

A teoria da *respublica* (fundada sobre a “sociedade” e não sobre a “pessoa jurídica”) no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (*Digesto* 1.2-4)¹

Giovanni Lobrano²

Resumo: O presente artigo busca reconstruir, de modo incipiente, a Teoria da República do CJC do imperador Justiniano, demonstrando que não houve uma ruptura na passagem da República ao Império, como comumente supõe a doutrina romanista. Além disso, o autor acredita poder encontrar, no modelo republicano da antiga Roma, que persistiu durante o Império, elementos que possam auxiliar na superação do impasse em que atualmente se encontram as nossas repúblicas representativas.

Palavras-chave: República romana. *Corpus juris civilis*. Direito público romano

Abstract: This article aims to rebuild so low, the Theory of the Republic of CJC emperor Justinian, demonstrating that there was a break in the transition from Republic to Empire, as commonly supposed to romanist doctrine. Furthermore, the author believes finding the republican model of ancient Rome, which persisted during The Empire, elements that can help overcome the impasse that currently are in our representative republic.

Keywords: Roman republic. *Corpus juris civilis*. Public roman law

Introdução

Meu texto exercita uma – primeira – reconstrução da ‘teoria da república’ no *Corpus Juris Civilis* do imperador Justiniano.

Específico «primeira», porque, se ninguém pode negar a evidência de uma ‘teoria da república’ em Cícero,³ a doutrina romanista corrente

¹ O presente texto apresenta alguns símbolos gráficos não usuais em língua portuguesa que, no entanto, foram mantidos em respeito ao estilo do autor. Tradução do original em francês de Argemiro Cardoso Moreira Martins. Revisão de Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori.

² Professor de Direito Romano da Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Sassari (Itália). *E-mail*: lobrano@uniss.it

³ Tendo em conta o fato de que já tratei desta teoria, vou me limitar aqui a evocar sinteticamente o resultado de minhas reflexões passadas sobre o tema (ver §§ II.1-3, as notas 2-22 e a «Nota bibliográfica»).

não reconhece a possibilidade de tal teoria no *CJC*, por duas razões/postulados (ambos falsos e que começam a se revelar como tais), a saber: **a)** a oposição substancial entre república e império; e **b)** a matéria essencialmente privada do *CJC*.⁴

Antes de empreender a reconstrução da teoria da república junto aos Romanos, parece-me, todavia útil «centrar o foco» (ainda que de modo incidental) sobre o estado atual da «questão republicana», através de algumas observações rápidas em torno da relação entre as noções de «pessoa» e de «sociedade».

1 As repúblicas segundo Kant

1.1 A oposição entre a «verdadeira» república «representativa» dos Modernos e a «alegada» república «democrática» dos Antigos

Minhas observações tiveram, como ponto de partida, a formulação de Emmanuel Kant para o tema da república em seu famoso tratado «sobre a paz» (*Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*) escrito em 1795, no alvorecer da época contemporânea.

Kant considera a república não somente algo importante, mas absolutamente necessário para atender ao objetivo fundamental da paz durável entre os homens.

Ele especifica, portanto, que não há *somente um*, mas *dois* tipos de república, antagônicos e incompatíveis entre si.

A oposição vislumbrada por Kant se apoia sobre: **a)** a república «verdadeira» dos Modernos, cuja característica é ser «representativa» (e,

⁴ G. LOBRANO, “Del Defensor del Pueblo al Tribuno de la Plebe: Regreso al futuro. Un primer bosquejo de interpretación histórico-sistemática. Con atención particular al enfoque bolivariano” em P.P. ONIDA, E. VALDÉS LOBÁN, coordenadores y compiladores, II Seminario en el Caribe – Derecho Romano y Latinidad [La Habana-Cuba, 12 al 14 de febrero de 2004 – ‘Patria es Humanidad’, José Martí] editado por Facoltà di Giurisprudenza della Università di Sassari, Italia – Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México – Universidad de Pinar del Río, Cuba, Sassari 2007, 313 s.

portanto, não democrática); e **b**) a alegada república (=«*so genante*») dos Antigos, cuja característica é ser, ao contrário, «democrática» (e, assim, não representativa).

Como pano de fundo dessa oposição, encontramos o contraste entre instituição da pessoa jurídica e instituição do contrato de sociedade, e também entre dois tipos de «pessoa»: a «pessoa jurídica» Leviatã-Estado; e as «pessoas físicas» (os homens), «todos os cidadãos» que, por meio do contrato de sociedade, constituem o povo.

1.2 O fundamento da república representativa (o *pactum unionis* [com efeito de *pactum subiectionis*] constitutivo da pessoa jurídica Leviatã-Estado) e o fundamento da república democrática (o contrato de sociedade constitutivo do povo de cidadãos)

A partir da contribuição de um jurista italiano do século XIII (Sinibaldo de' Fieschi, sagrado Papa sob o nome de Inocêncio IV [†1254]), a ideia de representação da vontade se funda sobre a ideia de «*persona ficta*» (segundo a fórmula «*collegium in causa universitatis fingatur una persona*» [Super libros quinque Decretalium commentaria, Frankfurt am Main, 1570, c.57 X.2.20] que, através de Belleperche, Bartolo di Sassoferrato e Giovanni d'Andrea, torna-se a «*persona ficta vel repraesentata*»). Essa ideia, avançada em seu contexto pelas exigências do direito canônico, é, todavia, desenvolvida de modo anormal no contexto do direito parlamentar inglês, que estava iniciando à época,⁵ por exigências totalmente diferentes, em razão da natureza aristocrática. A «*persona ficta vel repraesentata*» dos canonistas tornar-se-á assim a «*persona artificialis*» do Leviatã de Hobbes e, enfim, a «pessoa jurídica» ou «moral» do Estado de Hegel.

Quanto ao fundamento societário da «república democrática», é o próprio Cícero que o afirma em seu tratado «sobre a república»: *res publica id est res populi, populus autem non omnis hominum coetus*

⁵ G. LOBRANO, *Res publica res populi. La formazione della legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, 148 ss.

quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus [rep. 1.25.39].

Antes de considerar os desenvolvimentos – contemporâneos e atuais – da oposição entre as repúblicas formulada por Kant, é necessário fazer uma digressão, mesmo rápida, sobre a oposição de fundo/fundamental entre a «pessoa jurídica» e o «contrato de sociedade».

O que está em questão, na minha opinião, são dois meios complexos («inventados» em épocas diferentes e por culturas jurídicas distintas) destinados a resolver o mesmo problema: o problema maior da consideração e do regime jurídico *unitário* da atividade de uma *pluralidade* de pessoas.⁶

O ‘meio’ da «pessoa jurídica» (como Kant – mas não somente ele! – nos ensina ou relembra) é – precisamente – a solução não (ou anti-) democrática do problema, enquanto, por ‘meio’ do contrato social, está a solução democrática (isto é, o meio principal pelo qual os Romanos [ver *infra*, § 3.3] chegam a controlar, canalizar e impor, de modo estável, a ‘energia’ democrática).

No âmbito do direito público, a pessoa jurídica (medieval-moderna: o Leviatã – Estado) substitui o povo dos cidadãos, ora na titularidade, ora no exercício (confiado aos representantes – necessários – da mesma pessoa jurídica) do direito/poder de expressar a vontade ‘pública’; sempre de forma contrária, o contrato de sociedade (antigo e retomado à época moderna por Althusius e Rousseau) permite a/‘obriga’ todos os cidadãos membros da sociedade-povo a se engajar pessoalmente no exercício do direito/poder ‘soberano’ de definir e perseguir a «utilidade comum».⁷

⁶ G. LOBRANO, “Dell’*homo artificialis* – *deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi” em A. LOIODICE – M. VARI, aos cuidados de, *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, Roma 2003, 168 ss.

⁷ Sobre a oposição entre os dois modelos constitucionais: G. LOBRANO, “Modello romano’ e ‘costituzionalismo latino” em *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2007, n.2. [= Potere negativo e costituzioni bolivariane] 222 ss.

1.3 Da crise (letal) da república representativa dos Modernos (com sua contradição fundamental) à oportunidade de superá-la pela república democrática dos Antigos

A república representativa, preferida por Kant, impôs-se amplamente ao longo de toda a época contemporânea, a ponto de ocasionar um verdadeiro esquecimento científico (um tipo de «*damnatio memoriae*» duplamente «científica»: pela matéria e pela determinação dos autores) da república democrática.

Mas, ao longo dos últimos anos, a república (isto é: a república representativa dos Modernos) entrou em uma crise letal, que atingiu seu elemento constitutivo e característico, a instituição da representação política, e seu fundamento, a pessoa jurídica-Estado.

Estamos, desse modo, diante (esta é a situação atual) de um impasse grave que consiste em continuar declarando, à maneira de Kant, a necessidade da república (penso, de modo exemplar, na ‘declaração’ pela qual essa exigência está formulada na Constituição italiana em seu princípio e em seu final [art. 1º. e art. 139]), mas, ao mesmo tempo (esta é a novidade), não se sabe o que ela é.⁸

Afortunadamente, ao mesmo tempo, assistiu-se e se assiste sempre a um verdadeiro ‘ressurgimento’ da república democrática dos Antigos, a qual vem, assim, ao nosso socorro e nos permite sair do impasse diante do qual nos encontramos.

Este ressurgimento conhece um grande número de sintomas mais ou menos evidentes; eu me limitarei aqui a mencioná-los: a nova importância política das municipalidades (as ‘comunas’ medievais-modernas, que provêm dos *municipia* romanos);⁹ a difusão do instituto de defesa do povo (o «ombudsman»), pelo qual se fala de reproposição do tribunato

⁸ G. LOBRANO, “Dottrine della ‘inesistenza’ della costituzione e “modello” del diritto pubblico romano” em L. LABRUNA, aos cuidados de Maria Pia BACCARI-C. CASCIONE, *Tradizione romanistica e Costituzione*, I [= “Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana”] Napoli 2006, 321 ss., em particular 341 s.

⁹ G. LOBRANO, “Città, municipi, cabildos” em *Roma e America. Diritto romano comune*, nº 18, 2004 [mas publicado em 2005] 173, e em S. SCHIPANI, aos cuidados de, Mundus novus. *America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma 2005, 173 [= Atti

romano);¹⁰ a aparição de correntes científico-políticas, *ligadas entre si*, do «republicanismo» (que retomam a linha de pensamento de Maquiavel e de Rousseau); e a «democracia deliberativa» (que se opõe e busca ultrapassar a fórmula ‘republicana’ corrente do «votar e pagar» como síntese contemporânea dos poderes-deveres dos «cidadãos» para retornar ao modelo antigo da «cidade democrática»). A tudo isso, é necessário juntar a redescoberta (ao menos dentro do domínio da tutela eficaz do meio natural [o ambiente]) do Estado-comunidade «concreto» de «todos os cidadãos» contra o poder exorbitante do Estado-pessoa jurídica com o aparato que lhe representa.¹¹

Resta-nos o problema grave de haver esquecido/perdido o conhecimento científico (a teoria jurídica) da república democrática e, assim, a capacidade de interpretar, de modo sistemático, esses ‘sintomas’. Trata-se, todavia, de um problema cuja solução é – em princípio – fácil. «*Si on peut la voir où elle est, si on l’a trouvée, pourquoi la chercher?*».¹² Falta ‘pura e simplesmente’ estudar os textos em que ela se encontra, a saber, na obra do cônsul (bem como advogado e sacerdote [augure]) Cícero (particularmente os textos ‘constitucionais’ da República, das Leis e dos Deveres), mas também o *CJC* do Imperador Justiniano (a começar pelos primeiros títulos do livro primeiro do *Digesto*).

Na realidade, o livro primeiro do *Digesto* (530-533 d.C.) de Justiniano (após a grande ‘abertura’ do título I, *De iustitia et iure*, que compreende, dentro de uma visão unitária da justiça e do direito, as coisas divinas, as coisas humanas e todas os seres animados), dentro dos títulos II, *De origine iuris et omnium magistratum et successione*

Congresso internazionale, Roma 26–29 novembre 2003] (citação de Th. MOMMSEN, *Le droit public romain*, tr. fr. di F. Girard, Paris 1889, VI.II, 417 s.).

¹⁰ G. LOBRANO, *Res publica res populi*, cit. 250 nt. 25.

¹¹ G. LOBRANO, *Dottrine della ‘inesistenza’ della costituzione e “modello” del diritto pubblico romano*” cit. 352 ss.

¹² N.T. A frase é de Montesquieu, ver “O espírito das leis”, Livro XI, Cap. V. Na tradução em língua portuguesa: «Se essa pode ser vista onde se acha, se já foi encontrada, por que procurá-la?» MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et de. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 148).

prudentium, III, *De legibus senatusconsultis et longa consuetudine* e IV, *De constitutionibus principis*, expõe (o que podemos denominar) a ‘teoria da república’.

Desculpo-me, se minhas exigências *subjetivas* conduzem-me a compreender de modo gradual e, dessa feita, ‘fazer compreender’ da mesma maneira os ‘tratados’ antigos «*de re publica*» e, portanto, obrigam-me a selecionar certos «fragmentos», a descontextualizá-los e a reordená-los em um desenvolvimento que, de qualquer sorte, é necessariamente novo e – de modo evidente – não aperfeiçoa *objetivamente* a lógica do *Digesto*, a qual permanece nosso objetivo final.

2 Cícero: da democracia à república

2.1 A teoria da república na *De re publica*

Encontramos – isso é evidente – uma teoria da república nas obras de Cícero, porque, de uma parte, este autor redige um tratado específico, *De re publica*, em uma época da história ‘republicana’ no sentido estrito e corrente do termo (54-51 a.C.), e de outra, porque – a razão é menos evidente, mas não menos importante – esta época constitui um momento ‘forte’ da história republicana. É o momento da grande crise republicana, provocada pela extensão extraordinária/repentina (e não desejável, até mesmo ‘combatida’ pelos Romanos: *bellum sociale*, 90-89 a.C.) de (sua) república, *grosso modo* dos confins do *Latium* aos da Itália.¹³

A crise do primeiro século a.C., que compromete gravemente o funcionamento das instituições republicanas ‘calibradas’ para uma dimensão territorial ainda compatível com a coincidência (de tipo grego) da *respublica* romana com a cidade [a *urbs*] de Roma, obriga os Romanos, em geral, e a Cícero, em particular, a uma reflexão ‘febril’ sobre os elementos *essenciais* da *respublica*, com uma maturação ‘acelerada’ da teoria da *respublica*, em função de sua projeção em uma nova dimensão mais vasta, cuja solução a ‘velha’ República obterá pela

¹³ G. LOBRANO, *Res publica res populi*, cit., 134 s.; cf. “Città, municipi, cabildos”, cit. 172.

inserção do instituto do Principado – certamente – mas graças, sobretudo, ao desenvolvimento de sua instituição municipal.¹⁴

A reflexão de Cícero é, entretanto, precedida pela elaboração, já então ‘antiga’, da *sophía politiké* grega e da ciência jurídica romana.

2.2 O caráter genial da «descoberta» política grega da democracia

Como relembra o próprio *Digesto*, a propósito da redação da «lei das XII tábuas» (*D.1.2.2. [Pomp.] 4: cit., infra, § 4.4*), a *sophía politiké* grega contribuiu para a construção da república.

O elemento essencial da contribuição grega reside na ‘descoberta’ revolucionária e na experiência extraordinária da *politeia* democrática (quer dizer, a descoberta e a experiência da não necessidade, ou melhor, da inutilidade e, até mesmo, da nocividade dos ‘chefes’), cujo tempo (a reforma timocrática de Clístenes, que prepara o advento da democracia pericleana, datada de 507 a.C.) coincide, de modo significativo, com o tempo no qual os analistas afirmam o advento da república em Roma (509 a.C.). É precisamente durante o período da tomada de consciência ‘cultural’ da democracia (Ésquilo, *As suplicantes* [463 a.C.] versos 604 e 609: *démou kratousa kheir* [= a mão poderosa do povo]) e da predominância do partido democrático (guiado por Péricles, 461-429 a.C.) que Atenas atinge o apogeu de seu poderio econômico, militar e político e de sua influência científica e artística.

Contudo, a democracia é, em si mesma, uma entidade ‘bruta’ que libera uma energia dissolvente. A história muda de modo irreversível com a descoberta desta fonte extraordinária de energia, mas a tecnologia que permite a sua utilização coloca um problema: o excesso – potencial – de força constitui também a sua fragilidade. A experiência, não mais que a ciência política grega (com as elaborações complexas da *Politeia* de Platão de 390 a.C. e da *Politica* de Aristóteles, redigida entre 335 e 322 a.C.), não chega a dominar o poder explosivo da «*démou kratía*». Assim, amedrontadas, tais elaborações terminam por afastá-la. O próprio ponto de chegada da elaboração política grega, a teoria da *politeia mixté*, não se concretiza na Grécia, além do ‘mito’ espartano de Licurgo.

¹⁴ G. LOBRANO, “Città, municipi, cabildos”, loc. cit.

Políbios (nas *Histórias*, redigidas entre 168 e 120 a.C.) acredita encontrá-la, sobretudo, na *respublica* romana.¹⁵

2.3 O caráter complexo da «invenção» jurídica romana da república (através do paradigma do contrato de sociedade)

De fato, entre a doutrina e a experiência políticas gregas e a doutrina e a experiência jurídicas romanas, há tanto elementos de continuidade como de ruptura, em que a relação entre a “democracia” e a “república” é a síntese.

Em uma perspectiva estritamente dogmática, o ponto crítico de transição é a continuidade/ruptura entre *koinonía* e *societas* e, notadamente, entre *koinonía politiké* e *societas civilis*.

Essa transição é feita pela ciência jurídico-romana, por meio da genial “invenção” da “tecnologia” societária. Os *universi cives* de Gaius e de Justiniano (Gai.1.3 e Just. Inst. 1.2.4: *populi appellatione universi cives significantur*) constituem o *populus* ‘dominus’ da *respublica* (e ao qual os magistrados devem obediência: «*populus in sua potestate*» [Liv. 9.9.4; Varr. *ling.* 9.1.6] e «*magistratus in potestate populi*» [Cic. *orat.* 2.167])¹⁶ porque eles estão organizados em sociedade: Cic. *rep.* 1.25.39 [cit., *supra*, § 2.2].

Esta é a passagem (para qual contribuíram fortemente os juristas do segundo e do primeiro séculos a.C.) da titularidade e da utilização de todo o patrimônio comum por cada membro da comunidade (salvo o veto de algum), típica do *consortium* arcaico (a ordem ‘democrática’ que substitui a ordem ‘monárquica’ da *familia*), a *societas*, caracterizada pela titularidade por quotas-partes ideais deste patrimônio comum por cada membro da comunidade e, portanto, a utilização do próprio patrimônio por um ou muitos *magister/magistri* (administrador[es]), delegado[s] pelos

¹⁵ Outra experiência similar é a cartaginesa: *Histórias*, VI.11.18; cf. P. CATALANO, “La divisione del potere in Roma repubblicana” em P. CATALANO – G. LOBRANO, *Il problema del potere in Roma repubblicana*, Sassari 1974, 9 ss. e [com o título “La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)”] em *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, VI, Torino 1974, 667-691).

¹⁶ G. LOBRANO, *Res publica res populi*, cit., 123 ss.

membros da comunidade, que se reúnem em assembleia, e auxiliado[s] por um colegiado de «defensores»:

D. 3.4.1. [Gai.]1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat; cf. D.50.4.18. [Aur. Arc. Ch.] 13: Defensores quoque, quos Graeci syndicos appellant, et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris agrediuntur (ver também: D. 3.4.1.[Gai.]2; D. 3.4.6.[Paul.]1; D. 43.24.5.[Ulp.]10; D. 50.4.1.[Hermog.]2; C. 1.3.17.1; C. 12.35.18.2; C. 12.35.18.2a; CT. 16.2.42.2).

Este paradigma complexo da *societas* é, no âmbito do direito público, o paradigma igualmente complexo da *respublica* («*ad exemplum rei publicae*», «*tamquam in re publica*» escreve Gaius). Com efeito, após Cicero, os Romanos (em relação aos Gregos) desdobraram o nível institucional em ‘soberania’ («*maiestas*») [ver, por exemplo, *pro Sest.* 38.43]), que é própria do povo, e «governo», que está confiado aos magistrados. Entre os dois, os Romanos inseriram um elemento de garantia, os tribunos da plebe: «*Tum et ipse populus Romanus sibi tribunos plebis quasi proprios iudices et defensores [!] creavit per quos contra senatus et consules tutus esse potest*» (Eutrópio, secretário do Imperador Valente, *Breviarium ab urbe condita* 1.11).¹⁷

Isso demonstra uma relação de reciprocidade entre as instituições de direito privado e as instituições de direito público no interior de um sistema jurídico único.

A cidade ‘máquina societária’ por excelência (*quid est enim civitas nisi societas?* [Cic. *rep.* 1.32.49; cfr. 6.13.13]) e «constitutiva» do povo (*civitas, quae est constitutio populi* [Cic. *rep.* 1.41]) é a articulação central de uma cadeia societária que vai da união conjugal à humanidade:

Gradus autem plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, prior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime

¹⁷ G. LOBRANO, “Del Defensor del Pueblo al Tribuno de la Plebe” cit. 294.

homines coniunguntur. Interius etiam est eiusdem esse civitatis; multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum; ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur. [54] Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae (Cic. off. 1.17.53 s.).¹⁸

Cícero reconhece, na estrutura sociétária da *respublica*, a diferença de fundo que existe entre ela e o *regnum*-tirania (*rep.* 1.32.49 *ut ait Ennius* [239 – 169 a.C.], «*nulla [regni] sancta societas nec fides est*»; *off.* 1.8.26 *Quod enim est apud Ennium*, «*Nulla sancta societas, nec fides regni est*», *id latius patet*; ver também *rep.* 2.27.49

[...] tyranni; nam hoc nomen Graeci regis iniusti esse voluerunt; nostri quidem omnes reges vocitaverunt, qui soli in populos perpetuam potestatem haberent; rep. 3.31.43 *ergo illam rem populi, id est rem publicam, quis diceret tum dum crudelitate unius oppressi essent universi, neque esset unum vinculum iuris nec consensus ac societas coetus, quod est populus? [...] ubi tyrannus est, ibi [...] dicendum est plane nullam esse rem publicam).*

Ainda Cícero reconhece, por consequência, no tribunato, o elemento que aperfeiçoa a transição do *regnum* a *respublica*: *leg.* 3,15 s.

nomen tantum videbitur regis repudiatum, res manebit, si unus omnibus reliquis magistratibus imperabit. Quare nec ephori Lacedaemone sine causa a Theopompo oppositi regibus, nec apud nos consulibus tribuni.

O que dá à república o seu caráter específico de sociedade em relação à democracia é (ao mesmo tempo e de maneira indissociável): ora a exaltação do próprio povo (tornado o ‘mestre’ *necessário* de ‘sua’

¹⁸ G. LOBRANO, “Città, municipi, cabildos”, cit. 178.

ordem, a «coisa pública») e do poder do povo (*caracterizado*, todavia, como leis, isto é, exclusivamente como «comando geral» [Cícero, *rep.* 1.26 s., condena o regime em que *omnia per populum reguntur* e, *pro Flacco* 7.16, lamenta que *Graecorum totae res publicae sedentis contionibus temeritate administrantur*;¹⁹ ver, *infra*, §4.5]), ora a exigência de uma «conduta» correta do poder popular, capaz de conter os excessos potenciais: Cic. *leg.* 3.10.23:

«Nimia potestas est tribunorum plebis». Quis negat? Sed vis populi multo saevior multoque vehementior, quae ducem quod habet interdum lenior est quam si nullus haberet. Dux enim suo <se> periculo progredi cogitat, impetus populi rationem non habet.

Sublinhamos a sofisticação do espírito jurídico romano que encontra – de modo aparentemente paradoxal – na instituição «sediciosa» do tribunato (Cic. *leg.* 3.8.19 [*potestas*] *in seditione et ad seditionem nata*)²⁰ a ferramenta que permite canalizar a força popular.

3 A república segundo Justiniano

3.1 A teoria da república no CJC

A *respublica* (e não somente seu nome [para o emprego da expressão «*res publica*» ver D.1.2.2. [Pomp.] 2 e 9; cf. o livro 11, título 30 do *Código* de Justiniano «*De iure rei publicae*»]) sobrevive à crise ocorrida durante o século primeiro a.C. e que é, justamente, uma crise de crescimento societário (o «*bellum sociale*», a guerra com os «*associados*» itálicos para o aperfeiçoamento da *societas*) e contribuiu para tomada de consciência pelos Romanos da própria essência de sua república. A teoria da república torna-se uma *parte constitutiva* do grande ‘Livro do Direito’, o *Corpus Juris Civilis* do Imperador Justiniano, fonte de referência contínua da Idade Média até o século XVIII e, ainda até nossos dias.

¹⁹ G. LOBRANO, *Res publica res populi*, cit., 122 s.

²⁰ G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., 196 ss., em particular: 199.

Segundo minha tese ('tese', não 'hipótese', ainda que formulada no nível de um esboço), os primeiros títulos do primeiro livro do *Digesto*, em particular, contêm uma verdadeira teoria 'do direito e do Estado' (deste último sobretudo nos títulos II-IV) e este 'Estado' é a «república».

O reexame da teoria da república segundo o Direito romano (como encontramos – notadamente, mas não somente – nos títulos II-IV do livro primeiro do *Digesto*) tanto como obra jurídica, no sentido estrito do termo, quanto como obra de um *imperador* do século VI, é (ou deve ser), em particular, interessante pelas mesmas razões pelas quais ela nos é substancialmente desconhecida (ver, *supra*, o parágrafo introdutório).

Tentarei, nesse momento, uma leitura dessa teoria, indicando *certos* elementos constitutivos, nos quais reaparecem aqueles elementos que Cícero tinha anteriormente posto em evidência, destacando *alguns* outros suscetíveis de integrar os dados ciceronianos.

Esta teoria pode ser articulada, de modo simplificado, em alguns pontos principais:

- a) na ligação entre direito e república (*D.1.2, De origine iuris etc.*);
- b) no «princípio» de todo o discurso sobre o direito (e a república), situado na *urbs civitas*;
- c) na estrutura ternária, do mesmo 'discurso', composta **α**) de um sujeito principal, o povo e seu poder de «comandar a lei», **β**) em dialética com os magistrados e seu poder, a «administração» e **γ**) com a ajuda dos juristas e sua capacidade científica de 'sistematização' («*in unum componere*»);
- d) na oposição absoluta ao reino, em referência à qual são mencionadas a insurgência da dialética *plebs – patres* e a criação por secessão (*D.1.2.2. [Pomp.] 20, cit., infra, § 4.4; cf. 8 deinde evenit, ut plebs in discordiam cum patribus perveniret et secederet sibique iura constitueret* et Cic. *leg. 3.8.19, cit., supra, § 3.3*) da magistratura tribunícia (que – talvez – vislumbramos graças à 'lupa' de Cícero);
- e) naquilo (aquilo) que chamo de «problemas» de 'coabitação' – produzida pela necessidade histórica – do poder do povo com o poder do imperador-príncipe e suas soluções.

Trata-se de uma teoria estritamente unitária do direito e da república:

- a) enraizada na cidade;
- b) estruturada nas teorias do povo e da lei, da magistratura e do governo, dos juristas e da jurisprudência;
- c) tudo oposto ao reino, mas não ao império;
- d) sem esquecer o tribunato, porque, se é necessário reconhecer que este último não tem no primeiro livro do *Digesto* o mesmo espaço concedido aos três outros elementos (povo, magistrados e juristas), é essencial também lembrar que, sempre no *CJC*, o título LV do livro primeiro do *Código* é dedicado aos «*defensores civitatum*».

Meu esboço não dá conta, evidentemente, de toda a ‘teoria (do direito e) da república’ do *CJC* (deixo de lado, por exemplo, as questões tipicamente republicanas da ‘laicidade’²¹ e da relação ‘*bellum-pax*’),²² mas ele constitui, acredito, uma articulação já significativa.

3.2 O principium cuiusque rei (para evidentiore intellectum): initia urbis e civitatis e origo iuris (com o desenvolvimento da auctio civitatis e populi)

O ponto de partida da primeira passagem do Título II do Livro primeiro do *Digesto* (*De origine iuris*; cf. D.1.2.2 [Pomp.] pr. *Iuris originem atque processum*) é pôr em evidência o valor, «para cada coisa», do «*principium*» – tanto do ponto de vista objetivo dos elementos

²¹ G. LOBRANO, “Qualche idea, dal punto di vista del Diritto romano, su origine e prospettive del principio di laicità” em *Argomenti 2000* [revista eletrônica] Setembro 2007 [publicação da conferência “*Le origini storiche del principio di laicità. La laicità degli antichi e la laicità dei moderni*” em “Convegno internazionale di studi” sobre “Laicità ed eticità dell’azione pubblica. Libertà della persona e sfera pubblica” organizado em Bari, 5–6 dezembro, 2005, pelo “Dipartimento Giuridico delle istituzioni, Amministrazione e libertà – Università degli Studi di Bari”].

²² G. LOBRANO, “Guerra-pace e ‘forma di Stato’. Appunti di Diritto romano” em Maria Pia BACCARI, aos cuidados de, *I Quaderni dell’«Archivio giuridico». Fondamenti del diritto europeo. Lezioni, 1. Per i 140 anni dell’Archivio giuridico*, Modena 2008, 105-127.

constitutivos desta «coisa» quanto do ponto de vista subjetivo daquele que deve interpretar esta «coisa»: D.1.2.1 [Gai.] *certe cuiusque rei potissima pars principium est [...] praefationes [...] evidentiolem praestant intellectum.*

Este *principium* (com uma coincidência e uma complementariedade que se tornam desconcertantes, caso não signifiquem uma doutrina fundamental do pensamento e da experiência jurídicas romanas, desde uma época muito longínqua até a compilação justinianeia) é situado, tanto pelo fragmento de Gaius quanto pelo de Pomponius, na Cidade (o «começo da Cidade») onde ambos os elementos constitutivos são evocados: *urbs* e *civitas*: D.1.2.1 [Gai.] *ab Urbis initiis*; D.1.2.2 [Pomp.] *1 initio civitatis.*

No fragmento de Pomponius (no qual o tema explicitado é também o da *origo* como o do *processum* do *ius*), também encontramos o liame entre o *initium* e o *augere*: *aucta civitate* (D.1.2.2.2), *augescente civitate* (D.1.2.2.7), *aucto populo* (D.1.2.2.18).

3.3 A estrutura ternária: *ius (civile)* entre *populus-lex, reges-gubernare/gerere e prudentes-ars/scientia*

Após a menção do «*principium*» na *urbs civitas*, o primeiro dado estrutural que figura no início do Título II do Livro primeiro do *Digesto* é a oposição entre *lex* e *gubernare-gerere*.²³

Esta oposição é colocada e descrita, desde já, na fase do *regnum* porque, paralelamente às ‘características próprias’ da ordem real, são reputados existentes durante o *regnum* toda uma série de ‘características

²³ Observo, de modo incidente, não ter encontrado no *CJC* o substantivo (aliás, verdadeiramente comum em Cícero, ver G. LOBRANO, *Res publica res populi*, cit., 122 s.) «*gubernacula [rei publicae, civitatis]* » para indicar o governo (ver D. 21.2.44 [Alfenus] *Scapham non videri navis esse respondit nec quicquam coniunctum habere, nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse: omnia autem, quae coniuncta navi essent (veluti gubernacula malus Antemnae velum), quasi membra navis esse*; sobre que: G. GROSSO, *Corso di Diritto romano. Le cose*, Torino 1941, 114, agora [“Con una nota di lettura di Filippo Gallo”] em *Rivista di Diritto romano* [revista eletrônica] – I – 2001).

não contingentes’ (pois elas sobreviveram à expulsão dos reis) e que integram a ‘estrutura ternária’ do sistema – que tornar-se-á – republicano.

A presença da estrutura republicana na época da realza nos dá uma ideia – do ponto de vista do direito – não somente das ‘características próprias’ da ordem real como limites ou vícios do sistema jurídico (republicano), como também uma ideia da ordem real, em seu conjunto, como uma patologia desse sistema e não como um fim em si mesmo, dotado de uma fisiologia alternativa.

As ‘características’ do sistema (republicano) que encontramos desde a época da realza, mas que não são ligadas à ‘contingência’ real são: **a)** a distinção mesma (que está longe de ser evidente) entre legislação e governo; **b)** a atribuição da legislação e do governo a titulares/usuários distintos (respectivamente, o povo e o *rex*); **c)** a especificidade/exclusividade da relação entre lei e *ius* e o papel necessário da mediação dos juristas nesta relação.

a) A *lex* é a manifestação própria do *populus* (D.1.2.2. [Pomp.] 2:

ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea quod tunc reipublicae curam per sententias partium earum expediebat. Et ita leges quasdam et ipse curiatus ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges).

b) O governo é a manifestação própria do *rex-magistratus* (D.1.2.2. [Pomp.] 1 *omniaque manu a regibus gubernabantur*; cf. D.1.2.2. [Pomp.] 14 cit. *infra*).

c) A pluralidade das leis tende à unidade sistemática do *ius civile* e esta unidade é produzida pela mediação necessária, porém ‘neutra’ dos juristas (D.1.2.2. [Pomp.] 2

ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit; cf. D.1.1.1. [Ulp.] pr. *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*; et D.1.1.10. [Ulp.] 2 *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*).

As ‘características próprias’ da ordem real (e que, desse modo, desaparecem com a expulsão dos reis) são a possibilidade e a tendência dos *reges* de gerir a «tudo» através do «*gubernare*» (ou «*regere*» [ver, no parágrafo seguinte, *D.1.2.2.* [Pomp.] 13]), tornando assim «incertos» a *lex* e o *ius*. A especificidade da ordem real em relação ao sistema republicano (que a substituirá) não reside no ato de *gubernare*, mas naquele de *gubernare* «*omnia manu*»: «*sine lege certa, sine iure certo*» (*D.1.2.2.* [Pomp.] 1; ver também *D.1.2.2.* [Pomp.] 3 *coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem*; cf. *D.1.2.2.* [Pomp.] 14 *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse*). Todavia, o *gubernare* dos *reges* não exclui a possibilidade da *lex*; ele prevê a possibilidade maior de ultrapassar a *lex*; seja pela falta da certeza da lei, seja do direito como necessidade: na base do *gubernare*, ora para lhe fundar, ora para lhe circunscrever.

3.4 A grande ruptura histórica e a oposição sistemática: *exactis deinde regibus*

Ao longo do fragmento do *Enchiridion* (o tratado de Sextus Pomponius, redigido por volta da metade do século II d.C., que constitui quase todo o Título II do Livro primeiro do *Digesto*), encontramos, muitas vezes, uma expressão que ‘se encaixa’, de modo marcante, na reconstrução da história e do sistema do direito romano: *exactis deinde regibus*.

Esta ruptura na história e esta oposição no sistema do direito romano, antes e após a expulsão dos reis, entre *regnum* e *respublica*, é traumática/dramática (ela passa por uma «expulsão»); ela é única (o advento do principado/império não é percebido como uma ‘ruptura’ em relação à situação precedente) e é fundadora tanto da república quanto do direito.

A múltipla menção da ruptura (*D.1.2.2.* [Pomp.] 3 *Exactis deinde regibus*; *D.1.2.2.* [Pomp.]16 *Exactis deinde regibus*; *D.1.2.2.* [Pomp.] 20 *post reges exactos*) serve não somente para sublinhar particularmente o evento, mas também indica o efeito múltiplo de uma expulsão desse tipo.

- a) Trata-se, de início, da afirmação da especificidade/necessidade da legislação e do direito (sempre pelo intermédio da jurisprudência):

D.1.2.2. [Pomp.] 4 Postea [...] placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus; D.1.2.2. [Pomp.] 5 His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem); D.1.2.2. [Pomp.] 6 [...] et [iuris] interpretandi scientia [...] apud collegium pontificum [erat]; D.1.2.2. [Pomp.] 12 Ita in civitate nostra [...] iure, id est lege, constituitur [...].

- b) Encontramos, em seguida, a afirmação da especificidade/necessidade do governo em face da *iura* e do conseqüente nascimento da nova magistratura:

D.1.2.2. [Pomp.] 13 Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint?; D.1.2.2. [Pomp.] 16 consules constituti sunt duo [...] Qui tamen ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege factum est, ut ab eis provocatio esse neve possent in caput civis Romani animadvertere iniussu populi.

- c) Aparece, enfim, a afirmação da especificidade/necessidade do poder e da magistratura tribúncias: *D.1.2.2. [Pomp.] 20 cum plebs a patribus secessisset anno fere septimo decimo post reges exactos, tribunos sibi in monte sacro creavit, qui essent plebeii magistratus; trata-se, portanto, de um poder e de uma magistratura intermediárias entre o povo, com seu poder legislativo, e a magistratura, com seu poder de governo – executivo.*

3.5 A teoria – consequente – do poder popular

3.5.1 *Leis (iussa generalia)*

A teoria do povo e a teoria da magistratura republicana se pressupõem reciprocamente e ambas repousam sobre a ‘ideia’ (mencionada mais acima) da distinção (substancial) e da separação (de titularidade e de exercício) entre poder legislativo e poder de governo.

A teoria do povo coincide com a teoria de seu poder, a saber, com a teoria da *lex*. Este é posto em evidência no título II do livro primeiro do *Digesto*, consagrado às fontes do direito: «*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*».

A primeira passagem deste título apresenta a definição da lei elaborada por Papiniano (D.1.3.1) *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio*. Papiniano não menciona diretamente o papel do *populus*, mas ele insiste na característica *commune/is* [*praeceptum/sponsio*] da *lex*, com uma referência – clara, embora implícita – ao *populus* (que é a *communitas* por excelência), quer como fonte, quer como destinatário da *lex*.

Todavia, a referência explícita à ligação entre povo e lei é feita no mesmo título, por um texto de Juliano (a propósito da *consuetudo*; falaremos – ainda que brevemente – mais adiante, §4.7):

D.1.3.32. [Jul.] 1 [...] *leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt*; cf. D.1.3.35 [Herm.] *ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*.

A ligação entre *populus* e *lex* é expressa, de modo claro, nas *Instituições* de Justiniano (1.2 *Lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*), em que são retomados dois juristas da época ‘imperial’: certamente Gaius (*inst.* 1.3

[século II d.C.]²⁴ *lex est quod populus iubet atque constituit*) e também Ateius Capiton (que viveu sob Augusto e sob Tibério, *consul suffectus* em 5 d.C.), autor da fórmula de síntese do complexo mecanismo decisório republicano entre povo/plebe e magistrados (*lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu* [Auli Gellii, *Noctes Atticae*, 10.20.2]).

A *ratio* do liame entre *populus* «*universi cives*» (ver, *supra*, § 3.3) e *lex* «*iussum generale*» é explicada no *Codex* de Justiniano (5.59.5.2) *quod omnes similiter tangit ab omnibus comprobari debet*.

A característica obrigatoriamente «geral» da *lex* (e mesmo duplamente geral: J.-J. Rousseau explicará [*Du Contrat social*, 2.6 «De la loi»]: «il n’y avait point de volonté générale sur un objet particulier» e «quand tout le peuple statue sur tout le peuple [...] c’est cet acte que j’appelle une loi»²⁵ já está presente no adjetivo «*communel/is*» de Papiniano e a reencontramos no advérbio «*generaliter*» de Ulpiano (a propósito, não é um acidente, da *iura*):

(D.1.3.8) *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (cf. Fest. Pomp. *De verb. sign.*, v. «*rogatio*»: *rogatio est, cum populus consulitur de uno pluribusve hominibus [...] quod in omnes homines resve populus <s>civit, lex appellatur* [F. 266, em (BRUNS – MOMMSEN – GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani antiqui, Pars posterior. Scriptores, Tubingae* 1909, 33]).

E isso que a tradição romana faz remontar ao texto jurídico das origens da república (e que ao mesmo tempo constitui o ‘traço de união’ mais direto e o ‘salto de qualidade’ mais evidente – ver, *supra*, § 3.2 –

²⁴ Deve-se aqui reportar que o manual de Gaius, texto jurídico da época imperial, foi particularmente bem ‘acolhido’ durante todo o império: ver a «lei das citações» de 426-438 no *Code Théodosien*, 1.4.3.

²⁵ N.T. Na tradução em língua portuguesa: «Já disse não haver vontade geral visando objeto particular» e «quando todo o povo estatui algo para todo o povo [...] A esse ato dou o nome de lei» ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 54).

Nota do tradutor: «não há que apontar a vontade geral sobre um objeto particular» e «quando todo o povo decidir sobre todo o povo [...] que é este ato que eu chamo uma lei»

com a ciência «política» grega), a lei das XII tábuas: XII.5 *quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset* (Liv., 7.17.12; cf. 9.34.6-7); IX.1 *Privilegia ne inroganto* (Cic. *leg.* 3.4.11; 3.19.44; cf. *p. Sest.* 30.65; *dom.* 17.43; *rep.* 2.36.61).

Deve-se, enfim, retomar que, se o *ius* é o produto de um sistema de fontes (D.1.1.7. [Papin.] *pr. Ius autem civile est quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*), todavia:

- a) a «*lex – generale iussum populi*» é a fonte principal e paradigmática (segundo a fórmula «*legis vicem optinet*» aplicada as outras fontes diversas da lei: Gai. *Inst.* 1.1.3-6);
- b) as fontes «*senatus consulta*» e «*constitutiones principum*» são o produto de uma espécie de ‘estado de necessidade’ (ver, *infra*, § 4.7).

3.5.2 *E produção do direito, com a assistência determinante dos juristas*

É preciso sempre lembrar a necessidade da ciência jurídica.

O ‘saneamento republicano’ do ‘sistema’ jurídico da ‘patologia real’ consiste, de modo essencial, na eliminação do poder ‘discricionário’ (*omnia manu gubernare*) do centro do próprio sistema.

A transição da centralidade do poder absolutamente discricionário à centralidade do comando necessariamente geral (*lex – generale iussum*) postula assim a articulação do processo decisional público em dois níveis nitidamente distintos, atribuídos a titulares, estes também notadamente distintos (o povo-mestre e os magistrados-servos-do-povo – ver, *supra*, § 3.3 e, *infra*, § sq.]), mas postula também a ‘racionalização’ do comando geral porque ele pode efetivamente ser assim, quer dizer, a composição da pluralidade das *leges* dentro da unidade sistêmica do *ius*, para a qual contribuem os juristas.

O primeiro ‘modulo’ constitutivo do sistema republicano é enunciado – assim – pela característica («*geral*») da atividade normativa do

povo, fonte por antonomásia do *ius*, tornado possível pela contribuição da jurisprudência).

3.6 A teoria – consequente – do poder dos magistrados

3.6.1 Necessidade, subordinação ao ius

Tendo em conta o fato de que a teoria da magistratura republicana e de seu poder repousa sobre a ‘ideia’ da distinção (substancial) e da separação (de titularidade e de exercício) entre poder legislativo e poder de governo, há entre o *rex* e os *magistratus* republicanos elementos de continuidade, mas também de descontinuidade.

Constituem os elementos de continuidade o fato de que ambos são «magistrados» (os *reges* são também definidos como «*magistratus*» D.1.2.2.14 [citado, *supra*, § 4.3]) e o fato de que ambos não podem produzir *leges* (de competência do povo) ou *ius* (que [salvo o ‘caso’ totalmente particular do *ius honorarium*: ver, *infra*, § 4.7] não se dá sem as leis e sem a mediação dos juristas), mas um tipo de ‘atos de determinação’, definidos pelos verbos «*gubernare*» e «*regere*» e daí a característica (em oposição às leis que são/devem ser «gerais») é, assim, sua ‘particularidade’.

Os elementos de descontinuidade resultam do princípio de que o poder do *rex* é, então, ilimitado (ele *pode* não levar em conta as *leges*: D.1.2.2. [Pomp.] 1 [cit., *supra*, § 4.3]; D.1.2.2. [Pomp.] 14 [cit., *supra*, § 4.3]); o poder dos *magistratus* republicanos é e deve ser limitado, precisamente porque ele depende das *leges*, quer dizer, dos comandos (ou *iudicia*) do povo. Na definição do jurista Paulo, retomada por Justiniano no D.50.16.215, os magistrados são postos – em relação ao povo – sobre o mesmo plano que o *fili* *famílias* em relação ao *pater famílias*, os *servi* em relação ao *dominus*: ‘*Potestatis*’ *verbo plura significantur, in persona magistratuum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium*.²⁶

²⁶ G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*. I, Milano 1984, 71 ss.

3.6.2 E limitação pelo tribunado

A limitação – necessária – do poder dos *magistratus* republicanos é assegurada graças à presença de um magistrado novo e específico, o *plebeius magistratus – tribunus plebis* (D.1.2.2. [Pomp.] 20 [cit., *supra*, § 4.4]) e de seu poder também novo e específico, de *ius agendi cum plebe* e de *intercessio*. Justiniano [Pomponius] como determinante da ‘revolução’ do *regnum à respublica* (D.1.2.2. [Pomp.] 3 *Exactis deinde regibus lege tribunicia* [...]) mas é necessário dizer que a «*lex tribunicia*» deve ser do:

«tribunus celerum» Iunius Brutus (D. 1.2.2. [Pomp.] 15 *Isdem temporibus et tribunum celerum fuisse constat: is autem erat qui equitibus praeerat et veluti secundum locum a regibus optinebat: quo in numero fuit Iunius Brutus, qui auctor fuit regis eiciendi*).

É desta posição que deriva a «visão» da inimidade absoluta entre o rei e o povo. Pode-se mesmo dizer que, se uma das características do povo é produzir a lei (e, desse modo, o direito), a situação de incerteza da lei e do direito (que é uma característica intrínseca à ordem real e, desse modo, juridicamente patológica) comporta a existência «duvidosa» («*incerta*») do próprio povo, o qual – para poder existir plenamente – deve expulsar os reis, o que vem fazendo continuamente (consideração e perseguição da *adfectatio regni* como *crimen*: Liv. 2.8.2 *sacrandoque cum bonis capite eius qui regni occupandi consilia inisset*), constituindo-se em entidade hipostática de seu próprio «sistema»: «*res publica id est res populi*» (como disse Cícero: *rep.* 1.25.39 [cit., *supra*, § 2.2]). A expulsão dos reis não resolve o problema presente do *gubernare* e, desde já, necessariamente igual à *iura regere*, e tal problema é resolvido graças aos magistrados republicanos. Estes magistrados, que «*iura regunt*», enquanto interlocutores ‘antagonistas’ do povo que «*legem iubet*», podem, em consequência, serem assim os adversários do povo, mas somente em poder; contra a realização dessa potencialidade se investe o tribunato.

O tribunato é, assim, o elemento de aperfeiçoamento/encerramento do sistema republicano.

3.7 Os problemas (*senatus consulta* e *constitutiones principum*) e suas soluções (*consuetudo* e cidades)

Os juristas imperiais e o próprio Justiniano se aperceberam dos problemas que constituem, para a teoria e a prática republicanas, os poderes normativos do senado (*senatus consulta*) e do imperador (*constitutiones principis*).

Estes poderes são claramente afirmados:

D.1.3.9 [Ulp.] Non ambigitur, senatus ius facere posse; D.1.2.2. [Pomp.] 11 constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset; D.1.3.31 [Ulp.] princeps legibus solutus est; D.1.4.1 [Ulp.] pr. Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. 1. Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas volgo constitutiones appellamus; cf. a constitutio Deo Auctore de conceptione Digestorum (15 de dezembro de 530) 7 Cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas populi romani in imperatoriam translata sunt potestatem.

Todavia, estes poderes são não somente «transmitidos» pelo povo, isto é, eles não são originários, mas delegados (como reconhece Justiniano, através de Ulpiano, no *D.1.4.1* e, diretamente, na constituição *Deo auctore* 7); esta transmissão é também o resultado de uma exigência de ordem ontológica e contingente e não de ordem deontológica e absoluta:

D.1.2.2. [Pomp.] 9 quia difficile plebs convenire coepit populus certe multo difficilior in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum deduxit: ita coepit senatus se interponere et quidquid constituisset observabatur, idque ius appellabatur senatus consultum; D.1.2.2. [Pomp.] 11 Novissime sicut ad pauciores iuris constituendi vias transisse ipsis rebus dictantibus videbatur per partes, evenit, ut necesse esset rei publicae per unum consuli (nam senatus non

perinde omnes provincias probe gerere poterant): igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset.

Ademais, se examinarmos igualmente o manual das *Institutiones* de Gaius (Gai. *Inst.* 1.1-7 [do qual já reportamos a importância durante o Império: ver, *supra*, § 4.5.a] cf. Just. *Inst.* 1.2.4]), encontramos aí uma série de elementos ulteriores de avaliação que são particularmente esclarecedores, precisamente no quadro da lógica de fundo do *CJC* que tentamos reconstruir.

O primeiro elemento é aquele que pretende que o *ius* (*civile*) pertença ao povo que o constitui por ele-mesmo (Gai. *Inst.* 1.1 *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis*). O segundo elemento é aquele que propõe que a *lex* seja o comando do povo (1.3, citado, *supra*, § 4.5). O terceiro, aquele que reivindica que o povo não seja uma abstração, mas «todos os cidadãos» (1.3, citado, *supra*, § 3.3). O quarto consiste no fato de que só a lei (comando do povo – todos os cidadãos) é a fonte do *ius* no sentido pleno do termo, quer dizer, ‘primário’; as outras fontes (*senatus consulta* e *constitutiones principum*, também igualmente *plebiscita* e *responsa prudentium*) possuem um valor ‘secundário’, quer dizer, derivado/vicário em relação à lei – comando do povo (1.3-7); em consequência, este valor muda segundo o tipo de ‘derivação’ da lei. Os *plebiscita*, comandos da *plebs* (que se diferencia do povo porque compreende *sine patriciis ceteri cives*) *legibus exaequata sunt* (1.3). Os *senatus consulta*, as *constitutiones principum* e as *responsa prudentium*, ao contrário, são apenas *legis vicem* (1.4; 5 e 7); certamente existe dúvida, todavia, quanto aos *senatus consulta* (1.4; cf., *supra*, D.1.3.9 [Ulp.]), mas não para as *constitutiones principum*, porque (diversamente do senado) o próprio imperador assume o império com base em uma lei (1.5). Quanto ao *ius edicendi* dos «*magistratus populi Romani*», ele é a fonte do *ius honorarium*, ‘integrá’ o *ius civile* (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*), mas não é igual à lei (1.6).

É conveniente fazer, enfim, duas observações de ordem geral: não existe nenhum conflito ‘em curso’ entre o imperador e o povo, e este conserva o *exercício* de seu poder.

O poder imperial pode, antes, aparecer em conflito ou, mais ou menos, em competição com o poder senatorial e põe em questão, de qualquer sorte, o desenvolvimento do conflito entre *populares* e *optimates* no contexto da ‘crise de crescimento’ da república.

A manutenção do exercício do poder popular (a titularidade, como tenho rememorado, é afirmada desde a constituição *Deo Auctore*) tem lugar tanto na teoria quanto na prática. Na teoria, a manutenção do exercício do poder popular se realiza graças à jurisprudência, que constrói a doutrina da *consuetudo* como manifestação informal (*rebus ipsis et factis*) da própria vontade popular, que –através da lei– se manifesta pelo voto (*suffragiis*). Na prática do exercício do poder, esta conservação se produz nas cidades e graças a elas (Elius Aristides, século II d. C.): «império das cidades». O papel e a importância das cidades para o sistema jurídico se manifesta no título 50.16 do *Digesto* «*De verborum significatione*» ou «*urbs*» é o primeiro substantivo no qual se encontra a definição:

D.50.16.2 [Paul.] pr. «Urbis» appellatio muris, «Romae» autem continentibus aedificiis finitur, quod latius patet (cf. D.50.16.239 [Pomp.] «Urbis» ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. Et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet).

Conclusão

A ‘teoria da república’, tal qual emerge do *D.1.2-4*, exprime a relação essencial entre *ius* e *respublica*: não há *respublica* sem *ius* e o *ius* não reside fora da *respublica*. É o elemento fundamental.

De modo mais analítico, o sistema republicano se articula sobre três planos coincidentes entre si: espacial, temporal e o das instituições.

No plano espacial, encontramos a unidade física da «*urbs civitas*» com seu povo constituído por todos os cidadãos.

Sobre o plano temporal se situam os temas da *origo* e do *principium* e, desse modo, da *augēre* da *civitas* e do *populus*, assim como a «ruptura» (dramática e decisiva e, portanto, única) ocorrida com a «expulsão dos reis».

No plano das instituições, são formuladas as verdades teóricas, conectadas entre si, do povo, da magistratura e da jurisprudência: a teoria do povo («*societas*») [Cícero, mas também Gaius] dos «*universi cives*» [Gaius e Justiniano] ver, *supra*, § 3.3) e de seu poder de [comandar/decidir] [*iussum/iudicium*] sobre as leis e, portanto, sobre o direito; a teoria da magistratura e de seu poder de *iura rēgere* (assim como a teoria das relações conflituais entre o povo e os magistrados, controlados por uma magistratura *ad hoc*: o tribunato); a teoria dos juristas e de sua função sistemática de *leges* em *unum componere*.

Enfim, estão expostos (com suas ‘soluções’) os ‘problemas’ derivados de seus aportes ao sistema republicano, do poder normativo do Senado e do Príncipe.

Eis alguns instrumentos para retomar, hoje em dia, de modo propositivo, o ‘discurso’ sobre a crise da república e, portanto, para superá-la.

Referências

A questão da interpretação da *respublica* foi iniciada por P. Catalano, com as duas monografias *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, e *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974. De Catalano, é necessário mencionar também a recuperação da noção «esquecida» de «poder negativo», que é central na interpretação/proposição contemporânea do sistema/modelo republicano romano: «Diritti di libertà e potere negativo. Note per l’interpretazione dell’art. 40 Cost. nella prospettiva storica», em *Studi in memoria di C. Esposito*, 3, Padova 1972, p.1955 sq. (separata, Padova 1969), republicado no *Archivio giuridico «F. Serafini»*, 182, 1, 1972, p.321sq.; «Potere negativo e sovranità dei cittadini nell’età tecnologica», na *Autonomia Cronache*, 6, Sassari, febbraio 1969, p.21 sq.; «Nuovamente sul potere negativo», na *Autonomia Cronache*, 7, Sassari, giugno 1969, p.3 sq.; «Un concepto olvidado: ‘poder negativo’», na *Revista General*

de legislación y jurisprudencia, Madrid, marzo 1980; «Un concetto dimenticato – potere negativo», na *Aggiornamenti sociali*, 9–10/1994; «Crise de la division des pouvoirs et tribunaat (le problème du pouvoir négatif)», na *Attualità dell'Antico* 6, a cura di M. G. Vacchina, Aosta 2005; «Sovranità della *multitudo* e potere negativo: un aggiornamento», em *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino 2005, p. 641 sq.

Ver outras indicações bibliográficas em: 1) G. LOBRANO, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Sassari 1989 (trad. em língua espanhola por J. Fuquen Corredor, *Modelo romano y constitucionalismos modernos. Anotaciones en torno al debate juspublicístico contemporaneo con especial referencia a las tesis de Juan Bautista Alberdi y Vittorio Emanuele Orlando*, Bogotá 1990), edição atualizada: Sassari 1993; 2) *ID.*, «Problèmes actuels de droit à travers le droit (public) romain: de la crise de l'État-fantôme à la résurgence de l'État-municipal'. Réflexions en cours de systématisation avec quelques notes de sources et bibliographiques» em S. AVGERINOU KOLONIAS, E. MAISTROU, dir., *Polis, Démocratie et Politique. Rencontre scientifique*. Sparte 29 mars – 1^{er} avril 2001, Athènes 2002, 278-292 (publicado em língua italiana em M. M. MORFINO, aos cuidados de, *Miscellanea in memoria di P. Sebastiano Mosso S.I. [=Theologica & Historica XI]* Cagliari 2002, p. 263-282 e, também língua francesa, em AA.VV., *Ville, cité et Antiquité*, Paris 2003 [= *Méditerranées. Revue du centre d'Études Internationales sur la Romanité*, n° 33, 2002], 17-37); 3) *ID.*, «Dalla rete di città dell'Impero municipale' romano, l'alternativa al pensiero unico statalista anche per la Costituzione europea» em AA.VV. [«Prefazione» de G. DE RITA] *Roma, la Convenzione ed il futuro dell'Europa*, Milano 2003, 23-52; 4) *ID.*, a cura di, *Autonomia, regioni, città. Passato e futuro del Mediterraneo* [= *ISPROM / Quaderni mediterranei*, 8], Cagliari s.d. [mais: 2004] p. 214; *ibidem* «Prefazione», 9-15 e «Introduzione. La cooperazione tra autonomie, nel Mediterraneo, a partire dalle Città», 29-50; 5) *ID.*, «La repubblica romana, municipale-federativa: modello costituzionale attuale» em *Diritto@Storia*, n° 3 maggio 2004; 6) *ID.*, «*Civitas* e *Urbs* nella lezione romanistica di Giorgio La Pira» em *Diritto@Storia*, cit.; 7) *ID.*, «Comuni, repubblica e federazione tra diritto romano e diritto inglese» em P. P. ONIDA, E. VALDÉS LOBÁN, coordenadores y compiladores,

II Seminario en el Caribe – Derecho Romano y Latinidad, cit.; **8**) ID., «Il modello giuridico repubblicano romano nella Indipendenza latino-americana e nel Risorgimento italiano» em AA. VV., *Il Risorgimento Italiano in America Latina. Atti del Convegno internazionale 24-25 novembre 2005*, Ancona 2006, 189-208; **9**) ID., «La attualità del Diritto romano pubblico e gli Istituti dei Municipi e dei Difensori civici – Uno schema di tesi» em *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (*Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*), 3/2006, 23-57.

Recebido em: 06/2009

Aprovado em: 10/2009