Para a teoria da elite, a conclusão é ainda mais fácil, pois que, segundo ela, o príncipe escolhia alguns juristas e a eles transferia sua própria autoridade, fazendo com que os pareceres por eles emanados gozassem de força especial. Mas dentro dela variam as opiniões quanto à eficácia exata dos *responsa prudentium* nessa época.

Segundo F. SCHULZ, por exemplo, embora houvesse um aumento na força persuasiva do *responsum* em virtude da presença da *auctoritas principis*, não se pode falar em eficácia vinculante, pois que o juiz não sofria sanção alguma caso não acatasse um parecer de jurista autorizado.⁷⁹⁸ Alguns defendem a eficácia vinculante desde o tempo de Augusto,⁷⁹⁹ mas A. GUARINO, por exemplo, afirma que ela se estabeleceu apenas quando Tibério transformou o *respondere ex auctoritate principis* no *ius publice respondendi*.⁸⁰⁰

la tradición romana y el sentido empírico de los romanos velaron por la integridad del patrimonio jurídico nacional, recibido de sus mayores, porque la jurisprudencia romana no se perdiera ni en las especulaciones, ajenas a la realidad, de teorías filosóficas, ni en el esquematismo sin sustancia, ni en la doblez de artificios retóricos. Así pudo nacer, del contacto de la vieja jurisprudencia romana con el espíritu griego, una creación que en sus entrañas era verdaderamente romana, una ciencia que ni los griegos ni ningún otro pueblo habían poseído.”

⁷⁹⁶ Ainda que W. KUNKEL, *Historia* cit., p. 114, afirme ter sido um jurista, Ateio Capitão, quem conseguiu de Augusto a instituição do *respondere ex auctoritate eius*.

⁷⁹⁷ *Historia* cit., p.115.

⁷⁹⁸ *Storia* cit., p. 203. G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 195, afirma que talvez não houvesse, para o juiz, uma obrigação propriamente jurídica de seguir o parecer, mas uma obrigação de fato. Segundo o autor, indício de que os juízes normalmente seguiam os pareceres era o fato de virem eles selados, e deviam ter um valor semelhante ao dos rescritos, que vinculavam para o caso presente, mas não para o caso futuro. Para V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 271, nt. 1, o selo pessoal do jurista era exigido justamente para evitar a falsificação de um *responsum* que poderia vincular o juiz.

⁷⁹⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 34 e *Intervento* cit., p. 65; H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., p. 17.

⁸⁰⁰ *Il “ius publice respondendi”* cit., p. 416. J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 96, considera provável que o peso das respostas dos juristas privilegiados tenha progressivamente aumentado desde os tempos de Augusto até o principado de Tibério. Se no início havia um mero reconhecimento honorífico que aumentava a

Há quem entenda que foi o rescrito de Adriano mencionado em Gai 1, 7 a estabelecer essa regra,⁸⁰¹ mas outra parcela de autores defende que essa eficácia vinculante foi surgindo com o tempo, sem a intervenção de qualquer imperador,⁸⁰² e que o rescrito apenas confirmou uma regra já existente.

O texto de Gaio, aliás, é basicamente a única fonte romana disponível tratando da eficácia dos pareceres jurisprudenciais:

<i>Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.</i> ⁸⁰³	Respostas dos prudentes são as sentenças e as opiniões daqueles a quem é permitido construir o direito. E se todos concordarem na mesma opinião, esta tem força de lei; se porém dissentirem, poderá o juiz seguir a que melhor lhe parecer, conforme dispõe um rescrito do divino Adriano.
---	---

Como já se viu no item 4.3.2, para alguns autores, o texto de Gaio não se refere ao *ius respondendi*, mas trata dos pareceres dos juristas em geral, proferidos no caso concreto ou encontrados na literatura. A referência seria, portanto, à *interpretatio* como um todo, fonte do direito autônoma em relação à normatividade imperial.⁸⁰⁴

autoridade dos *responsa*, na prática os pareceres certamente gozariam de uma consideração muito grande por parte dos juízes. Com isso se teria afirmado paulatinamente a prática de considerar como vinculantes tais opiniões, o que já estaria estabelecido sob Tibério.

⁸⁰¹ F. GALLO, *Interpretazione* cit., pp. 79-80.

⁸⁰² G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 348, segundo o qual o *ius respondendi* deve ter seguido o mesmo caminho da autoridade imperial. “Come questa divenne ben presto tale da imprimere ad ogni atto del príncipe l’efficacia vincolante própria di ogni atto che emana da un potere sovrano, così il responso del giureconsulto autorizzato finì (è difficile precisare in quale momento), per essere considerato quale fonte di interpretazione autentica, nel senso che si riconobbe alla soluzione del punto di diritto controverso da lui proposta la stessa efficacia che è própria della soluzione in ipotesi indicata dall’autore stesso della norma interpretata.” No mesmo sentido, V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 271, que suscita, ainda (p. 272) suscita uma interessante questão: quais juízes estavam vinculados ao responsum do jurista privilegiado? Segundo ele, certamente os juízes que operavam no *ordo iudiciorum priuatorum* deveriam seguir tais pareceres, mas não se pode afirmar com certeza o mesmo a respeito dos juízes da *cognitio extra ordinem*, que se consideravam investidos de seu poder jurisdicional diretamente pelo imperador e, assim tinham maior liberdade de ação em relação aos *responsa prudentium*. Assim também ocorreria com os pretores e com os magistrados encarregados da administração da justiça nas províncias. Mas mesmo assim aparecem, nas coleções de *responsa* dos juristas, muitos casos referentes a processos da *cognitio* ou à preparação de fórmulas processuais.

⁸⁰³ Gai. 1,7.

⁸⁰⁴ F. CANCELLI, *Il presunto ius* cit., p. 547; G. NICOSIA, *Iura condere* cit., pp. 8-9; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Poder político y jurisprudência en la época tardo-clásica*, in J. PARICIO (org.), *Poder político* cit., p. 119;

Assim sendo, *sententiae et opiniones* indica todo tipo de opinião, o *eorum* se refere a todos os juristas e o *si in unum sententiae concurrunt* significa que uma opinião partilhada por todos os juristas, embora não fosse lei, tinha força de lei e, como tal, era juridicamente vinculante para todos, incluindo o juiz. Mas no caso de pareceres discordantes, não havia força de lei e, nem mesmo, portanto, força vinculante, muito menos para o juiz no processo formular, ficando o juiz livre para escolher entre eles, e não como sua consciência mandasse.⁸⁰⁵

Também para A. MAGDELAIN, o que vincula o juiz é a *communis opinio* dos juristas, pois que a simples opinião jurisprudencial, mesmo que seja a única apresentada ao juiz no caso concreto, não se impõe por si só, sendo este o sentido do rescrito de Adriano. E não se trata de opinião comum no mesmo caso, já que seria obviamente impossível consultar todos os juristas existentes, mas unanimidade na jurisprudência como um todo, para cuja verificação servia, segundo ele, a invocação dos pareceres emitidos anteriormente.⁸⁰⁶ Para o autor, portanto, a verdadeira fonte do direito mencionada por Gaio era a *communis opinio* e as obras dos juristas apenas o meio de informação a respeito, que permitia conhecer as *sententia receptae*. Mantinha-se, assim, a tradição republicana, segundo a qual o *responsum* era o meio por que se expressava a *interpretatio* e se formava o direito jurisprudencial.⁸⁰⁷

Para, F. DE VISSCHER o texto se refere ao *ius respondendi* e a expressão *sententiae et opiniones*, que vai além dos *responsa* em sentido tradicional, designa a “doutrina” dos juristas oficiais e, em particular, a literatura de *responsa*. Segundo o autor, o que se impõe ao juiz como uma lei é a *communis opinio* dessa jurisprudência oficial, de forma que, se um *responsum* de jurista autorizado for conforme a ela, o juiz deve aplicá-lo. Se não, é totalmente livre para decidir, podendo ir além da própria opinião comum, que nesse momento deixou de ser unânime.⁸⁰⁸ E para verificar a concordância de um *responsum* com

⁸⁰⁵ G. NICOSIA, *Iura condere* cit., p. 10.

⁸⁰⁶ *Ius respondendi* cit., p. 131. Deve-se ter em mente que, para ele, o *ius respondendi* não representa um aumento de autoridade, mas uma autorização prévia. É interessante notar, aliás, que a negativa de qualquer efeito vinculante dos *responsa* de juristas autorizados é feita pelo autor para reforçar a teoria da licença.

⁸⁰⁷ *Ius respondendi* cit., p. 134: “L’unanimité jurisprudentielle était fréquemment invoquée par les prudentes et par les empereurs. Ils reconnaissaient en elle une source du droit et l’identifiaient avec la communis opinio. Le rescrit d’Hadrien résumé par Gaius se trouve ainsi arraché à la solitude et cesse d’être une devinette. La force obligatoire qu’attribue ce rescrit à l’unanimité des prudentes n’est pas autre chose, comme dans les textes qui viennent d’être cités, que l’autorité des *sententiae receptae*.”

⁸⁰⁸ *Le “ius publice respondendi”* cit., p. 635. Tal prática, segundo o autor (p. 636), teria surgido já no final do século I d.C. e é apenas confirmada pelo rescrito de Adriano, que não inova em relação a ela. M. HORVAT, *Note* cit., p. 714, afirma que a força vinculante da *communis opinio*, que já operava na república, fora então

a opinião comum os juízes se valiam das coleções de *responsa* publicadas pelos juristas e nas quais ele poderia se inteirar acerca das *sententiae receptae*.⁸⁰⁹

Segundo o autor, o jurista privilegiado é livre para ir contra a *communis opinio*, mas nesse caso seu único poder é o de liberar o juiz dessa opinião. Mas com isso o que ocorre é a própria morte do *responsum* em si como fonte obrigatória, pois ele depende da unanimidade dos juristas para vincular o juiz.⁸¹⁰ E Adriano, ao cancelar essa regra, age de forma coerente com sua política em relação ao direito, já que restabelecer a autoridade de juristas individuais, ainda que membros do *consilium*, seria arruinar a tentativa de coesão e unificação que o imperador buscava por meio da emanção cada vez maior de rescritos e com a própria estabilização de seu conselho.⁸¹¹

Ainda que o texto de Gaio dê realmente a impressão de estar falando dos juristas como um todo, a ideia de que a eficácia do *responsum* de um jurista patentado dependia da conformidade com a *communis opinio* encontra um obstáculo no fato de que, se assim fosse, haveria dificuldades práticas quase insuperáveis, e do regramento presente no rescrito fazer muito mais sentido se dissesse respeito a um número limitado de juristas ou apenas aos juristas consultados no caso concreto.

Segundo C. A. CANNATA, a tese da opinião comum geral não pode ser acolhida, em primeiro lugar porque contraria o próprio texto, já que o termo *responsum*, para um jurista do século II d.C. como Gaio, tinha um sentido único e não se referia a qualquer opinião jurisprudencial. Além disso, se a passagem de Gaio e o rescrito de Adriano ali citado se referem à literatura jurídica como um todo, só se pode pensar que tal sistema seria irrealizável na prática.⁸¹²

Se fosse assim, a cada caso em que a controvérsia se apresentasse, o juiz estaria obrigado a fazer um inventário completo das opiniões jurisprudenciais para verificar se alguma opinião comum se estabelecera sobre aquele ponto específico ou, se isso não ocorresse, quais os pareceres divergentes. Mas o juiz não era capaz de executar essa tarefa

reduzida à *communis opinio* dos juristas autorizados, ou quando muito à dos juristas eminentes anteriores a Augusto. M. BRETON, *Tecnique* cit., p. 152, nt. 23, por sua vez, sustenta que o *responsum* de um jurista privilegiado vinculava o juiz desde que integrasse uma *communis opinio* ou pelo menos não fosse contradito por pareceres de outros juristas patentados, ainda que emitidos em ocasião diversa.

⁸⁰⁹ *Le "ius publice respondendi"* cit., p. 633.

⁸¹⁰ *Le "ius publice respondendi"* cit., pp. 636-637.

⁸¹¹ *Le "ius publice respondendi"* cit., pp. 643-644.

⁸¹² *Iura condere* cit., p. 33.

e não tinha acesso tão fácil à literatura,⁸¹³ daí porque recorria apenas ao conselho de alguns juristas ao invés de tentar identificar uma talvez inatingível opinião comum na literatura.⁸¹⁴

Além disso, o rescrito de Adriano faz mais sentido se estiver se referindo à unanimidade de poucos juristas, e muito mais se apenas aos juristas com *ius respondendi* consultados no caso, sendo difícil imaginar a hipótese de consenso entre todos os juristas, ainda mais num sistema como o romano, permeado pelo *ius controversum*.⁸¹⁵ Tanto é assim que o imperador parece se dirigir especificamente ao juiz, o que ressalta a conexão com o caso concreto.⁸¹⁶

De qualquer forma, o texto de Gaio chega mesmo a dar a impressão de que tanto a definição de *responsa prudentium* como o rescrito de Adriano dizem respeito aos juristas como um todo. Uma explicação possível é que Gaio tenha se exprimido de forma propositalmente genérica, para defender a posição da jurisprudência como fonte do direito numa época em que o imperador se afirmava cada vez mais como criador e intérprete do direito, ainda que realizasse essas tarefas com o auxílio dos juristas.⁸¹⁷

Assim sendo, pode ser que Gaio tenha se utilizado do rescrito, que se referia apenas aos pareceres apresentados em juízo no caso concreto, mas cujo fraseado permitia uma interpretação mais geral,⁸¹⁸ para apresentar seu ponto de vista em relação ao papel da jurisprudência.⁸¹⁹

⁸¹³ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., p. 272.

⁸¹⁴ H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., pp. 15-16, dá um excelente resumo das dificuldades que o juiz enfrentaria, mesmo se a opinião comum a ser buscada fosse apenas entre os juristas patenteados (como sustenta F. DE VISSCHER): “*Cette recherche se serait du reste heurtée à des difficultés insurmontables. Comment auraient-ils pu s’assurer que dans la riche littérature juridique (à supposer même que l’on ne tienne compte que des Prudents patentés), il ne s’en trouve pas un qui, directement ou implicitement, ait exprime un avis différent de l’opinion commune? Cette recherche eût exigé d’eux une somme de travail et de connaissances, une perte de temps qu’on ne peut exiger d’un juge professionnel, à plus forte raison d’un juge occasionnel comme le judex unus. De plus le droit se modifie sans cesse et c’est un adage bien connu que lex posterior derogat priori. Dès lors une grande partie de la littérature juridique est devenue sans portée au moment où le juge doit statuer. Suivant quels principes écartera-t-il tel ou tel ouvrage, en un temps où les indices chronologiques étaient beaucoup moins précis qu’ils ne sont de nos jours? On se perd dans des difficultés pratiques inextricables si l’on fait appel à cette notion d’unanimité qui, à mes yeux, n’est qu’un mythe.*” Para C.A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 34, se tivesse de descobrir a opinião comum a cada caso, o juiz poderia ficar sujeito à manipulação de advogados que conheciam a literatura jurídica tão pouco como ele, sistema que “*avrebbe così inevitabilmente portato a decisioni ingiustificatamente difformi in diversi processi che implicavano problemi analoghi, e quindi avrebbe funzionato come strumento per anticipare nella prassi giudiziaria romana il caos che sarà la plaga di quella dell’epoca di crisi del diritto comune.*”

⁸¹⁵ B. ALBANESE, *Nota* cit., p. 6.

⁸¹⁶ G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 350.

⁸¹⁷ B. ALBANESE, *Nota* cit., p. 7.

⁸¹⁸ Segundo C. A. CANNATA, *Iura condere* cit., p. 54, embora o rescrito de Adriano versasse apenas sobre os *responsa* trazidos no caso concreto, acabou servindo para resolver os casos em que fossem trazidos pareceres

A interpretação mais provável da passagem gaiana, portanto, é que o rescrito de Adriano se referia apenas aos pareceres de juristas patenteados que fossem apresentados no caso concreto. Em sendo assim, o que se tem é o seguinte regramento: Se num caso for trazido apenas o *responsum* de um jurista munido de *ius respondendi*, ele vincula o juiz. Mas se for trazido um parecer divergente, também de jurista autorizado, o juiz está livre para escolher entre um deles. A condição de eficácia, portanto, não era consultar *todos* os juristas, mas que todos os *consultados* fossem unânimes.⁸²⁰

Alguns entendem que, nesse caso, a liberdade do juiz é total e vai além dos pareceres apresentados,⁸²¹ mas ainda que ambas as traduções sejam gramaticalmente possíveis (liberdade total ou liberdade limitada), a liberdade limitada parece mais plausível, por duas razões principais.

Em primeiro lugar, a utilização do verbo *sequi* por Gaio dá a entender que o juiz apenas segue passivamente uma opinião elaborada por outro, ao invés de formular uma opinião própria, o que é confirmado, por exemplo, pelo texto das Institutas de Justiniano, que dá a impressão de que o juiz não pode ignorar os pareceres jurisprudenciais (*ut iudici recedere a responso eorum non liceat*).⁸²² Além disso, o termo *sententia*, em Gai 1,7, é empregado repetidamente para se referir às opiniões dos juristas, e seria impossível que Gaio mude o sentido no final do período, para significar convicção pessoal do juiz (*licet quam velit sententiam sequi*).⁸²³

C. A. CANNATA adota a mesma interpretação e afirma que, além do argumento gramatical, também a lógica a impõe, tendo em vista que o juiz não era um *iuris conditor* e

extraídos da literatura jurídica e contrastantes entre si, aplicando-se analogicamente os princípios nele contidos, problema que a Lei da Citações tentará mais tarde resolver, reduzindo o número de juristas cujas obras poderiam ser consideradas fonte de direito e fixando critérios taxativos para sua utilização. Regulouse-, assim, a prática da utilização das obras dos juristas em juízo, conhecida como *recitatio* e que ocorria, principalmente, em locais distantes da cidade de Roma e nos quais era mais fácil utilizar as obras dos juristas do que consulta-los pessoalmente.

⁸¹⁹ Para J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 98, a primeira parte da passagem, que define em geral os *responsa prudentium*, não teria nenhuma relação com o rescrito de Adriano, que se limita à hipótese de pareceres contraditórios dentro de um mesmo caso.

⁸²⁰ H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., pp. 13, 24, 27; M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 35; J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 97; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., pp. 272-273; F. GALLO, *Interpretazione* cit., - p. 48, nt ; M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., p. 448; e G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 350-352. Os dois últimos autores citados diferem dos demais em relação à medida de liberdade do juiz.

⁸²¹ G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 351; M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., p. 449; F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 208; B. ALBANESE, *Nota* cit., p. 7.

⁸²² Inst. 1,2,8.

⁸²³ *Juge et Prudent* cit., pp. 14-15.

sua opinião não poderia se sobrepôr à dos juristas autorizados. Mesmo no caso de *ius controversum*, o espaço normativo já se encontra ocupado pelas opiniões apresentadas, e é apenas dentro da moldura por elas apresentada que o juiz poderá decidir.⁸²⁴

Uma liberdade total só parece ter existido, caso não fosse apresentado nenhum parecer de juristas autorizado, mas mesmo nesse caso ela talvez não fosse tão grande, devido à autoridade de que gozava da jurisprudência, com a correspondente influência sobre a prática do direito, mesmo antes da instituição do *ius respondendi*.

As opiniões variam também a respeito de quais são os pareceres de juristas com *ius respondendi* a que se refere o rescrito. Para alguns, trata-se de qualquer tipo de parecer emanado desses juristas (para o próprio caso concreto, para casos passados e análogos, ou opiniões presentes em suas obras escritas), desde que trazidos ao caso específico.⁸²⁵ Outros entendem se tratar apenas dos pareceres produzidos para o caso concreto específico, e não as opiniões literárias.⁸²⁶

Uma vez que o rescrito versa apenas sobre os pareceres apresentados no caso concreto (ainda que tenham sido dados em outra ocasião) , como explicar o *si in unum concurrunt*? É impossível, obviamente, que as partes em conflito trouxessem pareceres idênticos e uma delas fosse contra seus próprios interesses.⁸²⁷ Mas a expressão faz sentido se levarmos em conta que, além das partes, também o juiz poderia consultar um ou mais juristas autorizados. Nesse caso, pode ser que todos concordassem, que houvesse contradição entre o parecer trazido pela parte e aquele obtido diretamente pelo juiz, ou entre os juristas por ele consultados.

Com seu rescrito, Adriano não parece ter inovado, mas apenas esclarecido uma regra que se formara anteriormente,⁸²⁸ desde os tempos de Augusto, como defende H.

⁸²⁴ *Iura condere* cit., p. 33.

⁸²⁵ J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 98.

⁸²⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 35; G. PROVERA, *Ancora* cit., p. 350; M. BRUTTI, *L'indipendenza* cit., p. 435. H. LEVY-BRUHL, *Juge et Prudent* cit., p. 15, afirma que o *omnium* de Gaio se refere não a todos os juristas do presente e do passado, mas a todos os juristas que tenham dado seu parecer no processo que o juiz deve julgar, e que é apenas este tipo de parecer que vincula o juiz (p. 18), ainda que (p. 27) os outros tipos de *responsum* exerçam uma influência sobre o juiz, influência que depende do prestígio do jurista responsável pelo parecer e do respeito que lhe é atribuído.

⁸²⁷ Perplexidade levantada por J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 98, nt. 52.

⁸²⁸ M. TALAMANCA, *Istituzioni* cit., p. 35; J. PARICIO, *El ius publice* cit., p. 97; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit., pp. 272-273.

LEVY-BRUHL,⁸²⁹ ou posteriormente, como afirma A. GUARINO.⁸³⁰ O próprio emprego do verbo *significare* (que em outras fontes raramente se refere a uma inovação)⁸³¹ indica apenas uma declaração do regramento já existente e não o estabelecimento de uma regra nova.⁸³²

A regra fixada no rescrito, aliás, contrasta com a política centralizadora de Adriano em matéria de direito, daí porque é difícil pensar que ele a tenha introduzido. Ele apenas se limitou a não aboli-la. E a razão para que tenha mantido em vigor uma regra que dava força vinculante aos juristas, além de sua utilidade prática, pode ser a mesma para a manutenção do *ius respondendi*. O *princeps* não tinha mais nada a temer da parte dos juristas, cujos principais expoentes integravam seu *consilium* e assim colaboravam com o regime imperial. Além disso, assim como a prática dos rescritos progressivamente se substitui ao *respondere* dos juristas sem que para isso o imperador tenha precisado proibi-lo, o mesmo deve ter ocorrido em relação à regra mencionada por Gaio: agora eram os rescritos o meio buscado para por fim às controvérsias e resolver os casos concretos.

Mas as opiniões jurisprudenciais não perdem sua relevância. O imperador não poderia, e nem mesmo desejava, romper completamente com a tradição jurisprudencial do direito romano, portadora de uma série de regras bem estabelecidas. Assim, ao lado das normas emanadas do imperador, a jurisprudência continua a ser invocada em juízo. Mas agora são as obras dos juristas a fonte onde as partes e seus advogados vão buscar seus argumentos, e os juízes a solução do caso, e não mais a atuação viva e presente de juristas consultores.

⁸²⁹ *Juge et Prudent* cit., p. 17, para quem seria contrário ao intuito da a reforma de Augusto deixar o juiz livre, ao invés de vinculá-lo aos pareceres emitidos por quem tinha o *ius respondendi*. O que ocorre é que nem Augusto nem Tibério explicitaram a regra, mas isso não impedia que ela fosse aplicada. O que Adriano fez foi esclarecer que esse era o regramento em vigor, provavelmente após a consulta feita por um juiz em busca de clareza para decidir.

⁸³⁰ *Il "ius publice respondendi"* cit., p. 418.

⁸³¹ Gai. 1,80-81; Gai. 1,94; Gai. 2,280; Gai. 1,62 e Gai. 1,95-96 e, com referência ao próprio Adriano, Gai. 2,280 e Gai.1,55; Exemplos da mesma utilização em textos de outros juristas: Paul. *l. s. de cognit.* Vat. Fr. 235 (*ita Hadriani rescripto ... significatur, quam epistulam quodam rescripto ... imperator noster cum patre interpretatus est*) e Paul. *l. s. de cognit.* D. 27,1,46,2 (*idque imperator Antoninus cum divo patre significatur*); Ulp. 8 *de off. proc.* D. 48,18,1,27 (*extat epistula divorum fratrum ... hac epistula significatur*); Marcian. 4 *inst.* D. 28,5,49,2 (*ut constitutione divorum Severi et Antonini significatur*). G. NICOSIA, *Iura condere* cit., p. 12, afirma que o valor confirmativo de constituições imperiais pode ser visto em Gai. 2,221, Ulp. 7 *de off. proc.* Coll. 1,6,1 (*distinctionem casus et voluntatis in homicídio servari rescripto Hadriani confirmatur*).

⁸³² B. ALBANESE, *Nota* cit., p. 6; G. NICOSIA, *Iura condere* cit., pp. 11-12. Em sentido contrário, O. ROBLEDA, *Introduzione* cit, p. 120 (*"questo valore giuridico (vincolante) concesso ai responsa prima di Adriano non risulta da nessun luogo."*) e F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 30.

A autoridade passa, portanto à literatura jurídica, mantendo-se vivo o problema do *ius controversum*, ao qual medidas como a Lei das Citações e a compilação do Digesto buscarão fazer frente.

5.3. A transformação em *ius receptum*

Mesmo que acolhidas no caso concreto, as opiniões jurisprudenciais e as sugestões de fórmulas processuais ou negociais, não se estabeleciam imediatamente como direito aplicável a casos futuros, mas a aceitação e a aprovação social, pelos particulares, juízes, magistrados e outros juristas, é que davam a essas construções jurisprudenciais o valor de princípio jurídico definitivo.⁸³³

Um ótimo exemplo do mecanismo pelo qual uma sugestão jurisprudencial se tornava *ius receptum* é a utilização da *in iure cessio* para a *manumissio vindicta*, de que se falou no item 5.1 e que é bem resumida por F. GALLO:

“*Un dominus intenzionato a concedere com effetto immediato la libertà a un proprio schiavo, non conoscendo l'esistenza di un mezzo per tale scopo, chiese consiglio a un giurista del tempo, il quale suggerì l'impiego dell'in iure cessio in un finto processo di libertà. E così venne fatto. Il magistrato, di fronte alla vindictio in libertatem di un adsertor libertatis ed all'assenza di vindictio in servitutum da parte del dominus, pronunciò l'addictio secundum libertatem. Il rimedio fu quindi ripetutamente usato da altri cittadini e, attraverso la diffusa applicazione, diventò ius receptum.*”⁸³⁴

É esse o processo de formação do direito a que o mesmo F. GALLO, em outra obra, qualificou como *receptio moribus*, e que forma uma unidade com a *interpretatio prudentium*.⁸³⁵

⁸³³ F. CANCELLI, *Il presunto ius cit.*, p. 552; O. ROBLED A, *Introduzione cit.*, p. 113; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Lezioni cit.*, pp. 162-163; G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, disponível eletronicamente em <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveravalore.pdf>, p. 3 (publicado originalmente na Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 7 (1982), pp. 55-67).

⁸³⁴ *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, P. 84.

⁸³⁵ *Interpretazione cit.*, pp. 5-6.

Gaio, em diversas passagens das Institutas, atesta que a interpretação de um juristas, por maior que fosse sua autoridade, não se tornava direito por si mesma. Após mencionar uma opinião de Labeão, afirma que o direito em vigor era outro (*utimur autem hoc iure*),⁸³⁶ o mesmo ocorrendo em relação a uma opinião de Sabino.⁸³⁷

Uma opinião jurisprudencial, portanto, pode ter destinos diversos. Pode ser que não encontre seguimento e observância no ambiente social, caso em que se fala que *non obtinet*. Mas pode encontrar o favor de outros juristas e do ambiente social, sendo portanto recebida e consolidada.⁸³⁸ Há ainda a possibilidade de um caso intermediário, quando ela é recebida apenas por uma parte do ambiente social, mas especificamente por uma parcela da comunidade de juristas, surgindo então o *ius controversum*.⁸³⁹

Embora falte, na lista de fontes do direito feita por Gaio (Gai. 1,2-7) a formação consuetudinária do direito, ele não deixa de afirmar que o povo romano é um daqueles que *legibus et moribus reguntur* (Gai. 1,1) e, em diversas passagens, menciona o *ius moribus introductum* ou *consensu receptum*.⁸⁴⁰ F. GALLO nota que, quando Gaio fala em recepção *moribus* ou *consensu*, ou apenas em recepção, trata-se de casos em que certo regramento foi introduzido pela *interpretatio prudentium*,⁸⁴¹ o que o leva à conclusão de que existiu em Roma uma estreita conexão entre a *interpretatio prudentium* e a *receptio moribus*, conseradas por ele um *fenômeno unitário*.⁸⁴²

⁸³⁶ Gai. 1,135.

⁸³⁷ Gai. 2,154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet seruum suum primo aut secundo uel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona ueneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex uenditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo uitio, sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur; sed alio iure utimur*. “Donde o costume de o ameaçado de insolvência instituir seu escravo livre e herdeiro em primeiro, em segundo e até mesmo em grau ulterior, afim de não sendo os credores satisfeitos, venderem-se antes os bens deste herdeiro que os do próprio testador; isto é, para a ignomínia resultante da venda dos bens atingir antes este herdeiro e não o próprio testador; embora em Fufídio encontremos que, para Sabino, o escravo deve ser livrado da ignomínia, pois sofre a *uenditio bonorum* não por culpa sua, mas por força da lei; usamos, entretanto, de outro direito.” Em Gai 3,184, ao tratar das diversas opiniões sobre o que caracteriza o furto manifesto, afirma que uma delas não prevaleceu (*quae sententia non optinuit*).

⁸³⁸ Ulp. 17 *ad Sab* D. 7,1,68 (*sed Bruti sententia optinuit*); Paul. l. s. *de iure codicill.* D. 30,127 (*et optinuit Galli sententia*); Licin. 2 *reg.* D. 28,5,75 (*idque auctoritate Galli Aquilii factum est*); Ulp. 17 *ad. ed.* D. 8,5,6,2 (*sed evaluit Servii sententia*); Scaev. 2 *quaest.* D. 21,2,69,3 (*sed auctoritas Servii praevaluit existimatis*); Gai. 3,149 (*sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia*).

⁸³⁹ F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 3.

⁸⁴⁰ Como em Gai. 4,26-28 e Gai. 3,82. A expressão *receptum est* aparece em Gai. 1,166; Gai. 2,44; Gai. 3,160; Gai. 3,173; Gai. 4,4. O termo *placuit*, por sua vez, pode ser encontrado em Gai. 1,25; Gai. 1,89; Gai. 1,101; Gai. 1,115b; Gai. 3,16; Gai. 2,102-103 (testamento *per aes et libram*).

⁸⁴¹ No caso da *tutela liberorum* se fala em *accepta est per interpretationem* (Gai. 1,165).

⁸⁴² *Interpretazione* cit., pp. 5-6.

A criação do direito por meio da legislação era em Roma, ao menos durante a república, um fenômeno secundário, e a maioria dos institutos se desenvolvia, segundo o autor, de forma consuetudinária. E o que dava início a esse processo de formação do direito, segundo F. GALLO, era justamente a *interpretatio* dos juristas, com suas sugestões de formas negociais ou seus *responsa* propriamente ditos.⁸⁴³ Assim sendo, o consenso social é o fundamento constitucional da formação do *ius civile* e a *interpretatio* é o modo normal de por em movimento o mecanismo da *receptio moribus*, definida como a consolidação de uma *interpretatio* entre os concidadãos.⁸⁴⁴

Para o autor, a verdadeira fonte do direito, em se tratando da jurisprudência, eram os costumes, a *receptio moribus*, embora sua mola propulsora fossem os juristas, cujas criações se mostram apenas como sugestões, como propostas, que podem ou não receber acolhimento no ambiente social e, assim, não constituem, por si sós, direito posto.⁸⁴⁵

Em apoio de sua tese ele invoca o texto em que Sálvio Juliano justificaria teoricamente a *receptio moribus* ao afirmar que o poder de criar o direito pertence ao *populus*, e é exercido mediante o *suffragium* resultante numa *lex*, ou *rebus ipsis et factis* (*tacito consensu*)⁸⁴⁶ na recepção pelos costumes, que se encontra no mesmo plano da lei.⁸⁴⁷

⁸⁴³ *Interpretazione* cit., pp. 36 e ss. Como exemplos de regras formadas consuetudinariamente ele cita a transferência de *res Mancipi* por *mancipatio*, a tutela de libertas e impúberes libertos (Gai. 1,165) e outras tutelas judiciais (Gai. 1,166), alguns gêneros de sucessão introduzidos *eo iure, quod consensu receptum est* (Gai. 3,82). No caso da *pignoris capio* (Gai. 4. 26-28), tanto a militar (*mores*), a dos animais (XII Tábuas) e aquela *lege censoria data* têm o mesmo valor, o que se pode perceber pela identidade terminológica (*introducitur est*) aponta para a identidade de valor e indica que a formação do *ius civile* era percebida sem discriminações quanto à lei e ao costume.

⁸⁴⁴ F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 40; G. PROVERA, *Il valore* cit., p. 4. Segundo J. IGLESIAS, *Las fuentes de derecho romano*, Madrid, Civitas, 1989, p. 30, “la conciencia social – el común popular, y no ya por modo exclusivo, aunque sí primero y más importante – es la creadora del Derecho. Con la opinión pública y con el *ius* que esta forja se unimisma la *interpretatio*, reveladora, explicadora y tecnificadora de lo jurídico en su manera de ser.” Assim (p. 32), “alzaprimada la conciencia social, tenemos ésta por la gran creadora del Derecho; al jurista y al pretor, por coadyuvantes, en grado insigne, de ésta.”

⁸⁴⁵ *Interpretazione* cit., p. 51. Segundo ele (p. 21), do ponto de vista formal, a *interpretatio* não era criativa, ou seja, não era considerada como fonte do ordenamento. E se o era do ponto de vista histórico factual, isso não a distingue de qualquer interpretação, já que “ogni giurisprudenza ed ogni interpretazione finisce per essere storicamente creativa o quanto meno per concorrere a un processo creativo.” (p. 22). A interpretação “diventava *ius civile* ogniqualvolta giungeva a consolidarsi attraverso la ricezione moribus.” (p. 36). Para G. PROVERA, *Il valore* cit., p. 4, “ogni parere costituiva pertanto il primo anello di una catena suscettibile di saldarsi con la ricezione moribus.”

⁸⁴⁶ *Iul. 84 dig. D. 1,3,32,1: Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* “O costume inveterado não é guardado despropositadamente, e este é o direito que se diz constituído pelos *mores*. Pois, uma vez que as próprias leis não nos obrigam senão pelo fato de que foram admitidas pelo juízo do povo, com razão também obrigarão a todos estas coisas que o povo aprovou sem

Deve-se concordar com F. GALLO quando afirma que a criação do direito pelos juristas era sempre mediada por algum tipo de aceitação social, inclusive quando sugeriam mecanismos processuais ao pretor (como conselheiros das partes ou do próprio magistrado) e, assim, contribuíam para a formação do *ius honorarium*.⁸⁴⁸

No entanto, deve-se matizar a afirmação de que o consenso social ou a “opinião pública” eram, em última instância, os responsáveis pela consolidação de uma opinião, sob pena de conferir à formação do direito romano um caráter excessivamente democrático, que ela definitivamente não tinha.

Isto porque para *receptio* concorriam alguns fatores que não podem ser confundidos com alguma abstrata “vontade do povo” ou “consciência social”. É o caso da *auctoritas* dos juristas, cujo fundamento se alterou ao longo da história, embora derivasse sempre em parte de certo reconhecimento social. Os pontífices tiravam sua autoridade do pertencimento ao colégio e, durante muito tempo, do quase segredo em que seu saber era mantido. Com o surgimento de juristas fora do pontificado, a autoridade não tinha mais caráter institucional, mas manteve seu caráter aristocrático, fundada no bom nascimento e na *dignitas* obtida pelo cidadão, ao que se veio somar a autoridade de caráter mais científico, interna à própria jurisprudência e ainda mais distante do “controle” popular. No

sequer um escrito. Pois que importa ao povo declarar a sua vontade por sufrágio ou por meios dos próprios fatos e feitos?”

⁸⁴⁷ F. GALLO, *Interpretazione* cit., p. 59; G. PROVERA, *Il valore* cit., p.3.

⁸⁴⁸ A chancela das sugestões jurisprudenciais pelo pretor, embora seja uma espécie de *receptio*, não pode ser qualificada como *receptio moribus*, pois envolve um ato de *imperium* de um magistrado da república, tendo, portanto, um caráter mais estatal que a aproxima do acolhimento de um parecer jurisprudencial num texto de lei. Embora tanto na *receptio moribus* quanto na formação do *ius honorarium* a jurisprudência funcione como a mola propulsora, o desenvolvimento dos dois setores, segundo F. GALLO, *Interpretazione* cit., pp. 136 e ss, é diferente. Em se tratando de *ius civile*, a jurisprudência concorre para a mudança por meio da interpretação do ius já existente. Já no *ius honorarium*, ocorre a criação de direito eminentemente novo sem vinculação necessária com os esquemas e princípios já existentes, prestando o jurista seu apoio técnico a essa verdadeira “*posizione autoritativa di nuovo diritto*” (p. 137), feita pela concessão de mecanismos processuais. Pode-se dizer que a atuação do pretor, de certa forma, toma o lugar do mecanismo *interpretatio-receptio* como meio de adaptação do direito à realidade social, o que se explica pela necessidade crescente, a partir do século II a.C., de inovações mais rápidas e não raro contrárias aos princípios tradicionais, que a recepção pelos costumes guiada pela jurisprudência, assim como a legislação, não era capaz de realizar. Além de satisfazer a mentalidade romana, ao deixar formalmente em vigor as regras de *ius civile*, a criação do direito pelo pretor tinha a vantagem adicional de se plasmar no edito, trazendo assim um elemento formal que trazia maior certeza às inovações produzidas. As limitações da *interpretatio-receptio* se revelam ainda em outros casos, mencionados por F. GALLO (pp. 143-149), em que foi necessária uma intervenção legislativa para abrogar alguma regra ou solucionar uma controvérsia entre os juristas (como ocorre com a *lex Atinia*, que, revelando a decisão do povo em favor dos interesses do proprietário em detrimento do terceiro de boa-fé, vem resolver a dúvida quanto à possibilidade de se usucapir bens furtados, vedando-a). Segundo o autor (p. 151), portanto, o modo normal e regular de produção do direito era a *interpretatio-receptio*, que promovia as alterações e abrogações sem sobressaltos. Quando, no entanto, fosse necessário responder a problemas sentidos como mais relevantes ou dar saltos qualitativos, utilizava-se a lei para abrogar imediatamente uma regra, esclarecer um ponto controverso ou introduzir novos princípios (para tal introdução servia também a atuação do pretor).

império, com a instituição do *ius respondendi*, além da qualidade técnica e científica, havia o reconhecimento imperial e a própria *auctoritas principis* a sustentar a autoridade do jurista.

Ainda que essa grande autoridade reconhecida à jurisprudência não obrigue à *receptio moribus*, certamente desempenhou um papel igual ou maior do que o “consenso social.” A medida da “participação popular” na criação do direito por via interpretativa pode ser percebida pela análise das etapas percorridas no processo de recepção e consolidação das opiniões jurisprudenciais.

Os particulares se conformariam ao conselho do jurista, em primeiro lugar, pelo fato de não ter sido sugerido por qualquer um, mas pelo jurista, dotado de autoridade. Em geral, o cidadão não tinha conhecimento suficiente para contestar uma fórmula indicada pelo jurisconsulto ou mesmo uma interpretação por ele proposta. Pode ser que não lhe agradasse e ele buscasse outra opinião, como ocorre no episódio do *rusticanus*, mas na maior parte das vezes é de se esperar que o particular se conformasse ao *responsum*.

A sentença judicial era outra etapa importante na recepção, pois decisões repetidas exprimiam o consenso dentro de um ambiente social específico, o dos oradores e juízes, e contribuíam para formar a *opinião pública*.⁸⁴⁹ Assim como para os oradores as *res iudicatae* ou *exempla* funcionavam como meio de provar o direito existente,⁸⁵⁰ também serviam para comprovar a aceitação reiterada de uma opinião jurisprudencial. Nessa qualidade, e não como decisões vinculantes nos moldes de um *stare decisis*, certamente interessavam aos juristas, cuja autoridade era reforçada pelo acolhimento de seus pareceres no caso concreto.⁸⁵¹

⁸⁴⁹ F. BONA, *La certezza* cit., p. 146.

⁸⁵⁰ Cic. de orat. 2,27,116: *Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa [atque a re] deferuntur.* “No que concerne às provas, o orador tem em mãos uma dupla matéria: uma diz respeito aos elementos que não são pensados pelo orador, mas, residindo no próprio caso, são tratados com método, como contratos, testemunhos, pactos, convenções, interrogatórios, leis, senatusconsultos, precedentes, decretos, respostas dos jurisconsultos e demais, se os há, que não são encontrados pelo orador, mas entregues a ele pela causa e pelos réus.” Tradução de A. Scatolin, ligeiramente modificada, com a substituição de “deliberações do senado” por “senatusconsultos”.

⁸⁵¹ G. PROVERA, *Il valore* cit., pp. 4-5, para quem “*Ci sembra quindi di poter concludere che, sino all’epoca del Principato, i giudici contribuivano alla recezione moribus e quindi alla creazione del diritto, fornendo oltretutto ai giuristi, che ne erano le inventori, la misura in cui le loro invenzioni trovavano accoglimento nella prassi dei tribunali, senza di che queste invenzioni sarebbero rimaste del tutto infruttuose.*”. No mesmo sentido, F. BONA, *La certezza* cit., pp. 139-140 e 146, na qual ele afirma que “*il consenso era il tramite per l’affermarsi o il consolidarsi dell’auctoritas di quel giurista, la cui opinione, concorrente con quelle di altri*

Mesmo que, como se viu no item 5.2.2, não baste a autoridade do jurista para que seu parecer seja aceito no caso específico, e a retórica dos oradores ou a convicção pessoal do juiz possam ter autonomia na hora de escolher o caminho a seguir, o consenso que eles expressam e com o qual integram o processo de *receptio* é ainda um consenso de poucos, integrantes de um círculo social homogêneo e que não representam o povo romano como um todo. O mesmo se pode dizer dos magistrados que acolhem ou não as sugestões dos juristas, ainda que se possa invocar a ideia de que falam em nome do povo, pelo qual foram eleitos.

Por fim, havia o consenso entre os próprios juristas, contemporâneos e sucessivos, que era ainda mais restrito e onde é difícil enxergar alguma influência “popular”. Na formação desse consenso, a retórica com certeza não exerce, como faz nos processos judiciais, a força contrária aos pareceres, pois aqui a lógica própria dos juristas, a qualidade do parecer, o pertencimento a uma das escolas jurídicas e a autoridade de um jurista em particular são elementos mais fortes.

A *auctoritas*, além de influenciar os leigos no direito que se valem do trabalho do jurisconsulto, também se impõe frente aos outros juristas. Segundo F. SCHULZ, embora a jurisprudência romana não tenha aderido a uma fé cega na autoridade,⁸⁵² o peso do nome de um jurista eminente conta muito no acolhimento de uma opinião por parte de um “colega” de profissão e serve como um dos argumentos em favor de sua exatidão.⁸⁵³ E mesmo na jurisprudência clássica permanece esse traço “autoritário”, essa “persuasione che un uomo di rango e versato negli affari politici e giuridici possedesse, se avesse dedicato la sua intelligenza seriamente e coscienziosamente alla materia, un’intuitiva percezione del diritto.”⁸⁵⁴

giuristi, fosse risultata vincente nella prasse dei tribunali. Completava l’opera il sugello da parte della giurisprudenza successiva.” Naturalmente, talvez por uma espécie de hábito profissional, os juristas posteriores representassem o obtinere de certa opinião como fruto exclusivo da *auctoritas* do jurista que a emitira, escondendo o processo completo de recepção. Obviamente, nos oradores o fenômeno encontraria uma descrição diferente, que ressaltava a importância da oratória na hora de sustentar com argumentos retóricos uma opinião jurisprudencial.

⁸⁵² F. BONA, *La certezza* cit., p. 137, dá um bom exemplo disso: Quinto Múcio Cévola gozava de grande autoridade em vida e mesmo depois de sua morte, daí a estupefação do interlocutor quando Cícero, no *Brutus*, antepõe a ele Sêrvio Sulpício Rufo como melhor jurista. Mas a grande *auctoritas* de Cévola não impediu que Sêrvio discordasse de suas opiniões, e nem mesmo a autoridade de Sêrvio impediu que Tuberão contrariasse as suas (Cels. 19 *dig.* D. 33,10,7,2).

⁸⁵³ *Principios* cit., p. 206.

⁸⁵⁴ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 222.

Assim é que, por exemplo, Javoleno Prisco, depois de muitos estudos jurídicos, uma longa e honorável carreira oficial, membro do *consilium principis*, ao avalizar a opinião de um jurista precedente com seu *hoc probo, haec vera sunt*, ou *verum puto*, imprimia a ela o selo de sua própria autoridade.⁸⁵⁵ Da mesma forma, quando um jurista como Sálvio Juliano se pronunciava sobre uma questão jurídica afirmando que “assim entendia meu mestre Javoleno e assim eu mesmo aconselhei quando fui consultado pelos pretores”,⁸⁵⁶ isso significava que sua opinião vinha confirmada não pela força do raciocínio e da argumentação lógica, mas pela *auctoritas*. Em lugar de exaltar simplesmente a lógica, os juristas romanos não desvalorizam as intuições da experiência.⁸⁵⁷

Esse traço da jurisprudência fica evidente nos *responsa*, que são pareceres autorizados emanados de um homem competente e, assim, não contêm citações de autoridades precedentes, refutações de opiniões divergentes, ou motivações senão muito breves, atitude comentada por contemporâneos como Sêneca.⁸⁵⁸

Talvez seja impossível afirmar decididamente qual o fator mais influente na recepção de uma opinião jurisprudencial, se a qualidade técnica ou a autoridade pessoal, e para isso seria necessária uma análise de casos específicos para tentar abstrair dela alguma regra geral. O que se pode afirmar, contudo, é que quanto maior a distância temporal com relação ao jurista antigo, menor deveria ser o peso da posição social e maior o da racionalidade intrínseca do *responsum*.⁸⁵⁹

⁸⁵⁵ Iav. 4 *ex post. Lab.* D. 18,1,77; Iav. 9 *ex post. Lab.* D. 19,2,57; Iav. 2 *ex post. Lab.* D. 34,2,39,1; Lab. 4 *post.* D. 40,12,42; Iav. 6 *ex post. Lab.* D. 9,2,57.

⁸⁵⁶ Iul. 42 *dig.* D. 40,2,5, citado na nota 524.

⁸⁵⁷ F. Schulz, *Storia* cit., pp. 222-223. No entanto, o respeito pela autoridade não era meramente servil, pois os juristas, ao referir opiniões alheias em reforço da sua, estavam tratando de igual para igual.

⁸⁵⁸ F. SCHULZ, *Storia* cit., p. 223. Ao dar uma resposta em estilo oracular, proverbial, Sêneca diz que “responde como um jurisconsulto” (Sen. benef. 5,19,8: *tanquam iurisconsultus respondeam*). Numa de suas cartas (Sen. epist. 94,27), afirma que as respostas dos juristas valem mesmo sem declarar seus motivos (não se trata, contudo, de *ius respondendi*): ‘*Si dubia sunt*’ inquit ‘*quae praecipis, probationes adicere debebis; ergo illae, non praecepta proficient.*’ *Quid quod etiam sine probationibus ipsa monentis auctoritas prodest? Sic quomodo iurisconsultorum valent responsa, etiam si ratio non redditur.*” “Acrescenta Ariston: ‘Se é controversa a matéria sobre que dás preceitos, terás que apresentar provas; logo, as provas, e não os preceitos, é que são proveitosas.’ Mas não é verdade que, mesmo sem prova, a autoridade do conselheiro pode valer por si só? É o que sucede com o valor atribuído aos pareceres dos juristas, mesmo quando não acompanhados da respectiva justificação.” Tradução de J. A. SEGURADO E CAMPOS, in *Cartas a Lucílio*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1991, p. 487.

⁸⁵⁹ Segundo D. MANTOVANI, *Iuris Scientia* cit., p. 674, nt. 120, ao falar da recepção das opiniões pelos próprios juristas é preciso distinguir também sincronia e diacronia, já que as razões pelas quais as opiniões de um jurista são acolhidas por seus contemporâneos não são as mesmas pelas quais isso ocorre séculos depois: “*i fattori per cui il responsum di un giurista emesso per un caso attuale si imponeva ai destinatari saranno stati, infatti, diversi dai fattori per cui, a distanza magari di secoli, l’opinione di un giurista veniva approvata da un altro giurista (fenomeno, quest’ultimo, nel quale si può immaginare a priori che la posizione sociale*

Em resumo, embora a *receptio* seja a responsável por constituir uma opinião jurisprudencial como direito posto, ela não ocorre em virtude de um consenso exatamente “popular”, mas, sobretudo, um consenso da profissão ou da comunidade jurídica (oradores, juízes, magistrados e, principalmente, juristas). Desse modo, não é o “povo” como um todo, ou a “consciência social” (como fala J. IGLESIAS) que determina o acolhimento de um parecer jurisprudencial, mas apenas uns poucos que “dirigem” ou “representam” essa consciência social.⁸⁶⁰

Essa recepção, ainda que guiada pela jurisprudência, continua a desempenhar seu papel mesmo depois da introdução do *ius respondendi*, como se percebe, por exemplo, pelo fato de uma opinião de Sabino (único jurista que com certeza obteve o benefício imperial), acabar não se estabelecendo⁸⁶¹ e pelos muitos exemplos de controvérsia entre os juristas da época clássica, a muitas das quais Sálvio Juliano põe fim.

Os pareceres dos juristas com *ius respondendi*, valiam, inicialmente, apenas para o caso concreto a que se dirigiam, mas quando começaram a ser recolhidos na literatura jurídica, os litigantes passaram a invocá-los em juízo para corroborar a posição que defendiam. O juiz, nesse caso, não tinha que segui-los, por não haver qualquer obrigação de julgar segundo os precedentes, mas como se tratava de opiniões de juristas célebres, obviamente eram levados em conta em casos semelhantes. Assim, pouco a pouco adquiriam o valor de verdadeira fonte do direito, conforme se consagrava o costume de segui-los todas as vezes que surgisse em juízo o problema a que respondiam.⁸⁶²

del giurista di cui si accettava l'opinione non esercitasse un grande peso).”

⁸⁶⁰ O que M. BRETONI, *Storia* cit., p. 189, fala a respeito da relação entre jurisprudência e direito honorário vale também para a formação consuetudinária do *ius*. Para ele, quem julga a relevância das normas do edito e, com isso, permite sua continuação, não é, ou quase nunca é, uma consciência social abstrata, mas a *iurisprudencia*, o setor profissional que colabora com a política legislativa da classe dirigente por meio de seu indispensável conselho técnico, condiciona suas escolhas ou as rejeita. E a relação dos juristas com o edito é dupla: contribuem para a formação dos mecanismos processuais que são plasmados nele, mas depois o tomam como objeto de seu estudo e reflexão, com base em que os examinam criticamente, podendo confirmar ou não sua adequação e sua validade, além de delimitar seu âmbito de aplicação. O próprio F. GALLO, *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano, LED Edizioni Universitarie, 2005, p. 80, afirma que a criação do direito pelo pretor não era completamente livre, mas guiada pelos critérios que a jurisprudência elaborava.

⁸⁶¹ Gai. 1, 154, citado na nota 837.

⁸⁶² F. GALLO, *Interpretazione* cit., pp. 79-80; G. BRAGA DA CRUZ, *O jurisconsultus* cit., p. 202, que faz também um bom resumo do processo de recepção durante a república (p. 163): Embora não fossem vinculantes para os juízes e nem as sentenças constituíssem precedentes vinculantes, “o respeito que os juízes tinham pelas respostas dos juristas mais categorizados e a linha uniforme que estes seguiam no estabelecimento dos critérios interpretativos e integrativos das leis e dos costumes produziam uma tal uniformidade na maneira de decidir os pleitos, que, a breve trecho, os pareceres jurisprudenciais se transformavam em verdadeiras regras de direito, de cuja obrigatoriedade ninguém duvidava e de cuja

Segundo F. GALLO, esse mecanismo de criação do direito, existente desde o tempo dos pontífices, sofre um golpe quando Adriano regulamenta a força vinculante dos *responsa prudentium*, que passam a criar direito por si sós, independentemente da aceitação social. Com essa medida, ao direito pacífico ou controverso produzido pela *interpretatio-receptio* teria se substituído a mera interpretação, concorde ou discorde, dos juristas autorizados. Rompe-se, assim, a ligação entre interpretação e formação consuetudinária do direito: esta é eliminada, e aquela só pode criar direito se autorizada pelo imperador.⁸⁶³

A interpretação do rescrito de Adriano adotada nesta Dissertação, entretanto, é outra. Além de não ter inovado, mas apenas aclarado uma regra costumeira já existente, a força vinculante conferida aos *responsa prudentium* parece se restringir ao caso concreto e, a não ser o emprego de *legis vicem optinet*, não há maiores elementos que façam supor uma eficácia geral desses pareceres, até mesmo porque, segundo interpretamos, a unanimidade a ser considerada é apenas aquela entre os juristas consultados no caso concreto, e tal unanimidade não pode constituir uma regra geral para o futuro.

Assim sendo, para a consolidação do *responsum* o mecanismo da *receptio* pode ter continuado a desempenhar algum papel, principalmente a discussão interna à jurisprudência, que continua nos juristas posteriores a Adriano. Mas é certo que a autoridade imperial inculcada nos pareceres que acabam vingando em casos específicos é também um fator altamente condicionante para a *receptio*, que depende cada vez mais da vontade de um só o homem.

Como já se mencionou anteriormente neste trabalho, a tendência a partir de Adriano é a centralização das fontes do direito, que atinge em cheio o *ius honorarium* com a consolidação do edito e, pela assimilação dos juristas no *consilium principis* e a assunção da atividade consultiva pelo imperador, afeta também a jurisprudência. Nesse contexto,

observância ninguém se desviava sem a consciência de infringir um preceito jurídico.”

⁸⁶³ *Interpretazione* cit., p. 157; G. PROVERA, *Il valore* cit., p. 6. Para F. GALLO, a afirmação de Pompônio (Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,12) segundo a qual *aut est proprium ius ciuile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*, explica-se justamente a partir do *ius respondendi* e sua regulamentação por Adriano, o mesmo ocorrendo com a lista de fontes trazida por Papiniano, que vive depois dessa regulamentação, e na qual aparece a *auctoritas prudentium* (Pap. 2 *def.* D. 1,1,7pr). Juliano, por sua vez, teria escrito a passagem de *Iul. 84 dig.* D. 1,3,32,1 antes do rescrito de Adriano relativo à força vinculante dos *responsa*, pois que depois desse rescrito “la teoria giuliana non appare infatti più consona al diritto in vigore.” (p. 61, nt. 1). F. GALLO, no entanto (p. 158), não deixa de notar que, na realidade da vida, não deixam de existir a interpretação não autorizada, a produção extra-autoritativa do direito e a ligação entre elas. Mas no nível conceitual e até mesmo programático, esses elementos são esquecidos.

embora os juristas ganhem uma capacidade até então inexistente de influir no direito e solver as controvérsias (pois eram os responsáveis pela confecção dos rescritos e frequentemente ocupavam funções jurisdicionais importantes na hierarquia imperial), fazem-no um tanto nas sombras, atuando como auxiliares do imperador, cuja vontade, esta sim, *legis habet vigorem*.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se apresentar a forma com que os juristas romanos atuaram na prática da atividade consultiva e como tal atuação contribuiu para a criação do direito na sociedade romana.

Uma atuação que tem início com os pontífices, mas se mantém quando o saber jurídico, antes estreitamente vinculado com a religião, se autonomiza e o círculo de consultores se expande, em paralelo à ascensão da plebe e à parificação política das ordens. Uma jurisprudência composta pelos homens mais notáveis da cidade e responsável por suprir a necessidade de consultas jurídicas, auxiliando os particulares na celebração dos negócios jurídicos e na confecção e utilização das fórmulas processuais, além de interpretar o direito e opinar sobre questões controversas surgidas antes ou durante um processo.

Nessa tríplice atuação, que era exercida em pleno centro da vida pública romana e se mostrava como uma fonte de reconhecimento social apto a engendrar o sucesso eleitoral, surgem o ensino do direito, ministrado ao mesmo tempo em que se respondem às consultas dos clientes e que, portanto, nasce umbilicalmente ligado à prática cotidiana do direito, o que contribui, em última instância, para a formação de uma ciência do direito orientada para o caso, ainda que no final da república e no principado os ares de sistematização tenham contribuído para trazer maior organização ao saber acumulado de séculos de experiência jurídica.

Ainda que o *cavere* e o *agere* tenham declinado durante o principado, o *respondere* se manteve como uma das principais ocupações do jurista romano, ao lado do ensino e da redação da literatura jurídica, sempre mais e mais relevantes. Com o *ius respondendi*, o *princeps*, novo e mais relevante sujeito institucional surgido na história de Roma, busca intervir na atuação dos juristas, infundindo em alguns juristas sua própria *auctoritas* a fim de que seus pareceres gozassem de maior força persuasiva, ao mesmo tempo em que tentava cooptá-los para o regime político recém-instaurado.

Após fluxos e refluxos sob os primeiros imperadores, a colaboração entre juristas e príncipes se estabelece com sucesso conforme se chega à segunda metade do século II,

com a assimilação dos *prudentes* no *consilium principis* e nos postos da burocracia imperial. Concomitantemente, o imperador assume a atividade consultiva, função que desempenha pela prática dos *rescripta*, verdadeiros substitutos do *responsum*, ainda queo faça com o auxílio dos juristas, que atuam, no entanto, quase no anonimato, em tempos de centralização normativa cada vez maiores.

Mas enquanto atuaram de forma autônoma, os jurisconsultos romanos trouxeram, com sua atividade consultiva, uma dupla contribuição para o desenvolvimento do direito. Sobretudo com o *cavere* e *agere*, criaram as formas necessárias para o desenrolar do comércio jurídico e o exercício da *iurisdictio*. Com o *respondere* em sentido estrito, guiaram a evolução das regras do direito, interpretando-o e fornecendo ao magistrado e ao juiz a moldura dentro da qual podiam decidir os casos concretos.⁸⁶⁴

Criação e orientação. A essa dupla contribuição é que Pompônio parece se referir quando afirma que “o direito não se sustenta se não houver algum jurisperito por meio do qual possa ser conduzido para melhor.”⁸⁶⁵ e quando cita a necessidade da *auctoritas prudentium* frente à *disputatio fori*,⁸⁶⁶ o que se pode entender como a necessidade de que alguém defina minimamente o limite das controvérsias.

No caso do *respondere*, a função social que exerce é de extrema relevância: assim como ocorria com o *consilium* que o *paterfamilias* ouvia antes de tomar alguma medida capital, também os magistrados e juízes tomam o conselho dos juristas como forma de legitimar suas decisões, pois a presença de um *expert* dá a sensação de uma prestação jurisdicional de melhor qualidade e funciona como um limite à discricionariedade dos responsáveis pela jurisdição, assegurando, em virtude do respeito dos romanos pela tradição e pela autoridade dos juristas, alguma medida de segurança jurídica.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ À conclusão de que o juiz deve se limitar à modura fornecida pelos juristas pode-se chegar a partir da interpretação do rescrito de Adriano apresentada no item 5.2.3, principalmente no que diz respeito à liberdade de escolha do juiz em caso de *responsa* contrastantes, que entendemos limitada. Mas já antes disso essa ideia faz sentido. Segundo M. BREONE, *Storia* cit., p. 184, “il centro del diritto repubblicano, e classico, è in una tradizione giuridica controllata dagli esperti. Questa tradizione consiste fondamentalmente in un corpo di ‘opinioni’ e di regole, elaborate e vagliate attraverso l’impiego di tecniche razionali, e riguarda soprattutto la sfera privatistica. Essa è il continuo termine di confronto per ogni singolo atto normativo. Anche la prassi vi trova, o dovrebbe trovarvi, il suo criterio di misura (...). La tradizione giuridica costituisce (si potrebbe dire), la ‘tela’ in cui si ricompongono di volta in volta gli istituti e le norme.” A função orientadora do *responsum* é afirmada pelo autor também na p. 195. No mesmo sentido, F. GALLO, *L’interpretazione* cit., p. 109.

⁸⁶⁵ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,13.

⁸⁶⁶ Pomp. *l. s. ench.* D. 1,2,2,5.

⁸⁶⁷ F. SCHULZ, *Principios* cit., pp. 256, 261 e 267.

Hoje também nos vemos diante do problema da discricionariedade judicial, que ocupa parcela importante dos debates da teoria geral do direito desde meados do século XX. Frente às manifestações do subjetivismo judicial, que desconsidera qualquer dever de coerência com a tradição, uma das soluções que por vezes se mostra é a afirmação do papel da doutrina.⁸⁶⁸

Pode o estudo histórico trazer alguma contribuição para esse debate? Cremos que sim e que ele não precisa funcionar apenas como um eco legitimador para uma das opções em jogo. No que diz respeito ao papel da doutrina, que guardadas as devidas proporções, é o equivalente moderno da *iurisprudentia*, algumas reflexões interessantes emergem do estudo realizado neste trabalho, e ajudam a meditar sobre as condições de possibilidade para uma dogmática jurídica influente.

Na experiência jurídica romana, apenas foi possível que a jurisprudência efetivamente exercesse esse papel de orientação por conta de circunstâncias sociais específicas do tempo. Ela tinha capacidade de influir, em suma, porque seus expoentes eram homens de *autoridade*, elemento fundamental para o acolhimento de suas opiniões, como já se viu.

Essa autoridade, quando não decorria mais da ocupação de um sacerdócio, era eficaz por se tratar de uma sociedade aristocrática em que poucos dominavam o governo da *civitas* e, dentre esses poucos, alguns se destacavam por seu conhecimento jurídico, que reforçava a presunção de idoneidade dos conselhos jurídicos. No império, como se viu, a autoridade individual não perde completamente seu poder, mas a eficácia dos *responsa prudentium* no caso concreto e sua aceitação social, sua efetividade, repousam, em grande parte, na autoridade imperial, conferida por meio do *ius respondendi* ou pela assimilação dos juristas no *consilium*, fonte das decisões do imperador.⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ No âmbito da ciência romanística, essa afirmação do papel de orientação a ser desempenhado pelos juristas tem sido feita reiteradamente por F. GALLO, para quem esse é um dos aspectos da herança perdida do direito romano que se deve recuperar Em *Celso e Kelsen* cit., p. 62, nt. 82, após mencionar a defesa do papel do jurista por Paolo Grossi (...), afirma: “È risaputo che, nell’attuale esperienza, i pareri e le elaborazioni dei giuristi, di per se stessi, non vincolano nessuno. Essi acquistano efficacia, se e in quanto vengono recepiti dai consociati (dei quali fanno parte gli altri giuristi e i giudici, così come era stato percepito dai giureconsulti romani, che teorizzarono la recezione moribus. Per ridare ai giuristi il ruolo che ad essi compete, reinserendoli in particolare nel circuito della produzione normativa, occorre il recupero di tale recezione, facente parte dell’eredità perduta del diritto romano.” Também em *L’interpretazione* cit., pp. 108 e ss, ao rebater a tese de que não há interpretação correta, o autor ressalta o papel dos juristas no guiar as decisões jurídicas.

⁸⁶⁹ P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.

Na Grécia, por outro lado, essas condições não se verificaram, o que redundou na ausência do personagem social específico que era o jurista. Em Atenas, parece ter existido uma estrutura semelhante ao colégio dos pontífices, o colégio dos *exegetai*, que dava pareceres sobre questões sacras e profanas relativas ao agir cotidiano dos cidadãos, mas ela não se desenvolveu no surgimento de uma jurisprudência como a romana, pois que a democracia ateniense trazia consigo um elemento antagônico e impeditivo: os tribunais populares, *dikasteria*, formados por homens sem qualquer preparação jurídica e nos quais a retórica prevalecia no momento decisório.⁸⁷⁰

Some-se a isso a frequente *stasis* nas cidades-estado gregas e as constantes mudanças de regime e governo, com a consequente mudança nas leis existentes, quadro de incerteza bem diverso da estabilidade política romana, a qual permitia também o desenvolvimento lento e controlado das instituições. Por fim, a própria natureza democrática dos regimes instaurados na Grécia faz com que a vontade do *demos*, expressa em assembleias e tribunais seja a medida e o critério do direito, por maior que seja o apelo a um *nomos* imemorial.

Roma, por sua, vez, com seu regime oligárquico, mantinha em poucas mãos o governo da cidade e, com a mentalidade aristocrática e de respeito ao princípio da autoridade, conseguiu fazer com que o direito progredisse sem sobressaltos e pela atuação de uns poucos homens de prestígio capacitados tecnicamente para tanto. A situação não muda com a instauração do principado, e os juristas continuam a influenciar o direito, não apenas por sua competência científica, mas também por sua proximidade com o imperador.

Assim, pode-se ver que, ao menos na experiência jurídica romana, para que a jurisprudência influenciasse efetivamente a produção, interpretação e aplicação do direito, foi necessária ou alguma ligação com a religião, ou a presença de uma mentalidade aristocrática, ou a proximidade com o poder político.

Cabe perguntar, então, se essas são condições possíveis e até mesmo desejáveis na sociedade atual. Será que são as únicas condições? Será que a doutrina é um fenômeno necessariamente aristocrático? Ou é possível pensar numa dogmática jurídica realmente

204, resume as condições para a efetividade do direito jurisprudencial em uma só: proximidade com o poder político, com o centro de decisão do Estado.

⁸⁷⁰ M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in M. BRETONI & M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma, Laterza, 1994, pp. 22-25.

influyente e responsável pela manutenção da integridade do direito e diminuição da discricionariedade dentro do paradigma do Estado democrático de direito?

O estudo da história da jurisprudência romana, que se realizou parcialmente nesta Dissertação, não busca e nem se pretende capaz de solucionar os dilemas da teoria do direito, mas pode, ainda assim, trazer elementos para a reflexão historicamente consciente a respeito do tema, e para isso se espera que o presente trabalho tenha contribuído.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo analisar a forma como os juristas romanos atuaram na prática jurídica ao longo do tempo, e como essa atuação contribuiu para a formação do direito romano.

Na primeira parte do trabalho, busca-se mostrar como a atividade consultiva dos juristas se desenrolou na história romana, desde seu surgimento no colégio dos pontífices, até sua progressiva absorção pelo imperador. Investiga-se ali a composição social da jurisprudência e como essa profissão, exercida pelos homens mais importantes da aristocracia, se inseria num modelo ideal de saber integral, e como servia a anagariar fama e reconhecimento social que redundariam em sucesso eleitoral. Em seguida, passa-se à análise da forma tríplice em que os juristas atuavam na prática: respondendo às consultas sobre pontos de direito, auxiliando na confecção de negócios jurídicos e de fórmulas processuais. Em meio a essa atividade é que têm início tanto o ensino como a literatura jurídica. Depois disso, são descritas as mudanças por que passou tanto a jurisprudência como o *respondere* em especial, após a instauração do principado, e de como o príncipe buscou interferir nessa atividade dos juristas por meio do *ius respondendi*, até que, com a prática dos rescritos, tomou para si a tarefa da consultoria jurídica.

Na segunda parte do trabalho, trata-se da forma como vários institutos surgiram por meio do *cavere*, *agere* e *respondere*, analisando-se então o processo pelo qual o direito criado pela jurisprudência se estabelecia, e que se desdobra em dois momentos: a eficácia no caso concreto a força dos *responsa* desde a jurisprudência pontifical até o principado, e a transformação em *ius receptum*, quando a aceitação social das propostas dos juristas as tornava direito incontroverso.

RÉSUMÉ

Ce travail a pour bût analiser la manière selon laquelle les juristes romains ont agi dans la pratique juridique le long du temps et comment cette action a contribué à la formation du droit romain.

Dans la première partie, on essaye de montrer comment s'est déroulée l'activité consultive des juristes le long de l'histoire, depuis ses débuts au dedans du college des pontifes, jusqu'à sa progressive absorption par l'Empereur. L'enquête porte sur la composition sociale de la jurisprudence e comment cette profession, occupée par les hommes les plus importants de la aristocracie, s'insérait dans un modèle idéal de savoir intégral et, au même temps, servait à obtenir prestige et reconnaissance sociale utiles au succès électoral. Ensuite, on passe à l'analyse de la forme selon laquelle les juristes agissaient dans la pratique: en répondant aux consultations et s'appliquant à la confection des actes juridiques et formules procéduelles. Au milieu de ce type de travail ont né l'enseignement et la littérature juridique. Après cela, on décrit les mutations survenues à cause du passage au Principat et comment le prince a essayé de contrôler l'activité des juristes avec l'*ius respondendi*, jusqu'à accaparer les consultations.

Dans la deuxième partie du travail, il s'agit de la forme où, avec le *cavere*, *agere* et *respondere*, plusieurs institutions ont surgi. On y analyse le processus par lequel le droit qui la jurisprudence crée s'établit. Ce processus est double: l'efficace dans le cas particulier (exposée dès la jurisprudence pontificale jusqu'au Principat) e la transformation en *ius receptum*, quand l'acceptation sociale les transformait en droit certain.

BIBLIOGRAFIA

AGUDO RUIZ, Afonso, *La enseñanza del derecho em Roma*, Logroño/Madrid, Universidad de La Rioja/Reus, 1999.

ALBANESE, Bernardo, *Appunti su D.1,2,2,48-50, e sulla storia dello ius respondendi*, disponível em <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2004/articoli/Prof.%20Albanese%20-%20Appunti.pdf>.

_____, *Nota su Gai 1,7 e sulla storia del ius respondendi*, disponível em <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2004/articoli/Prof.%20Albanese%20-%20Gai.pdf>

AMIRANTE, Luigi, *Una storia giuridica di Roma. Dai re a Cesare. Sesto quaderno di lezioni*, Napoli, Jovene, 1987.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del Diritto Romano*, 7ª ed., Napoli, Jovene, 1984.

BAUMAN, Richard Alexander, *Lawyers and Politics in the early Roman empire. A study of relations between the Roman iurists and the emperors from Augustus to Hadrian*, München, C.H. Beck, 1989.

_____, *Lawyers in Roman Republican politics: A study of the Roman jurists in their political setting, 316-82 BC*, München, C.H. Beck, 1983.

BISCOTTI, Barbara, *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica*, in B. BISCOTTI & A. CENDERELLI, *Produzione e Scienza del Diritto: Storia di um Metodo*, Torino, Giappichelli, 2005

BONA, Ferdinando, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in M. SARGENTI e G. LURASCHI (orgs.), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia, 26-27 aprile 1985*, Padova, CEDAM, 1987, pp. 101-148.

BOUCHÉ-LECLERCQ, Auguste, *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, Paris, Librairie A. Franck, 1871.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *O 'jurisconsultus' romano*, in *Obras Esparsas*, vol. 1. *Estudos de História do Direito Antigo*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1979.

BRENAN, T. C., *The Praetorship in the Roman Republic: Volume 1: Origins to 122 BC*, New York, Oxford University, 2000.

BRETONE, Mario, *Storia del diritto romano*, 13^a ed., Roma-Bari, Laterza, 2010.

_____, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1975.

BRUTTI, Massimo, *La laicizzazione del sapere giuridico fino a Sesto Elio Peto Cato*, in M. TALAMANCA (dir.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 1989.

_____, *L'indipendenza dei giuristi (dallo 'ius controversum' all'autorità del princeps)*, in F. MILAZZO (org.), *Ius Controversum e Auctoritas Principis – Giuristi Principe e Diritto nel Primo Impero – Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanístico 'G. Boulvert' – Copanell 11-13 giugno 1998*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 403-458.

CANCELLI, Filippo, *Il presunto 'ius respondendi' istituito da Augusto*, in *BIDR* 29 (1987), pp. 543-568.

_____, *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio - Tra fantasie e favole romanistiche*, Roma, Aracne, 1996.

_____, *Per una revisione del "cavere" dei giureconsulti repubblicani*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 611-645.

CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996.

_____, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in *Ius controversum e auctoritas principis. Atti Conv. Copanello 1998*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 27-60.

_____, *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano*, in J. PARICIO (org.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, pp. 69-84.

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, *Lezioni di Storia del Diritto Romano – Monarchia e Repubblica*, Napoli, Jovene, 2006.

CERAMI, Pietro, *La crisi della libera res publica*, in J. PARICIO (org), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, pp. 11-22.

CHAPOT, V., *Solium*, in *DS T.* 4 v.1, p. 1391.

COLACINO, Vincenzo, *Agere*, in *NNDI I*¹, pp. 417-420.

DAUBE, David, *Hadrian's rescript to some ex-praetors*, in *SZ* 67 (1950), pp. 511-518.

DAVID, Jean Michel, *Le patronat judiciaire au dernier siècle de la république romaine*, Paris-Roma, École Française de Rome, 1992.

DE VILLEFORE, Joseph François Bourgoïn, *Les oraisons de Cicerón, Tome Troisième*, Paris, 1732.

DE VISSCHER, Fernand, *Le 'ius publice respondendi'*, in *RHD* 15 (1936) p. 615-650.

D'IPPOLITO, Frederico, *I giuristi e la città – Ricerche sulla giurisprudenza della repubblica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

DRUMMOND, Andrew, *Early Roman "clientes"*, in A. WALLACE-HADRILL (ed.), *Patronage in Ancient Societies*, London. Routledge, 1989.

ERNOUT, A. - MEILLET, A., *Dictionnaire Etimologique de la Langue Latine, Histoire des Mots*, 3^a ed., Paris, C. Klincksieck, 1951.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, *Poder político y jurisprudência en la época tardo-clásica*, in J. PARICIO (org.), *Poder politico y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, pp. 107-122.

FINLEY, Moses, *Politics in the ancient world*, Cambridge, Cambridge University, 1984

FORSYTHE, Gary, *Critical history of early Rome*, Los Angeles, University of California, 2005.

FRIER, Bruce W., *The rise of the roman jurists – Studies in Cicero's Pro Caecina*, Princeton, Princeton University, 1985.

GALLO, Filippo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010.

_____, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

_____, *L'interpretazione del diritto è «affabulazione» ?*, Milano, LED, 2005.

_____, “*Princeps*” e “*ius praetorium*”, in *Rivista di Diritto Romano* 1 (2001), pp 01-19.

GAUDEMET, Jean, *Les institutions de l'antiquité*, 7^a ed., Paris, Montchrestien, 2002.

GIUFFRÈ, Vincenzo, *Giuristi e politica*, in F. MILAZZO (org.), *Ius Controversum e Auctoritas Principis – Giuristi Principe e Diritto nel Primo Impero – Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanístico ‘G. Boulvert’ – Copanell 11-13 giugno 1998*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 91-116.

GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 12^a., Napoli, Jovene, 2001.

_____, *Il “ius publice respondendi”*, in *RIDA* 2 (1949) p. 401 ss.

_____, *L'Esegesi delle fonti del Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 1982.

_____, *Storia del diritto romano*, 12^a ed., Napoli, Jovene, 2001.

GUIZZI, Francesco, *Potere e consenso nella “costituzione” augustea*, in J. PARICIO (org.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, pp. 31-38.

HORAK, Franz, *Etica della giurisprudenza*, in D. MANTOVANI (org.), *Per la Storia del Pensiero Giuridico Romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario di S. Marino, 7-9 Gennaio 1993*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 167 ss.

HORVAT, Marian, *Note in torno allo ius respondendi*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* 2, Napoli, Jovene, 1964, pp. 710-716.

HUMBERT, Michel, *Droit et religion dans la Rome antique*, in *Archives de Philosophie du Droit* 39 (1993), pp. 35-47.

IGLESIAS, Juan, *Las fuentes de derecho romano*, Madrid, Civitas, 1989.

JOHNSON, Michael Joseph, *The Pontifical Law of the Roman Republic*, Tese de Doutorado, State University of New Jersey, New Brunswick, New Jersey, 2007.

KASER, Max, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999.

KOSCHAKER, Paul, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955

KUNKEL, Wolfgang, *Das Wesen des ius respondendi*, in *SZ* 66 (1948) p. 423 ss.

_____, *Die Römischen Juristen – Herkunft und soziale Stellung*, Köln, Bohlau, 2001.

_____, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1970.

KURY, Marino, *Tratado das Leis. Introdução, tradução e notas*, Caxias do Sul, Educ, 2004.

KRÜGER, Paul, *Histoire des Sources du Droit Romain*, Paris, Thorin & Fils, 1894.

LANZA, Carlo, *Le orazione di M. T. Cicerone, vol. III*, Napoli, G. F. Paravicini, 1869.

LEÃO, D. F. , e FIALHO, M. C. , *Plutarco. Vidas Pararelas. Teseu e Rômulo*, Coimbra, CEHC, 2008.

LEVY-BRUHL, Henry, *Juge et prudent*, in *RHD* 40 (1962), pp. 5-28.

LIEBS, Detlef, *Vor den Richter Roms, Berühmte Prozesse der Antike*, München, C.H. Beck, 2007.

MACCORMACK, Geoffrey, *Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman law*, in *TR* 37 (1969), pp. 439-468.

MADEIRA, Hécio Maciel França, *História da advocacia – origens da profissão de advogado no direito romano*, São Paulo, RT, 2002.

MAGDELAİN, André, *Ius respondendi*, in *Ius imperium auctoritas - Études de droit romain*, Roma, École Française de Rome, 1990, pp. 103-152.

MANTELLLO, Antonio, *Sulla giurisprudenza del primo Principato*, in *LABEO* 43 (1997), pp. 110-127.

MANTOVANI, Dario, *Iuris scientia e honores. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.)*, in AA.VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, 1, Napoli, Jovene, 1997, pp. 617-680.

MCGINN, T. A. J., *Communication and the Capability Problem in Roman Law: Aulus Gellius as Iudex and the Jurists on Child-Custody*, in *RIDA* 57 (2010), pp. 265-298.

MICHELS, Agnes Keller, *The Calendar of the Roman Republic*, Princeton, Princeton University, 1967.

MOMMSEN, Theodor, *Droit Public Romain – Tome 1^{er}*, 2^a ed., Paris, Ernest Thorin, 1893.

_____, *Droit Public Romain*, vol. 5, Paris, Ernest Thorin, 1896.

_____, *Histoire Romaine - Tome I*, Paris, Librairie Franck, 1863.

MOMMSEN, Theodor, e KRÜGER, Paul, *Digesta Iustiniani Augusti*, vol. I, Berlim, Weimann, 1870.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, vol. II, 6^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

NICOSIA, Giovanni, *Iura condere*, disponível em <http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2005/articoli/9%20-%20%20Iura%20condere%20-%20PROF.%20NICOSIA.pdf>.

NOCERA, Guglielmo, *Iurisprudentia - Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni, 1973.

PARICIO, Javier, *El ius publice respondendi ex auctoritate principis*, in J. PARICIO, (org.), *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, Complutense, 1996, pp. 85-106.

_____, *Historia y fuentes de derecho romano*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1988.

_____, *Los juristas y el poder político en la antigua Roma*, 2ª ed., Granada, Comares, 1999.

POLETTI, Ronaldo, *Elementos de Direito Romano público e privado*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

PORTE, Danielle, *Les donneurs de sacré, Le prêtre à Rome*, Paris, Les Belles Lettres, 1989.

PRINGSHEIM, Fritz, *The Legal Policy and Refoms of Hadrian*, in *JRS* 24 (1934), pp. 141-153.

PROVERA, Giuseppe, *Ancora sul “ius publice respondendi”*, in *SDHI* 28 (1962), pp. 343-360.

_____, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, disponível eletronicamente em <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/proveravalore.pdf>, p. 3 (publicado originalmente na Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 7 (1982).

ROBLEDA, Olis, *Introduzione Introduzione allo Studio del Diritto Privato Romano*, 2ª ed., Roma, Università Gregoriana, 1979.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins, *Verba e Voluntas no direito romano e no Código Civil brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo* 11 (2005), pp. 85-95.

ROULAND, Norbert, *Roma, democracia impossível? Os agentes do poder na urbe romana*, Brasília, UNB, 1997.

SÁENZ, Alfonso Castro, *Cicerón y la jurisprudência romana: Un estudio de historia jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SAGE, E. T., *Livy. Books XXXI-XXXIV with an English Translation*, Cambridge, Harvard University, 1935.

SCARANO USSANI, Vincenzo, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, Giappichelli, 1997.

SCATOLIN, Adriano, *A invenção no Do orador de Cícero: Um estudo à luz de Ad familiares I,9,23*, Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHIAVONE, Aldo, *Anni difficili: Giuristi e principi nella crisi del primo secolo*, in A. DE VIVO, E. LO CASCIO (a cura di), *Seneca uomo politico e l'età di Claudio e di Nerone. Atti del Convegno internazionale (Capri 25-27 marzo 1999)*, Edipuglia, 2003.

_____, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, Giappichelli, 1994.

SCHILLER, A. Arthur, *Roman Law - Mechanisms of Development*, New York, Mouton, 1978.

SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1968.

_____, *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1990.

SEABRA, Antonio Luiz de, *Satyras e Epistolas de Quinto Horacio Flacco, volume I*, Porto, Cruz Coutinho, 1846.

SEGURADO E CAMPOS, J. A., *Cartas a Lucílio*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1991.

SIBER, Heinrich, *Der Ausgangspunkt des ius respondendi*, in SZ 61 (1941) p. 397-402.

TALAMANCA, Mario, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in BIDR 103–104 (2000–2001, publicado em 2009), pp. 483 ss.

_____, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.

_____, *Il diritto in Grecia*, in M. BREONE & M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma, Laterza, 1994.

_____, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1979.

TELLEGEN-COUPERUS, Olga, *The so-called consilium of the praetor and the development of roman law*, in TR 69 (2001), pp. 11-20.

_____, *Roman Law and Rethoric*, in *Revue belge de philologie et d'histoire* 84 fasc. 1 (2006), pp. 59-75.

TUORI, Kaius. *The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence*, in *RIDA* 51 (2004), pp. 295-337.

_____, *The Magic of Mancipatio*, in *RIDA* 55 (2008), pp. 499-521.

VACCA, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1989.

WALDE, A. – HOFMANN, J. B., *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch, Zweiter Band*, Heidelberg, Carl Winter – Universität, 1954.

WALLACE-HADRILL, Andrew, *Patronage in Roman Society: from republic to empire*, in A. WALLACE-HADRILL (ed.), *Patronage in Ancient Societies*, London. Routledge, 1989.

WATSON, Alan, *The development of the praetor's edict*, in *JRS* 60 (1970), pp. 105-119.

WIEACKER, Franz, *Respondere ex auctoritate principis*, in *Satura Feenstra*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1985, pp. 71-94

YOUNGE, C. D., *The Orations of Marcus Tullius Cicero*, London, Henry G. Bohn, 1856.

ÍNDICE DE AUTORES

- AGUDO RUIZ, 123, 260
- ALBANESE, 174, 178, 186, 188, 195, 198, 204, 206, 207, 208, 209, 239, 240, 242, 261
- AMIRANTE, 54, 56, 62, 64, 261
- BAUMAN, 89, 92, 101, 102, 103, 148, 176, 193, 196, 261
- BISCOTTI, 68, 71, 261
- BONA, 222, 223, 224, 230, 248, 249, 261
- BOUCHÉ-LECLERCQ, 19, 21, 22, 35, 70, 113, 114, 261
- BRAGA DA CRUZ, 75, 84, 88, 89, 106, 108, 112, 116, 117, 118, 121, 123, 124, 130, 159, 160, 167, 176, 177, 200, 201, 215, 216, 217, 219, 220, 224, 235, 251, 261
- BRENAN, 109, 261
- BRETONE, 77, 84, 108, 121, 123, 126, 142, 143, 156, 157, 160, 166, 167, 176, 177, 181, 195, 198, 204, 205, 206, 208, 209, 227, 228, 229, 230, 238, 250, 255, 257, 262, 269
- BRUTTI, 61, 151, 153, 176, 177, 188, 194, 195, 198, 210, 219, 240, 241, 262
- CANCELLI, 34, 40, 42, 43, 44, 46, 55, 57, 61, 63, 65, 66, 67, 69, 71, 112, 118, 124, 170, 171, 172, 186, 237, 243, 262
- CANNATA, 4, 9, 16, 39, 63, 67, 68, 69, 106, 112, 118, 119, 129, 142, 151, 155, 159, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 187, 192, 193, 195, 196, 198, 199, 201, 202, 212, 213, 217, 222, 224, 228, 230, 239, 240, 241, 262
- CAPOGROSSI COLOGNESI, 19, 89, 119, 222, 224, 243, 262
- Cavere, 117
- CERAMI, 200, 263
- CHAPOT, 122, 263
- COLACINO, 117, 118, 263
- DAUBE, 207, 208, 263
- DAVID, 71, 263
- DE VILLEFORE, 138
- DE VISSCHER, 154, 155, 174, 176, 178, 179, 180, 190, 195, 204, 206, 210, 213, 220, 238, 239, 263
- DRUMMOND, 47, 50, 263
- ERNOUT - MEILLET, 22
- FERNÁNDEZ BARREIRO, 237, 263
- FINLEY, 228, 263
- FORSYTHE, 42, 45, 263
- FRIER, 227, 232, 264
- GALLO, 91, 141, 160, 161, 210, 215, 216, 217, 218, 229, 236, 240, 242, 244, 245, 246, 251, 255, 264, 266
- GAUDEMET, 161, 162, 264

- GIUFFRÈ, 38, 61, 87, 112, 157, 262, 264, 269
- GUARINO, 4, 89, 127, 139, 146, 147, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 195, 198, 204, 210, 214, 215, 216, 217, 218, 236, 242, 264
- GUIZZI, 177, 264
- HORAK, 132, 144, 145, 148, 264
- HORVAT, 172, 174, 175, 176, 182, 184, 185, 193, 202, 208, 210, 238, 265
- HUMBERT, 9, 10, 12, 265
- IGLESIAS, 245, 250, 265
- JOHNSON, 14, 20, 23, 27, 29, 31, 32, 265
- KASER, 127, 265
- KOSCHAKER, 256, 265
- KRÜGER, 44, 112, 116, 118, 174, 265, 266
- KUNKEL, 63, 75, 86, 105, 108, 111, 112, 116, 123, 166, 167, 172, 174, 176, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 205, 207, 210, 212, 213, 220, 234, 235, 265
- KURY, 114, 265
- LEÃO E M. C. FIALHO, 47
- LEVY-BRUHL, 12, 165, 176, 177, 190, 236, 239, 240, 241, 242, 265
- LIEBS, 139, 265
- MACCORMACK, 12, 266
- MAGDELAIN, 154, 155, 158, 159, 176, 182, 183, 184, 185, 188, 189, 192, 193, 194, 198, 199, 200, 201, 202, 207, 210, 226, 227, 237, 266
- MANTELLLO, 193, 206, 266
- MANTOVANI, 91, 94, 95, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 132, 145, 228, 229, 230, 250, 264, 266
- MCGINN, 165, 266
- MICHELS, 49, 64, 65, 266
- MOMMSEN, 23, 109, 110, 111, 174, 175, 176, 193, 194, 195, 266
- MOREIRA ALVES, 35, 37, 146, 218, 266
- NICOSIA, 186, 187, 188, 237, 242, 267
- NISARD, 84, 139
- NOCERA, 36, 39, 50, 54, 55, 56, 57, 62, 267
- PARICIO, 18, 19, 62, 63, 68, 77, 86, 142, 152, 155, 161, 174, 176, 177, 181, 191, 194, 196, 197, 198, 200, 203, 204, 205, 206, 210, 236, 237, 240, 241, 242, 262, 263, 264, 267
- POLETTI, 184, 267
- PORTE, 10, 22, 29, 32, 267
- PRINGSHEIM, 160, 161, 267
- PROVERA, 176, 177, 189, 194, 206, 210, 236, 239, 240, 241, 243, 245, 246, 248, 251, 267
- ROBLEDA, 106, 112, 117, 176, 198, 201, 220, 242, 243, 267
- RODRIGUES, 233, 268
- ROULAND, 50, 93, 104, 268
- SAENZ, 63, 68, 70, 77, 80, 82, 83, 84, 89, 118, 122, 123, 131, 134, 141, 227

SAGE, 25, 268

SCARANO USSANI, 88, 268

SCHIAVONE, 11, 18, 19, 54, 75, 77, 152,
153, 154, 204, 268

SCHILLER, 108, 112, 116, 224, 227, 268

SCHULZ, 4, 17, 23, 25, 28, 39, 45, 60, 61,
62, 68, 75, 84, 87, 89, 106, 108, 112,
116, 117, 122, 123, 130, 131, 132, 133,
134, 142, 150, 151, 157, 158, 163, 164,
166, 173, 176, 177, 185, 188, 189, 193,
194, 202, 210, 213, 214, 218, 222, 227,
235, 240, 249, 250, 255, 268

SEABRA, 48, 268

SIBER, 173, 176, 180, 185, 269

TALAMANCA, 38, 39, 46, 61, 119, 125,
127, 128, 129, 130, 164, 176, 204, 222,
224, 227, 236, 240, 241, 242, 257, 262,
269

TELLEGEN-COUPERUS, 110, 147, 269

TUORI, 12, 170, 173, 175, 189, 193, 269

VACCA, 67, 68, 69, 269

WALDE - HOFMANN, 22

WALLACE-HADRILL, 47, 50, 263, 269

WATSON, 160, 269

YOUNGE, 138, 270

ÍNDICE DE FONTES

I) FONTES LITERÁRIAS

CAESAR

De bello civile

Caes. civ. 2,21 174

CÍCERO

I. Epistulae

Ad Atticum

Cic. Att. 1,1,1 83

Cic. Att. 4,2,3 34

Cic. Att. 6,1,8 58, 59, 63

Ad familiares

Cic. fam. 1,10 135

Cic. fam. 3,1,3 135

Cic. fam. 4,3,4 98, 99

Cic. fam. 7,12 135

Cic. fam. 7,16 135

Cic. fam. 7,21 105

Cic. fam. 7,6 113

Cic. fam. 9,18 83

Ad Quintum fratrem

Cic. ad Q. fr. 2,15,3 113

II. Rhetorica

Brutus

Cic. Brut. 20,78 79

Cic. Brut. 26,102 81

Cic. Brut. 26,98 80, 91

Cic. Brut. 30,113 81, 91

Cic. Brut. 30,114 81

Cic. Brut. 30,116 82

Cic. Brut. 30,117 82

Cic. Brut. 34,130 80

Cic. Brut. 39,145-40,149 82

Cic. Brut. 42,154 83, 122, 140

Cic. Brut. 42,155 90

Cic. Brut. 47,175 80

Cic. Brut. 53,197-198 228

Cic. Brut. 58,212 81

Cic. Brut. 76,264 82

Cic. Brut. 89,306 121

De inventione

Cic. inv. 2,66 90

De oratore

Cic. de orat. 1,10,39 81

Cic. de orat. 1,202 195

Cic. de orat. 1,36,166 108

- Cic. de orat. 1,37,168 108
- Cic. de orat. 1,37,170 80, 82
- Cic. de orat. 1,37,171 79, 94
- Cic. de orat. 1,38,175 229
- Cic. de orat. 1,39,180 227
- Cic. de orat. 1,40,181-184 227
- Cic. de orat. 1,41,186 57, 58
- Cic. de orat. 1,43,191 82
- Cic. de orat. 1,45,198 73, 88, 89, 93, 223
- Cic. de orat. 1,45,199 76
- Cic. de orat. 1,45,200 120
- Cic. de orat. 1,48,212 4, 105, 111
- Cic. de orat. 1,49, 216 76
- Cic. de orat. 1,49,217 76
- Cic. de orat. 1,53,227 82
- Cic. de orat. 1,53,227-228 79
- Cic. de orat. 1,53,228 82
- Cic. de orat. 1,55,235 73
- Cic. de orat. 1,56,236 116
- Cic. de orat. 1,56,237 111
- Cic. de orat. 1,56,238-239 227
- Cic. de orat. 1,56,239 105, 142, 217, 225
- Cic. De orat. 1,56,239 139
- Cic. de orat. 1,56,239-240 142
- Cic. de orat. 1,57,241 147, 222
- Cic. de orat. 1,57,241-242 147
- Cic. de orat. 1,57,242 227, 230
- Cic. de orat. 1,57,242-243 227
- Cic. de orat. 1,57,244 146, 228
- Cic. de orat. 1,57,245 230
- Cic. de orat. 1,58,246 111
- Cic. de orat. 1,58,252 106
- Cic. de orat. 1,59,252 72
- Cic. de orat. 1,59,253 72
- Cic. de orat. 1,9,38 81
- Cic. de orat. 2,12,52 _____ 18
- Cic. de orat. 2,27,116 106, 243
- Cic. de orat. 2,32,142 128
- Cic. de orat. 2,33,142 79
- Cic. de orat. 2,33,143 120
- Cic. De orat. 2,42,178 229
- Cic. de orat. 2,6,24 112
- Cic. de orat. 2,63,256 80
- Cic. de orat. 2,64,260 80
- Cic. de orat. 2,67,271 80
- Cic. de orat. 2,69,279 80
- Cic. de orat. 2,7,30 229
- Cic. de orat. 3,15,56 79
- Cic. de orat. 3,33,132-136 101
- Cic. de orat. 3,33,133 68, 78, 79, 80, 115, 119, 120, 132
- Cic. de orat. 3,33,133-135 78
- Cic. de orat. 3,33,135 79, 94
- Cic. de orat. 3,33,136 84

Orator

Cic. Orat. 34,120	84
Cic. orat. 41,142	122
Cic. orat. 42,143	121
Cic. orat. 42,144	122

Topica

Cic. top. 1,4	115
Cic. top. 12,50	123
Cic. top. 17,65	106, 107
Cic. top. 2,9	59
Cic. top. 5,28	216

III. Orationes

De domo sua

Cic. dom. 12,33	49
Cic. dom. 49,127	27
Cic. dom. 50,130	27
Cic. dom. 53,136	27, 33
Cic. dom. 53,137	33
Cic. dom. 54,139	79

De haruspicum responso

Cic. har. resp. 6,12	218
Cic. har. resp. 7,13	218

Cic. har. resp. 9,18	13
----------------------	----

Cic. har. resp. 9,19	24
----------------------	----

In Verrem

Cic. Verr. 2,4,9,20	174
---------------------	-----

Philippicae

Cic. Phil 9,15	180
Cic. Phil. 9,13	180

Post reditum in senatu

Cic. p. red.in sen. 6,13	_____	93
--------------------------	-------	----

Pro Balbo

Cic. Balb. 11,28	81
Cic. Balb. 20,45	81

Pro Caecina

Cic. Caec. 23,65	221
Cic. Caec. 24, 69	222
Cic. Caec. 24,67	221
Cic. Caec. 24,68	221
Cic. Caec. 25,70	222
Cic. Caec. 25,73	223
Cic. Caec. 27,78	133, 136, 139, 225
Cic. Caecin. 25,70	59

Pro Murena

Cic. Mur. 10,23	96
Cic. Mur. 11,24	96
Cic. Mur. 11,25	20, 48, 58, 65, 96
Cic. Mur. 12,27	138
Cic. Mur. 13,28-14,30	98
Cic. Mur. 4,9	133, 141
Cic. Mur. 9,1994, 98, 105, 113, 114, 134	
Cic. Mur. 9,2094	
Cic. Mur. 9,2194, 95, 120	
Cic. Mur. 9,2295, 113, 116, 133	

Pro Plancio

Cic. Planc. 62	99
----------------	----

Pro Quinctio

Cic. Quinct. 10,36	110
Cic. Quinct. 17,54	107
Cic. Quinct. 2,5	109
Cic. Quinct. 30,91	110

Pro Sexto Roscio Amerino

Cic. S. Rosc. 12,33	82
Cic. S. Rosc. 4,12	109

III. Philosophica

Cato Maior de Senectute

Cic. Cato 14,50	75, 88
Cic. Cato 9,2775, 216	

De legibus

Cic. leg. 1,3,10	75, 120
Cic. leg. 1,4,14	74, 111, 116, 129
Cic. leg. 1,4,3	121
Cic. leg. 1,5,17	74, 105, 111, 113, 116
Cic. leg. 2,12,30	7
Cic. leg. 2,19,48-49	38, 112
Cic. leg. 2,20,49	112
Cic. leg. 2,21,52-53	69
Cic. leg. 2,23,59	79, 120
Cic. leg. 2,8,20-21	13

De Natura Deorum

Cic. nat. 2, 8	24
Cic. nat. 3,30,74	215
Cic. nat. 3,5	13

De officiis

Cic. off. 2,13,47	225
Cic. off. 2,14,50	80
Cic. off. 2,19,65	74, 84, 92, 99, 194, 196
Cic. off. 2,65	116

Cic. off. 3,65 59

De re publica

Cic. re pub. 5,3 41

Cic. rep. 1,18,30 131, 136

Cic. rep. 3,17 225

Cic. rep. 5,3; 34

Laelius de Amicitia

Cic. Lael. 1,1 121, 122

Cic. Lael. 2,6 _79, 80, 88, 94

Cic. Lael. 5,18 79

Tusculanae Disputationes

Cic. Tusc. 5,38,112 120, 132

DIO CASSIUS

Historiae Romanae

Dio Cass. 48,44 28

Dio Cass. 66,19,3 204

CORNELIUS NEPOS

Cato

Nep. Cato 3,1 94

DIONYSIOS HALICARNASSENSIS

Antiquitates Romanae

Dion. Hal. ant. 2,73,2 15

Dion. Hal. ant. 10,1,2; 34

Dion. Hal. ant. 10,1,3-4 44

Dion. Hal. ant. 2,10,1 46

Dion. Hal. ant. 2,14,2 34

Dion. Hal. ant. 2,14,2; 34

Dion. Hal. ant. 2,73,1 7

Dion. Hal. ant. 3,45 22

Dion. Hal. ant. 4,25,2; 34

Dion. Hal. ant. 4,36,22; 34

Dion. Hal. ant. 5,31,11,68 22

GELLIUS

Noctes Atticae

Gell. 1,13,10 89

Gell. 13,10 160, 175

Gell. 13,12 150, 151

Gell. 13,12,1-2 150

Gell. 14,2 162, 163

Gell. 14,2,9 163

Gell. 5,17,1-2 31

Gell. 5,17,2 31

Gell. 5,19,5 37

Gell. 5,19,9 37

Historia Augusta

Hist. Aug. Hadr. 18 186

hist.. Aug., vita Pesc. Nigri 7,4 164

			Liv. 30,1,4-6	77
HORATIUS			Liv. 31,9,1	180
<i>Epistulae</i>			Liv. 31,9,5-7	26
Hor. epist. 2,1,103-107	47		Liv. 31,9,8-10	26
			Liv. 33,44,1-2	25
<i>Sermones</i>			Liv. 34,44,1-3	25
Hor. Serm. 2,3	123		Liv. 36,2,3-5	27
			Liv. 36,31,6	180
ISIDORUS			Liv. 39,40,4	80
<i>Etimologiae</i>			Liv. 39,40,5-6	93
Isid. Etym. 5,1,5	196		Liv. 39,5,7-10	32
Isid. Etym. 5,14	105		Liv. 5,20	28, 29
			Liv. 5,20,6-8	29
LIVIUS			Liv. 5,21,2	28
<i>Ab urbe condita</i>			Liv. 5,23,10-11	29
Liv. 1,20,5-7	14		Liv. 5,23,7-8	29
Liv. 1,33	22		Liv. 5,25,5	30
Liv. 1,40,5	34		Liv. 5,25,6	30
Liv. 10,7,5	62		Liv. 5,25,7	30
Liv. 10,8,4	63		Liv. 5,25,7-10	30
Liv. 10,8,5	63		Liv. 6,1,10	20
Liv. 22,10,1-6	25		Liv. 6,1,11-12	31
Liv. 22,9,11	25		Liv. 6,1,2	17
Liv. 22,9,7-10,1	24		Liv. 9,46,5	9, 40, 58, 59
Liv. 27,25,6-10	23			
Liv. 27,25,8-9	23		MACROBIUS	
Liv. 29,12,4	180		<i>Saturnalia</i>	

Macr. Sat. 1,15,21-22	36	PLUTARCUS	
Macr. Sat. 1,15,9-13	17	<i>Caius Gracchus</i>	
Macr. Sat. 1,16,21-27	31	Plut. C. Gracchus 17,5	146
Macr. Sat. 1,16,22	31		
Macr. Sat. 1,16,23	31	<i>Cicero</i>	
Macr. Sat. 1,16,24	31	Plut. Cic. 26	85
Macr. Sat. 3,2,15	21		
Macr. Sat. 7,13,13	125	<i>Numa</i>	
		Plut. Num. 9	16, 21, 22, 41
Ovidius		Plut. Num. 9,141	
<i>Ars amatoria</i>		Plut. Num. 9,416	
Ov. ars 1,79-84	120		
		Quaestiones romanae	
Paulus ex Festo 187 L	31	Plut. qu. R. 34	113
		Plut. qu. R. 50	36
PLAUTUS			
<i>Trinummus</i>		<i>Romulus</i>	
Plaut. Trin. 642	101	Plut. Rom. 13,5	47
PLINIUS IUNIOR		POLYBIUS	
Epistulae		<i>Historiae</i>	
Plin. Epist. 6,15,3	160, 175	Polyb. 31,23,10	101
PLINIUS SENIOR		QUINTILIANUS	
<i>Naturalis Historia</i>		<i>Institutiones Oratoriae</i>	
Plin. nat. 33,6,17	59	Quint. inst. 12,3,7	168
		Quint. inst. 12,2,9	94

Quint. inst. 12,3,1-3 161

Suet. Cal. 34 151, 200

SALUSTIUS

De grammaticis

De coniuratio Catilinae

Suet. gramm. 10,2 186

Sall. Cat. 11 174

Suet. gramm. 22 151

SENECA MINOR

Iulius

Apocolocyntosis

Suet. Iul. 44,2 196

Sen. apocol. 12,2 152

Sen. apocol. 12,3 152

De beneficiis

Suet. Ner. 32 156

Sen. benef. 5,19,8 245

Suet. Ner. 37 152, 186, 200

Suet. Ner. 37,1 186

Epistulae

Sen. epist. 94,27 245

Titus

Suet. Tit. 8,1 204

Servius

Ad Aeneidam

TACITUS

Serv. Aen. 8,654 17

Annales

Tac. ann. 1,10 28

Ad Georgicas

Tac. Ann. 16,9 152

Serv. georg. 1,31 35

Tac. ann. 16,7 200

Tac. Ann. 3,70 150

SUETONIUS

Tac. Ann. 3,75 150

Caligula

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia

Val. Max. 1,1,8	23
Val. Max. 2,5,2	9, 40, 58, 59
Val. Max. 6,2,12	116
Val. Max. 8,12,1	81
Val. Max. 8,2,2	138
Val. Max. 8,7,1	94
Val. Max. 9,3,2	99

VARRO

De lingua latina

Varro ling. 5,15,83	21
Varro ling. 6,27	17

De re rustica

Varro rust. 2,5,11 e 7,6	111
--------------------------	-----

VITRUVIUS

De architectura

Vitr. 1,1,10	157
--------------	-----

ZOSIMUS

Historia nova

Zos. hist. 4,36	21
-----------------	----

II. FONTES EPIGRÁFICAS*Corpus Inscriptionum Latinarum*

CIL X, 4919 (Venafrò)	156
CIL X, 8529 (Tarracina)	28

Inscriptiones Latinae Selectae

ILS 5513	174
ILS 8381	28

Res gestae divi Augusti

Res gestae 34	173
---------------	-----

III. FONTES JURÍDICAS**A) FONTES PRÉ-JUSTINIANÉIAS***Collatio*

Coll. 3,3,6	179
-------------	-----

Gai Institutiones

Gai 4,30	39
Gai 4. 26-28	241
Gai. 1,1	35, 211, 213, 240, 241
Gai. 1,101	240
Gai. 1,112	35
Gai. 1,115b	240
Gai. 1,119	211
Gai. 1,132	213

Gai. 1,135 240
 Gai. 1,165 240, 241
 Gai. 1,166 240, 241
 Gai. 1,2 216, 240
 Gai. 1,25 240
 Gai. 1,2-7 240
 Gai. 1,62 238
 Gai. 1,7 160, 167, 181, 183, 216,
 232
 Gai. 1,80-81 238
 Gai. 1,89 240
 Gai. 1,94 238
 Gai. 1,95-96 238
 Gai. 2,102 212, 240
 Gai. 2,102-103 240
 Gai. 2,154 240
 Gai. 2,218 200
 Gai. 2,221 238
 Gai. 2,24 213
 Gai. 2,253 158
 Gai. 2,280 238
 Gai. 2,29 213
 Gai. 2,33 213
 Gai. 2,44 240
 Gai. 3,149 240
 Gai. 3,16 240
 Gai. 3,160 240

Gai. 3,170 214
 Gai. 3,173 240
 Gai. 3,82 240, 241
 Gai. 4,11 39, 117
 Gai. 4,166 e 4,169 215
 Gai. 4,26-28 240
 Gai. 4,30 117, 183
 Gai. 4,4 240
 Gai. 1,55 238

Lex XII Tabularum

L. XII Tab. IV,2 213

Lex de imperio Vespasiani (2,7-9) 179

Vaticana Fragmenta

Vat. Fr. 235 238

Vat. Frag. 294,2 195

B) FONTES JUSTINIANÉIAS

Institutiones

Inst. 1,2,8 167, 184, 185, 236

Inst. 2,25pr 150, 164

Inst. 3,29,2 214

Digesta

D. 1,1,7	171, 216, 247	D. 12,1,40	164, 186
D. 1,1,7pr	216, 247	D. 12,1,40pr	186
D. 1,2,2,12	216, 247	D. 12,3,4pr	195
D. 1,2,2,13	3, 250	D. 14,6,11	158
D. 1,2,2,35	74, 154	D. 19,2,57	245
D. 1,2,2,35 e 50	154	D. 2,13,1pr.	115
D. 1,2,2,37	88, 120, 132	D. 20,2,9	186
D. 1,2,2,38	88	D. 20,5,12pr	209
D. 1,2,2,39	111	D. 21,1,56	161
D. 1,2,2,40	80	D. 21,2,69,3	240
D. 1,2,2,43	83, 84, 88, 122, 128	D. 22,1,3,3	163
D. 1,2,2,44	84, 86	D. 22,3,13	209
D. 1,2,2,45	149	D. 22,6,9,3	107
D. 1,2,2,47	150, 154	D. 23,4,2	163
D. 1,2,2,48	160, 167, 175	D. 24,3,66	144
D. 1,2,2,48-50	160, 167	D. 26,7,39,6	195
D. 1,2,2,49	125, 179, 200, 202	D. 27,1,46,2	238
D. 1,2,2,5	9, 59, 152, 200, 216, 250	D. 28,2,29pr	214
D. 1,2,2,51-52	152, 200	D. 28,5,49,2	238
D. 1,2,2,52	152	D. 28,5,75	240
D. 1,2,2,53	152	D. 28,6,331	214
D. 1,2,2,5-6	9	D. 28,6,39,2	106
D. 1,2,2,6	34	D. 28,6,39pr	114, 217
D. 1,2,27	56	D. 28,6,39pr.	114, 217
D. 1,3,32,1	241, 247	D. 29,2,97	164
D. 1,4,3	200	D. 3,1,1,3	109, 161, 175
D. 1,8,9,4	180	D. 3,5,34	161

D. 30,112,4 195
 D. 30,127 214, 240
 D. 31,29pr 163
 D. 31,47 161
 D. 31,48 161
 D. 31,83 161
 D. 31,88,17 156
 D. 33,10,7,2 244
 D. 33,7,16,1 106
 D. 34,2,39,1 245
 D. 34,3,31pr 161
 D. 35,1,92 179
 D. 37,14,17pr 164, 209
 D. 39,4,11,1 180
 D. 4,2,18 209
 D. 4,4,3,1 163
 D. 4,4,38pr 209
 D. 4,6,26,7 158
 D. 40,12,42 245
 D. 40,2,5 163, 245
 D. 40,9,20 195
 D. 41,1,63,4 180
 D. 41,3,2 62
 D. 42,1,41pr 161
 D. 42,1,45,1 180
 D. 44,1,1 115
 D. 44,4,4,33 158

D. 48,16,1,4 195
 D. 48,18,1,27 238
 D. 48,19,27pr 180
 D. 48,19,9,11 180
 D. 49,14,50 164
 D. 49,3,3 179
 D. 5,3,50,1 179
 D. 50,1,15pr 195
 D. 50,13,1,4-587
 D. 50,16,125 161
 D. 50,16,39pr 177
 D. 50,17,191 200
 D. 50,8,6pr 180
 D. 7,1,68 240
 D. 8,5,6,2 240
 D. 9,2,57 245
 D.1,2,2,35 67
 D.1,2,2,38 67

Codex

C. 1,14,12,3 184

Const. Deo auctore 4, _____ 181, 184